

ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 15^ο Τριμελές

Αποτελούμενο από τις: Ανδριανή Πασσά Πρόεδρο Εφετών Δ.Δ., Ζαφειρία Γιαελή και Βασιλική Καραδήμα- Εισηγήτρια, Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα την Αικατερίνη Αδαμοπούλου δικαστική υπάλληλο.

Σ υ ν ε δ ρ ί α σ ε δημόσια στο ακροατήριό του στις 20 Ιανουαρίου 2015, για να δικάσει την από 7 Μαΐου 2013 (αριθ. καταχ. ΑΒΕΜ ΠΡ 532/8.5.2013), προσφυγή:

τ ω ν : 1. της ανωνύμου εταιρείας με την επωνυμία " ΛΑΤΟΜΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ" και τον διακριτικό τίτλο " ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε", νομίμως εκπροσωπούμενης, 2. της ανωνύμου εταιρείας με την επωνυμία "ΛΑΤΟΜΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ -ΒΙΟΤΕΧΝΙΚΗ-ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΗ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ" και τον διακριτικό τίτλο "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" νομίμως εκπροσωπούμενης, που εδρεύουν στο ΒΙΠΕ Ηρακλείου Κρήτης, οι οποίες παραστάθηκαν δια της πληρεξουσίας δικηγόρου των Ιωάννας Ζωγράφου.

Κ α τ ά : τ η ς Ανεξάρτητης Αρχής με την επωνυμία "ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ", που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Κότσικα αρ.1) και εκπροσωπείται νομίμως, η οποία παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου της δικηγόρου Χαράλαμπου Χρυσανθάκη.

Τ ο Δ ι κ α σ τ ή ρ ι ο συνήλθε σε διάσκεψη

Μ ε λ έ τ η σ ε τη δικογραφία

σ κ έ φ θ η κ ε σύμφωνα με το νόμο.

1. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 500,00 ευρώ (βλ. ειδικά έντυπα Σειράς Α΄1313304- 1313308), οι προσφεύγουσες ανώνυμες εταιρείες ζητούν παραδεκτώς να ακυρωθεί, άλλως να μεταρρυθμισθεί, η 559/VII/2013/17.1.2013

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

απόφαση της Ολομελείας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία επιβλήθηκε σε βάρος τους πρόστιμο ύψους 72.000 ευρώ, αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, κατ' εφαρμογή του άρθρου 26 του ν.703/1977, λόγω παρεμπόδισης-δυσχέρασης έρευνας, κατά τη διεξαγωγή επιτόπιου ελέγχου από υπαλλήλους της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού στα γραφεία των, σχετικά με διαγωνισμούς δημοπράτησης δημοσίων έργων των νομών Πέλλας και Φθιώτιδας, για διαπίστωση τυχόν παράβασης του άρθρου 1 του ν.703/1977 και του άρθρου 101 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε).

2. Επειδή, ο ν.703/1977 «περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ 278 Α'), όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο εν προκειμένω χρόνο, όριζε στο άρθρο 1 ότι: «1. Απαγορεύονται πάσαι αι συμφωνίαι μεταξύ επιχειρήσεων, πάσαι αι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και οιασδήποτε μορφής ενηρμονισμένη πρακτική επιχειρήσεων, αι οποίαι έχουν ως αντικείμενον ή αποτέλεσμα την παρακώλυσιν, τον περιορισμόν ή την νόθευσιν δι' ανταγωνισμού, ιδία δε αι συνιστάμενοι εις: α) τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμό των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) τον περιορισμόν ή τον έλεγχον της παραγωγής, της διαθέσεως, της τεχνολογικής αναπτύξεως ή των επενδύσεων γ) την κατανομήν των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) την, κατά τρόπον δυσχεραίνοντα την λειτουργίαν του ανταγωνισμού, εφαρμογήν εν τω εμπορίω ανίσων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδία δε την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεως, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, ε) την εξάρτησιν συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικές συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων.2. Οι κατά την προηγούμενη παράγραφο απαγορευμένες συμφωνίες και αποφάσεις είναι απόλυτα άκυρες εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στον παρόντα νόμο. (Οι απαγορεύσεις της προηγούμενης παραγράφου ισχύουν και για τις, με τρίτους συμφωνίες, τις αποφάσεις και την εναρμονισμένη πρακτική των ενώσεων προσώπων, που έχουν νομική προσωπικότητα"..», και στο άρθρο 26 ότι: «1. Με την επιφύλαξη ειδικών νόμων που καθιερώνουν υποχρέωση εχεμύθειας, όλες οι δημόσιες αρχές και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

υποχρεούνται να παρέχουν πληροφορίες και συνδρομή στην Επιτροπή ανταγωνισμού και στους εντεταλμένους υπαλλήλους της κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους. 2. Για τη διαπίστωση των παραβάσεων των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 1 και των άρθρων 2 και 4 έως 4στ και για την εφαρμογή του άρθρου 5, καθώς και για τη διαπίστωση παραβάσεων των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, οι εντεταλμένοι υπάλληλοι της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού ασκούν εξουσίες φορολογικού ελεγκτή και έχουν την αρμοδιότητα ιδίως: α) να ελέγχουν κάθε είδους και κατηγορίας βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα των επιχειρήσεων και ενώσεων επιχειρήσεων, περιλαμβανομένης της ηλεκτρονικής εμπορικής αλληλογραφίας των επιχειρηματιών, διοικητών, διευθυνόντων συμβούλων, διαχειριστών και γενικά εντεταλμένων τη διοίκηση ή διαχείριση προσώπων, καθώς και του προσωπικού των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, ανεξαρτήτως της μορφής αποθήκευσής τους, και οποιοδήποτε και εάν αυτά φυλάσσονται, και να λαμβάνουν αντίγραφα ή αποσπάσματα τους, β) να προβαίνουν σε κατασχέσεις βιβλίων, εγγράφων και άλλων στοιχείων, συμπεριλαμβανομένων και ηλεκτρονικών μέσων αποθήκευσης και μεταφοράς δεδομένων, τα οποία αποτελούν επαγγελματικές πληροφορίες, γ) να ελέγχουν και να συλλέγουν πληροφορίες και δεδομένα κινητών τερματικών, φορητών συσκευών, καθώς και των εξυπηρετητών τους σε συνεργασία με τις αρμόδιες κατά περίπτωση αρχές, που βρίσκονται εντός ή εκτός των κτιριακών εγκαταστάσεων των ελεγχόμενων επιχειρήσεων ή ενώσεων αυτών, δ) να ενεργούν έρευνες στα γραφεία και τους λοιπούς χώρους και τα μεταφορικά μέσα των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, ε) να σφραγίζουν οποιοδήποτε επαγγελματικό χώρο, βιβλία ή έγγραφα, κατά την περίοδο που διενεργείται ο έλεγχος και στο μέτρο των αναγκών αυτού, στ) να ενεργούν έρευνες στις κατοικίες των επιχειρηματιών, διοικητών, διευθυνόντων συμβούλων, διαχειριστών και γενικά εντεταλμένων τη διοίκηση ή διαχείριση προσώπων, καθώς και του προσωπικού των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, εφόσον υπάρχουν εύλογες υπόνοιες ότι φυλάσσονται εκεί βιβλία ή άλλα έγγραφα που συνδέονται με την επιχείρηση και το αντικείμενο του ελέγχου, ζ) να λαμβάνουν, κατά την κρίση τους, ένορκες ή ανωμοτί καταθέσεις, με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 212 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (ΚΠΔ), και να ζητούν από κάθε αντιπρόσωπο ή

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

μέλος του προσωπικού της επιχείρησης ή ένωσης επιχειρήσεων, επεξηγήσεις για τα γεγονότα ή τα έγγραφα που σχετίζονται με το αντικείμενο και το σκοπό του ελέγχου και να καταγράφουν τις σχετικές απαντήσεις. Η διαδικασία συλλογής, φύλαξης και επεξεργασίας ηλεκτρονικών αρχείων και αλληλογραφίας, που συλλέγονται για τους σκοπούς του παρόντος νόμου, καθορίζεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Κατά την άσκηση των εξουσιών τους, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό στοιχεία α' έως ζ', οι υπάλληλοι της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού τηρούν τις διατάξεις του άρθρου 9 του Συντάγματος για το άσυλο της κατοικίας 3. Η σχετική εντολή παρέχεται εγγράφως από τον Πρόεδρο της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή τον εξουσιοδοτημένο από αυτόν Γενικό Διευθυντή ή Διευθυντή της Γραμματείας της Επιτροπής Ανταγωνισμού και περιέχει το αντικείμενο της έρευνας και τις συνέπειες της παρεμπόδισης ή δυσχέρασης αυτής ή άρνησης εμφάνισης των αιτούμενων βιβλίων, στοιχείων και λοιπών εγγράφων ή χορήγησης αντιγράφων ή αποσπασμάτων τους. 4. Ο Πρόεδρος της Επιτροπής ή ο εξουσιοδοτημένος από αυτόν Γενικός Διευθυντής ή Διευθυντής της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού της Επιτροπής Ανταγωνισμού, μπορούν να ζητούν, εγγράφως, τη συνδρομή των δημόσιων αρχών και υπηρεσιών, των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, για τη διεξαγωγή των ερευνών που αναφέρονται στα στοιχεία α' έως ε' της παραγράφου 2. 5. Για τους ελέγχους και τις έρευνες που έγιναν, συντάσσεται από αυτόν που τις διεξήγαγε έκθεση, αντίγραφο της οποίας κοινοποιείται στις οικείες επιχειρήσεις και τις ενώσεις επιχειρήσεων. 6. Με την επιφύλαξη των κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 29 του παρόντος νόμου, επιβάλλεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού πρόστιμο τουλάχιστον δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ με ανώτατο όριο τις εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ στις επιχειρήσεις, στις ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που κατά οποιονδήποτε τρόπο παρεμποδίζουν ή δυσχεραίνουν τις έρευνες κατά τις διατάξεις των παραγράφων 1, 2 και 3 του άρθρου αυτού, καθώς και στις επιχειρήσεις, στις ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που αρνούνται να επιδείξουν τα αιτούμενα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα και να χορηγήσουν αντίγραφα ή αποσπάσματα τους. 7. Σε περίπτωση άρνησης ή παρεμπόδισης με οποιονδήποτε τρόπο των εντεταλμένων υπαλλήλων της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισ-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

μού ή των εντεταλμένων οργάνων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην άσκηση των καθηκόντων τους, αυτοί μπορούν να ζητούν τη συνδρομή των εισαγγελικών αρχών και κάθε άλλης αρμόδιας αρχής. Η συνδρομή αυτή μπορεί να ζητηθεί και προληπτικά».

3. Επειδή, περαιτέρω ο ν. 3959/11 (ΦΕΚ 93 Α΄/20-4-2011) « περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού», που ίσχυε κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης, ορίζει στο άρθρο 39 ότι: «1. Για τη διαπίστωση των παραβάσεων των άρθρων 1, 2 και 5 μέχρι 10 και για την εφαρμογή του άρθρου 11, καθώς και για τη διαπίστωση παραβάσεων των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι εντεταλμένοι υπάλληλοι της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού ασκούν εξουσίες φορολογικού ελεγκτή και έχουν την αρμοδιότητα ιδίως: α) να ελέγχουν κάθε είδους και κατηγορίας βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα των επιχειρήσεων και ενώσεων επιχειρήσεων, καθώς και την ηλεκτρονική εμπορική αλληλογραφία των επιχειρηματιών, διοικητών, διευθυνόντων συμβούλων, διαχειριστών και γενικά εντεταλμένων τη διοίκηση ή διαχείριση προσώπων, καθώς και του προσωπικού των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, ανεξαρτήτως της μορφής αποθήκευσής τους, και οπουδήποτε και εάν αυτά φυλάσσονται και να λαμβάνουν αντίγραφα ή αποσπάσματά τους, β) να προβαίνουν σε κατασχέσεις βιβλίων, εγγράφων και άλλων στοιχείων, καθώς και ηλεκτρονικών μέσων αποθήκευσης και μεταφοράς δεδομένων, τα οποία αποτελούν επαγγελματικές πληροφορίες, γ) να ελέγχουν και να συλλέγουν πληροφορίες και δεδομένα κινητών τερματικών, φορητών συσκευών, καθώς και των εξυπηρετητών τους σε συνεργασία με τις αρμόδιες κατά περίπτωση αρχές, που βρίσκονται μέσα ή έξω από τις κτιριακές εγκαταστάσεις των ελεγχόμενων επιχειρήσεων ή ενώσεων αυτών, δ) να ενεργούν έρευνες στα γραφεία και τους λοιπούς χώρους και τα μεταφορικά μέσα των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, ε) να σφραγίζουν οποιονδήποτε επαγγελματικό χώρο, βιβλία ή έγγραφα, κατά την περίοδο που διενεργείται ο έλεγχος και στο μέτρο των αναγκών αυτού, στ) να ενεργούν έρευνες στις κατοικίες των επιχειρηματιών, διοικητών, διευθυνόντων συμβούλων, διαχειριστών και γενικά εντεταλμένων τη διοίκηση ή διαχείριση προσώπων, καθώς και του προσωπικού

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, εφόσον υπάρχουν εύλογες υπόνοιες, ότι φυλάσσονται εκεί βιβλία ή άλλα έγγραφα που συνδέονται με την επιχείρηση και το αντικείμενο του ελέγχου, ζ) να λαμβάνουν, κατά την κρίση τους, ένορκες ή ανωμοτί καταθέσεις, με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 212 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, και να ζητούν από κάθε αντιπρόσωπο ή μέλος του προσωπικού της επιχείρησης ή ένωσης επιχειρήσεων, επεξηγήσεις για τα γεγονότα ή τα έγγραφα που σχετίζονται με το αντικείμενο και το σκοπό του ελέγχου και να καταγράφουν τις σχετικές απαντήσεις. Η διαδικασία συλλογής, φύλαξης και επεξεργασίας ηλεκτρονικών αρχείων και αλληλογραφίας, που συλλέγονται για τους σκοπούς του παρόντος νόμου, καθορίζεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Κατά την άσκηση των εξουσιών τους, σύμφωνα με τις περιπτώσεις α΄ μέχρι ζ΄, οι υπάλληλοι Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού τηρούν τις διατάξεις του άρθρου 9 του Συντάγματος για το άσυλο της κατοικίας. 2. Η σχετική εντολή παρέχεται εγγράφως από τον Πρόεδρο της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή τον εξουσιοδοτημένο από αυτόν Αντιπρόεδρο, Γενικό Διευθυντή ή Διευθυντή της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού της Επιτροπής Ανταγωνισμού και περιέχει το αντικείμενο της έρευνας και τις συνέπειες της παρεμπόδισης ή δυσχέρασης αυτής ή άρνησης εμφάνισης των αιτούμενων βιβλίων, στοιχείων και λοιπών εγγράφων ή χορήγησης αντιγράφων ή αποσπασμάτων τους. 3. Ο Πρόεδρος της Επιτροπής ή ο εξουσιοδοτημένος από αυτόν Αντιπρόεδρος, Γενικός Διευθυντής ή Διευθυντής της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού της Επιτροπής Ανταγωνισμού, μπορούν να ζητούν, εγγράφως, τη συνδρομή των δημόσιων αρχών και υπηρεσιών, των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, για τη διεξαγωγή των ερευνών που αναφέρονται στις περιπτώσεις α΄ μέχρι ζ΄ της παραγράφου 2.4. Για τους ελέγχους και τις έρευνες που έγιναν, συντάσσεται από αυτόν που τις διεξήγαγε έκθεση, αντίγραφο της οποίας κοινοποιείται στις οικείες επιχειρήσεις και τις ενώσεις επιχειρήσεων. 5. Με την επιφύλαξη των κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 44, επιβάλλεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού πρόστιμο τουλάχιστον δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ με ανώτατο όριο τις εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ στις επιχειρήσεις, στις ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που κατά οποιονδήποτε τρόπο παρεμποδίζουν ή δυσ-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

χεραίνουν τις έρευνες των παραγράφων 1, 2 και 3, καθώς και στις επιχειρήσεις, στις ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που αρνούνται να επιδείξουν τα αιτούμενα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα και να χορηγήσουν αντίγραφα ή αποσπάσματα τους. Κατά την επιμέτρηση του προστίμου λαμβάνονται ιδίως υπόψη η σοβαρότητα της εξεταζόμενης υπόθεσης, η απαξία των πράξεων και η επίπτωση τους στην έκβαση της έρευνας (όπως ίσχυε πριν την αντικατάστασή της με την παρ.1 άρθρου 233 Ν.4072/2012,ΦΕΚ Α . 6/11.4.2012).6. Σε περίπτωση άρνησης ή παρεμπόδισης με οποιονδήποτε τρόπο των εντεταλμένων υπαλλήλων της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού ή των εντεταλμένων οργάνων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην άσκηση των καθηκόντων τους, αυτοί μπορούν να ζητούν τη συνδρομή των εισαγγελικών αρχών και κάθε άλλης αρμόδιας αρχής. Η συνδρομή αυτή μπορεί να ζητηθεί και προληπτικά. Τέλος η παρ. 5 του άρθρου 39 του ν. 3959/2011 (Α` 93) αντικαθίσταται με το άρθρο 233 παρ. 1 του ν. 4072/2012 ως ακολούθως:" Με την επιφύλαξη των ποινικών κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 44, επιβάλλεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού στις επιχειρήσεις, στις ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που κατά οποιονδήποτε τρόπο παρεμποδίζουν ή δυσχεραίνουν τις έρευνες των παραγράφων 1,2 και 3, καθώς και στις επιχειρήσεις, ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που αρνούνται να υποβληθούν στις εν λόγω έρευνες, να επιδείξουν τα αιτούμενα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα και να χορηγήσουν αντίγραφα ή αποσπάσματα τους, πρόστιμο τουλάχιστον δεκαπέντε (15.000) ευρώ με ανώτατο όριο το 1% του κύκλου εργασιών της προηγούμενης χρήσης, όπως αυτός υπολογίζεται σύμφωνα με το άρθρο 10 στο καθένα από τα πρόσωπα και για κάθε παράβαση. Κατά την επιμέτρηση του προστίμου λαμβάνονται ιδίως υπόψη η σοβαρότητα της εξεταζόμενης υπόθεσης, η απαξία των πράξεων και η επίπτωση τους στην έκβαση της έρευνας.»

4. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Με αφορμή πληροφορίες που διέθετε η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού, σχετικά με ενδεχόμενες παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού (άρθρου 1 του ν.703/77) και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε), κατά τη διενέργεια διαγωνισμών

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

δημοπράτησης, για την κατασκευή δημόσιων έργων, μεταξύ των άλλων, στους νομούς Φθιώτιδας και Πέλλας, αποφασίστηκε η διεξαγωγή επιτόπιων αιφνιδιαστικών ελέγχων σε επιχειρήσεις που σχετίζονται με τους εν λόγω διαγωνισμούς. Στο πλαίσιο της έρευνας αυτής και κατόπιν της υπ' αρ. πρωτ. 2010/01-04-2011 εντολής ελέγχου, εντεταλμένοι υπάλληλοι της Επιτροπής Ανταγωνισμού μετέβησαν στη ΒΙΠΕ Ηρακλείου Κρήτης, προκειμένου να διενεργήσουν έρευνα στην εκεί εδρεύουσα εταιρεία "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε". Ειδικότερα, κατά την ώρα 10:10 π.μ εισήλθαν στο χώρο υποδοχής της εν λόγω εταιρείας, όπου κατόπιν τηλεφωνικής επικοινωνίας με τον απόντα Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο [...], τον οποίο και ενημέρωσαν για τον σκοπό της έρευνας, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του, κατά τα προαναφερθέντα, τους γνωστοποιήθηκε από τον ίδιο ότι η εν λόγω εταιρεία δραστηριοποιείται μόνο στην παραγωγή σκυροδέματος και ότι στη δημοπράτηση δημοσίων έργων συμμετέχει η εργοληπτική εταιρεία "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε", παρέπεμψε δε τους ελεγκτές στον Προϊστάμενο του Λογιστηρίου της εργοληπτικής εταιρείας [...]. Μετά την αποδοχή του ελέγχου στις 10.43 π.μ, εκ μέρους του Προϊσταμένου του Λογιστηρίου [...], που αυτή την ώρα προσήλθε στα γραφεία της εταιρείας, για λογαριασμό της "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" και την διαπίστωση ότι ο έλεγχος αφορά την "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε" και την προκληθείσα καθυστέρηση (αναζήτηση φάξ για νέα εντολή, επικοινωνία με εκπροσώπους κ.λ.π.) τελικώς, μετά την αποστολή εκ μέρους της Επιτροπής κατ' ορθή επανάληψη της υπ' αρ. 2010/1.4.2011 εντολής ελέγχου, όπου ως ελεγχόμενη εταιρεία αναφέρεται η εν λόγω εταιρεία ("ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε") έγινε αποδοχή του ελέγχου στις 11.25 π.μ από τον [...], μέλος του Δ.Σ της εν λόγω εταιρείας και νόμιμο εκπρόσωπός της, ο οποίος και έλαβε αντίγραφο της σχετικής εντολής, του επιδόθηκε δε και αντίγραφο της Ε.Α που αφορά στο Πρόγραμμα Επιείκειας, για τη λειτουργία του οποίου του δόθηκαν και πληροφορίες. Στη συνέχεια, ξεκίνησε άμεσα ο έλεγχος των γραφείων της εταιρείας "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε" και περί ώρα 11.40-11.45 π.μ η έρευνα των ηλεκτρονικών υπολογιστών από τον εξειδικευμένο σε θέματα πληροφορικής αρμόδιο ελεγκτή, κατά την διάρκεια της οποίας και περί ώρα 13.00 μ.μ στο γραφείο [...] υπαλλήλου και υπευθύνου για τη διεξαγωγή διαγωνισμών δημοπράτησης δημοσίων έργων διαπιστώθηκε ότι, είχε υπάρξει επέμβαση στο συγκεκριμένο Η/Υ, η οποία κατά τον έλεγχο αφορούσε διαγραφή

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

αρχείων, που πραγματοποιήθηκε προ της 11.40-11.45 π.μ της αυτής ημέρας. Από τις εκτυπώσεις των ηλεκτρονικών καταγραφών (logs), που ελήφθησαν από τον συγκεκριμένο Η/Υ, οι οποίες αποτυπώνουν τις απομακρυσμένες συνδέσεις που έχουν γίνει με αυτό, προκύπτει ότι, στις 10.14 π.μ, την ημέρα του ελέγχου, πραγματοποιήθηκε απομακρυσμένη σύνδεση με τον υπολογιστή του [...], η οποία και ολοκληρώθηκε στις 11.34 π.μ. Κατόπιν αυτού, ο υπεύθυνος μηχανοργάνωσης [...], που προσήλθε στην εταιρεία στις 14.15 μ.μ, κατέθεσε στους ελεγκτές (βλ. σχ. ένορκη κατάθεση) ότι υπάρχει δυνατότητα εξωτερικής πρόσβασης στο δίκτυο/υπολογιστές της εταιρείας, ότι τέτοια εξωτερική πρόσβαση (σε όλους τους υπολογιστές της εταιρείας) έχει ο ίδιος, πλην, όμως, δεν έκανε χρήση της δυνατότητας αυτής, ούτε, άλλωστε, έλαβε προς τούτο σχετική εντολή, ότι ο κάθε εργαζόμενος έχει πρόσβαση στον δικό του υπολογιστή με τον ID, ότι όντως φαίνεται να υπήρξε σύνδεση μεταξύ των ωρών 10.00 π.μ και 11.50 π.μ, η επέμβαση δε στον ανωτέρω Η/Υ μπορεί να συνίσταται είτε σε διαγραφή είτε σε μεταφορά αρχείων, πρότεινε δε προς τούτο στους αρμόδιους ελεγκτές να λάβουν τον εσωτερικό σκληρό δίσκο του συγκεκριμένου υπολογιστή. Επισημαίνεται ωστόσο, από τον έλεγχο ότι από την εκτύπωση οθόνης από τη Διαχείριση του Υπολογιστή του [...] (3η σελ. του εγγράφου 3 TRYFON PC- Print Screens τροποποίησης τοπικών φακέλων, ληφθέντος από τον ελεγκτή) καταγράφεται ως ημερομηνία τροποποίησης του φακέλου "Τα έγγραφά μου" στο directory [Υπολογιστής->Τοπικός δίσκος (C)-> Χρήστες-> [...]] η "6/4/2011, 10.33 π.μ", όμως, η ένδειξη για το φάκελο αυτό είναι: "Κενός φάκελος". Από τον συνδυασμό της ημερομηνίας/ώρας της τελευταίας τροποποίησης και του γεγονότος ότι στην τροποποίηση αυτή ο φάκελος είναι κενός, προκύπτει, κατά τον έλεγχο, σαφώς το συμπέρασμα ότι έλαβε χώρα διαγραφή ηλεκτρονικών αρχείων και μάλιστα με απομακρυσμένη πρόσβαση, δεδομένου ότι ο συγκεκριμένος Η/Υ- θέση εργασίας δεν χρησιμοποιούνταν τοπικά, ενώ η πρόσβαση αυτή καταδεικνύεται, περαιτέρω, και από τις καταγραφές - logs- του παρόχου απομακρυσμένης σύνδεσης (TeamViewer GmbH εταιρεία παροχής υπηρεσιών απομακρυσμένης σύνδεσης με έδρα τη Γερμανία) . Από τα έγγραφα καταγραφών κινήσεων (logs), που περιέχονται στο φάκελο, προκύπτει ότι οι ενέργειες για την απομακρυσμένη εισαγωγή στο σύστημα (log-in) εκκίνησαν στις 10:14 την ημέρα του ελέγχου, ενώ, επί-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

σης, προκύπτει ότι καθορίστηκαν ρητά τα διαπιστευτήρια (credentials) του λογαριασμού, δηλαδή χρησιμοποιήθηκαν οι κωδικοί, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εισαγωγή στο σύστημα. Σε συνέχεια όλων αυτών, οι αρμόδιοι ελεγκτές προέβησαν σε κατάσχεση του εσωτερικού σκληρού δίσκου του ως άνω Η/Υ, με τη σύμφωνη γνώμη των παρισταμένων εκ μέρους της ελεγχόμενης (βλ. σχετικό πρωτόκολλο κατάσχεσης που επιδόθηκε νομίμως στην προσφεύγουσα), ολοκληρωθέντος του ελέγχου εντός της ημέρας και περί ώρα 17.00 μ.μ. Μετά την κατά τα ανωτέρω διαπίστωση του ελέγχου και την περαιτέρω διερεύνηση της υπόθεσης η Επιτροπή Ανταγωνισμού προέβη στα εξής μέτρα έρευνας: α) ανέθεσε σε πραγματογνώμονα προκειμένου να εξετασθεί ο κατασχεθείς δίσκος για την ανάκτηση των τυχόν διαγραφέντων ηλεκτρονικών αρχείων β) απέστειλε ερωτηματολόγια στις εμπλεκόμενες εταιρείες για την παροχή των απαιτούμενων πληροφοριών και στοιχείων και τέλος, γ) ελήφθησαν καταθέσεις από στελέχη και υπαλλήλους αυτών (εταιρειών). Κατόπιν αυτού ως προς την διεξαχθείσα πραγματογνωμοσύνη το κύριο εύρημα αυτής ήταν ότι "μεγάλος αριθμός αρχείων φαίνεται να έχει διαγραφεί την 6.4.2011 και ώρα 10.33 π.μ, σύμφωνα με το ρολόι του ηλεκτρονικού υπολογιστή, από τον οποίο προήλθε ο πειστήριος δίσκος", και ότι "μεταξύ άλλων αρχείων ο φάκελος Backup που βρίσκεται στη διαδρομή /Backup της δεύτερης κατάτμησης του δίσκου με όνομα [...] είχε διαγραφεί ολόκληρος. Τελευταία ημερομηνία σε αυτό το φάκελο φαίνεται να είναι επίσης η 6.4.2011 και ώρα 10.33". Η διαγραφή των αρχείων από το συγκεκριμένο υπολογιστή πραγματοποιήθηκε με χρήση εφαρμογών απομακρυσμένης πρόσβασης στον συγκεκριμένο ηλεκτρονικό υπολογιστή του [...], στελέχους ([...]) της εταιρείας "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" και υπευθύνου για τις δημοπρατήσεις δημοσίων έργων της εταιρείας "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε" και ενόψει της έναρξης του επιτοπίου ελέγχου του κλιμακίου της ΓΔΑ. Το γεγονός αυτό στηρίζει το συμπέρασμα των ελεγκτών περί απόπειρας, εκ μέρους των υπευθύνων της διαγραφής, να αποκρύψουν αρχεία, που κατά τεκμήριο ενδιέφεραν πρωτίστως για την αυτεπάγγελτη έρευνα, δεδομένου ότι οι εμπλεκόμενες εταιρείες είχαν κατανοήσει τόσο τον σκοπό όσον και το πνεύμα της διεξαγόμενης έρευνας, πολλώ μάλλον, που η "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" είχε και κατά το παρελθόν ελεγχθεί στο πλαίσιο άλλης αυτεπάγγελτης έρευνας της Επιτροπής Ανταγωνισμού στον κλάδο παραγωγής και εμπορίας σκυ-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

ροδέματος και γνώριζαν οι εκπρόσωποί της την όλη διαδικασία. Η παρέμβαση στα ηλεκτρονικά αρχεία της ελεγχόμενης επιχείρησης και όχι μόνο της διαγραφής εγγράφων απαγορευμένης κατά την διάρκεια του ελέγχου αλλά οποιασδήποτε μεταβολής και δη μετακίνηση εγγράφων, χωρίς άδεια από ελεγκτές, συνιστά παρακώλυση του ελέγχου. Εκ μέρους δε των ελεγχόμενων επιχειρήσεων, όπως συνάγεται από τον έλεγχο, προκλήθηκαν οι προπεριγραφείσες δυσχέρειες, ενώ παραλείφθηκαν απαιτούμενες ενέργειες διασφάλισης της θέσης και της ακεραιότητας των επαγγελματικών αρχείων, ώστε αυτά να μπορούν να ελεγχθούν και εν γένει παρακωλύθηκε η άσκηση της αρμοδιότητας της Επιτροπής, που προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 του ν.703/77. Εξάλλου, όπως επισημαίνεται, ούτε οι εμπλεκόμενοι συνεργάστηκαν ενεργά με τους ελεγκτές, ούτε υπεβλήθησαν πλήρως στον έλεγχο, αφού με τις πράξεις και παραλείψεις τους δεν επέτρεψαν την πρόσβαση του κλιμακίου στο σύνολο των εγγράφων που φυλάσσονταν στην επιχείρηση και συνεπώς, παρεμπόδισαν και σε κάθε περίπτωση δυσχέραναν τη διενέργειά του. Για τον εντοπισμό της ταυτότητας των αυτουργών της ως άνω ενέργειας, ήτοι των φυσικών προσώπων που διέταξαν την επίμαχη διαγραφή των αρχείων καθώς και αυτών που εκτέλεσαν την εντολή διαγραφής ώστε, να καταλογισθεί η παράβαση της παρακώλυσης ελέγχου, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 26 παρ. 6 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του επιτόπιου ελέγχου (νυν άρθρου 39 παρ. 5 του ν.3959/2011): οι αρμόδιοι ελεγκτές, αφού έλαβαν υπόψη τις ληφθείσες καταθέσεις των υπαλλήλων και των εκπροσώπων των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, κατέληξαν στο συμπέρασμα ότι η απομακρυσμένη πρόσβαση έλαβε χώρα από στέλεχος /εντολοδόχο της εταιρείας ενώ, πιθανότερη είναι η πρόσβαση από τον [...], ως φυσικού αυτουργού, ο οποίος εξάλλου, έχει και εκ της ιδιότητός του εξελιγμένες τεχνικές γνώσεις, πιθανότατα με υπόδειξη του [...], ελεγχόμενου στελέχους της εταιρείας, στον οποίο ανήκε ο υπολογιστής και του οποίου η θέση στην εταιρεία ήταν βασική, σε σχέση με τους σκοπούς του ελέγχου ή κάποιου μέλους της διοίκησης των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων. Περαιτέρω, ως προς την ευθύνη των νομικών προσώπων ο έλεγχος κατέληξε ότι η ευθύνη για την αποτροπή του κινδύνου διαγραφής ή εξαφάνισης ή μεταβολής αρχείων ανήκει σαφώς στην σφαίρα επαγγελματικής επιρροής των εμπλεκόμε-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

νων εταιρειών, ενόψει και της κατά τα προεκτεθέντα υποχρέωσης πλήρους και ενεργού συνεργασίας αυτών με τους διενεργούντες τους ελέγχους υπαλλήλους της Γ.Δ.Α, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η υποχρέωση ασφαλούς φύλαξης και διατήρησης όλων των στοιχείων, αρχείων και εγγράφων της επιχείρησης, που αποτελούν αντικείμενο του ελέγχου, κατ' άρθρο 26 παρ. 2,3 και 4 του ν.703/77, ήδη εν προκειμένω, από την χρονική στιγμή άφιξης του ελέγχου και εν αναμονή της αποδοχής αυτού . Κατόπιν αυτών, κατά τον έλεγχο, εφόσον η απομακρυσμένη πρόσβαση, κατά την οποία έλαβε χώρα η επίμαχη διαγραφή εκκίνησε πριν από την αποδοχή του ελέγχου εκ μέρους της "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" και ολοκληρώθηκε μετά την αποδοχή αυτού από την "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε", και οι δύο εταιρείες που αποτελούν ενιαία οικονομική ενότητα και λειτουργούν ενιαία σαν μία εταιρεία είναι υπεύθυνες για τη διάπραξη της παρακώλυσης του επιτοπίου ελέγχου. Ενόψει αυτών, κατά την κρίση της Επιτροπής "οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις μέσω των πράξεων και παραλείψεων τους που αφορούσαν στην αλλοίωση/διαγραφή των επίμαχων ηλεκτρονικών αρχείων, στη μη τήρηση όλων των αρχείων και εγγράφων διαθέσιμων και προσβάσιμων για την ομάδα ελέγχου της Επιτροπής συνεργάστηκαν πλημμελώς, παρεμπόδισαν και δυσχέραναν τη διενέργεια του επιτοπίου ελέγχου, με αποτέλεσμα να κινδυνεύσουν να μην εντοπισθούν τα διαγραφέντα αρχεία από τους εντεταλμένους υπαλλήλους της Γ.Δ.Α. Τα συμβάντα αυτά συνιστούν ευθέως παραβίαση της υποχρέωσης ενεργού συνεργασίας της ελεγχόμενης επιχείρησης κατά τη διάρκεια της διεξαγόμενης έρευνας και της υποχρέωσης πλήρους αποδοχής του ελέγχου έμπρακτης αναγνώρισης των εξουσιών της Επιτροπής Ανταγωνισμού για τη διεξαγωγή ερευνών, η οποία συνίσταται ιδίως στη μη παρεμπόδιση ή πρόκληση δυσχερειών και τη μη άρνηση επίδειξης των αιτούμενων στοιχείων και χορήγησης αντιγράφων /αποσπασμάτων κατά τη διεξαγωγή των ερευνών, κατά τις διατάξεις της παρ. 2 επ. του άρθρου 26 του ν.703/1977 (ήδη παρ. 1 επ. του άρθρου 39 του ν.3959/2011). Κατόπιν αυτού, κρίνεται αναγκαίο εκ μέρους της Επιτροπής να επιβληθεί στις εμπλεκόμενες εταιρείες πρόστιμο προκειμένου να διασφαλιστεί επαρκώς στις περιστάσεις της κρινόμενης υπόθεσης το ειδικό και γενικό αποτρεπτικό αποτέλεσμα από την επιβολή αυτού". Εν συνεχεία, εκδίδεται σε βάρος των εν λόγω εταιρειών η προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία και τους επιβ-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

λήθηκε αλληλεγγύως και εις ολόκληρον πρόστιμο, συνολικού ύψους 72.000 ευρώ, ήτοι μειωμένου κατά 10% του καθορισθέντος ως ευλόγου ύψους 80.000 ευρώ, λόγω της μεταγενέστερης συνεργασίας των εμπλεκόμενων εταιρειών κατά τη διευλεύκανση των πραγματικών περιστατικών και τη διευκόλυνση της έρευνας της Επιτροπής. Ήδη, με την κρινόμενη προσφυγή και το επ' αυτής υπόμνημα επιδιώκεται η ακύρωση, άλλως η μεταρρύθμιση, της προσβαλλόμενης απόφασης για τους ειδικότερα, κατωτέρω αναφερόμενους λόγους.

5. Επειδή, προβάλλεται εκ μέρους των προσφευγουσών ότι η κάθε μία εξ αυτών έχει ξεχωριστή νομική προσωπικότητα ότι υποβάλλονται σε αυτοτελή διοικητικό και φορολογικό έλεγχο, συντάσσουν και δημοσιοποιούν διαφορετικούς ισολογισμούς και σε κάθε περίπτωση έχουν διαφορετικούς σκοπούς και επιχειρηματικές δραστηριότητες και, συνεπώς, μη νομίμως θεωρήθηκε εκ μέρους του ελέγχου ότι ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρο η δεύτερη εξ αυτών "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε", εφόσον, η εν λόγω εταιρεία ουδεμία ανάμειξη ή εμπλοκή είχε στο έργο αυτού (ελέγχου). Πλην, ο ισχυρισμός αυτός κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, από τις απαντήσεις των δύο εμπλεκόμενων εταιρειών σε ερωτηματολόγια της Επιτροπής, που αφορούσαν τον τρόπο διοίκησης τους, τη μετοχική τους σύνθεση, τους νομίμους εκπροσώπους τους, τους υπαλλήλους τους καθώς και τη σχέση μεταξύ τους, προκύπτει ότι οι δύο εταιρείες συστεγάζονται καθώς έχουν έδρα τους στην ίδια διεύθυνση και στο ίδιο κτήριο, με κοινές εγκαταστάσεις. Σχετικά με τη μετοχική τους σύνθεση προκύπτει ότι ο ελέγχων μέτοχος της "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" είναι [...] και οι λοιποί μέτοχοι [...]. Ελέγχων μέτοχος της "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε" είναι η "ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Ε" κατέχοντας το [...] % της πρώτης και οι λοιποί μέτοχοι είναι ο [...] με [...] % και ο [...] με [...] %. Από τις αναλυτικές καταστάσεις των εργαζομένων τους και τις μισθοδοτικές καταστάσεις των εταιρειών προκύπτει ότι αρκετοί από τους υπαλλήλους παρέχουν τις υπηρεσίες τους ατύπως και στις δύο εταιρείες. Επίσης, οι δύο εμπλεκόμενες εταιρείες και ήδη, προσφεύγουσες έχουν συμπληρωματικό καταστατικό σκοπό, κοινό πληροφοριακό σύστημα όπου καταχωρούνται δεδομένα που αφορούν και τις δύο τους, σε σχετική δε κατάθεση του εκπροσώπου [...], δηλώνεται ότι "οι δύο επιχειρήσεις λειτουργούν ως ενιαία οικονομική μονάδα". Τέλος, όπως προανα-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

φέρθηκε από τις διαπιστώσεις του ελέγχου προέκυψε ότι διεγράφησαν αρχεία που αφορούσαν και τις δύο εμπλεκόμενες εταιρείες. Ενόψει αυτών των δεδομένων, οι προσφεύγουσες, ανεξαρτήτως της ξεχωριστής νομικής προσωπικότητας, ορθώς εκλαμβάνονται εν προκειμένω, βάσει των ισχυόντων στο δίκαιο του ανταγωνισμού, ως "ενιαία οικονομική οντότητα", εφόσον χαρακτηρίζονται από ενιαία οικονομική συμπεριφορά πληρουμένων των σχετικών προϋποθέσεων (ΔΕΚ τη 12.7.1984, υποθ. 170/83, Hydrothern, Συλλ. 2999, απόφαση ΔΕΚ της 24.10.1996, υπόθ. C- - 73/95, Vího κ. Επιτροπής, Συλλογή 1-5457, απόφαση ΠΕΚ της 14.5.1998, υπόθ. T-354/94, Stora, Συλλ.iii-2111 της 12.1.1995, υποθ. T- 102/92 Vího κ. Επιτροπής, Συλλ. II-17, της 30.09.2003, υποθ. T- 203/01, Michelin κ. Επιτροπής (Michelin II), Συλλ.ii-4071, απόφαση ΔΕΕ της 10.9.2009 υπόθ. C-97/08 Akzo Nobel, Συλλογή 1-8237, σκ. 58,65,73 και 74) και επομένως, ορθώς επιβλήθηκε το πρόστιμο σε βάρος των δύο εταιρειών αλληλεγγύως και εις ολόκληρον.

6. Επειδή, περαιτέρω, προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα ως μη νόμιμη, δεδομένου ότι για την στοιχειοθέτηση της παράβασης των διατάξεων του άρθρου 26 παράγραφος 6 του ν. 703/1977 περί παρεμπόδισης ή δυσχέρασης της έρευνας της Επιτροπής Ανταγωνισμού πρέπει να προκύπτει πρόθεση του φερομένου ως δράστη της συγκεκριμένης παράβασης και να αποδεικνύεται αιτιώδης σχέση και σύνδεσμος των συνιστώντων την παράβαση πραγματικών περιστατικών και του επελθόντος αποτελέσματος. Εν προκειμένω δε, όπως υποστηρίζουν, δεν διαπιστώθηκε πρόθεση παρεμπόδισης του ελέγχου, αλλά, ενδεχομένως, προσπάθεια διαγραφής άσχετων με τις επιχειρηματικές δραστηριότητες της ελεγχόμενης εταιρείας στοιχείων και, ειδικότερα, προσωπικών στοιχείων του χρήστη του υπολογιστή [...], γεγονός που προκύπτει και από προθυμία του [...] να παραδώσει τον σκληρό δίσκο του συγκεκριμένου Η/Υ και να ζητήσει την άμεση ανάγνωσή του. Τέλος, προβάλλουν ότι, και αν ακόμη ήθελε κριθεί ότι με την ενέργεια της διαγραφής εκδηλώθηκε πρόθεση πραγματοποίησής της, δεν αποδεικνύεται ότι υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της διαγραφής και της παρεμπόδισης του ελέγχου, προϋπόθεση απαραίτητη για την πραγμάτωση της αντικειμενικής υπόστασης της διαπιστωθε-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

ίσας παράβασης, γεγονός, άλλωστε, που αποδεικνύεται και από τον έλεγχο που βεβαιώνεται ότι τα εμπλεκόμενα μέρη επεδίωξαν και παρ' ολίγον κατόρθωσαν να παρεμποδίσουν και σε κάθε περίπτωση καθυστέρησαν τον έλεγχο, τα αποκρυβέντα δε δεν είχαν οποιαδήποτε σχέση με τις επιχειρηματικές δραστηριότητες της εταιρείας, πέραν του ότι και το γεγονός της διαγραφής αποτελεί δικαίωμα του ελεγχόμενου να μην αποκαλύψει στοιχεία άσχετα με το αντικείμενο του πραγματοποιηθέντος ελέγχου. Όμως, και ο ισχυρισμός αυτός κρίνεται απορριπτός ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, όπως αναλυτικώς εκτίθενται ως άνω τα πραγματικά περιστατικά, κατά το χρονικό διάστημα της καθυστέρησης και παρεμπόδισης του ελέγχου διεγράφησαν τα επίμαχα ηλεκτρονικά αρχεία και δεδομένα που αφορούσαν και τις δύο προσφεύγουσες από τον ηλεκτρονικό υπολογιστή του υπευθύνου για τους δημόσιους διαγωνισμούς υπαλλήλου και διευθυντικού στελέχους [...], που έλαβε χώρα εξ αποστάσεως, γεγονός άλλωστε που δεν αρνούνται οι ίδιες. Οι περιπτώσεις παρακώλυσης συνιστάμενης σε παρέμβαση σε ηλεκτρονικά αρχεία της ελεγχόμενης κρίνονται με αυστηρότητα λόγω της συνεχώς αυξανόμενης χρήσης ηλεκτρονικών μέσων αποθήκευσης αρχείων, τα οποία εξ ορισμού καταστρέφονται εύκολα, η παρακώλυση δε αυτή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 6 του ν.703/1977, στοιχειοθετείται ανεξαρτήτως των αποτελεσμάτων που αυτή επέφερε ή δεν επέφερε στην ουσία της έρευνας. Η επίμαχη δε αυτή συμπεριφορά που τελέστηκε με άμεσο δόλο ή τουλάχιστον με πλήρη βεβαιότητα ως προς τις αναγκαίες συνέπειές της έθεσε σε κίνδυνο την εκπλήρωση των καθηκόντων που έχουν ανατεθεί στην Επιτροπή Ανταγωνισμού και τα εμπλεκόμενα μέρη επεδίωξαν, και παρ' ολίγον κατόρθωσαν να παρεμποδίσουν την απρόσκοπτη έρευνα και συλλογή στοιχείων, γεγονός που συνιστά ευθεία παράβαση της υποχρέωσής τους για ενεργό συνεργασία. Περαιτέρω, η εν λόγω παραβατική συμπεριφορά τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο προς την σημειωθείσα καθυστέρηση, δεδομένου ότι οι ελεγχόμενες εταιρείες επεδίωξαν και επέτυχαν σε ορισμένο μέτρο να παρεμποδίσουν και να καθυστερήσουν τον διενεργούμενο έλεγχο για την ύπαρξη οριζόντιας σύμπραξης στο πλαίσιο δημόσιων διαγωνισμών και γενικώς επέδρασε αρνητικά στη στοιχειοθέτηση τυχόν παραβάσεων των άρθρων 1 του ν. 703/1977 και 101 ΣΛΕΕ, λόγω ιδίως της προκληθείσας καθυστέρησης και ανάλωσης διοικητικών πόρων (διενέργεια πραγμα-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

τογνωμοσύνης κ.λ.π). Ενόψει όλων αυτών, αβασίμως προβάλλεται και ότι η διαγραφή δεν συνδέεται με τον διενεργηθέντα έλεγχο και την παρακώλυση του έργου του, αφού η χωρίς άδεια των ελεγκτών αφαίρεση εταιρικών στοιχείων και εγγράφων από την ύλη που δύναται, βάσει των προαναφερομένων διατάξεων, να ελέγξει και να αξιολογήσει η ομάδα ελέγχου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, πληροί αυτοτελώς την αντικειμενική υπόσταση της σχετικής διάταξης. Επίσης, αβασίμως προβάλλεται και ο ισχυρισμός ότι δεν στοιχειοθετείται παρακώλυση του ελέγχου, διότι προ της ολοκλήρωσης του ελέγχου, προσφέρθηκε και παραδόθηκε ο σκληρός δίσκος του συγκεκριμένου Η/Υ, ούτε μπορεί να γίνει δεκτό ότι η απαξία της παρακώλυσης μειώνεται εκ του γεγονότος ότι μπορούν να γίνουν ενέργειες για την ανάκτηση των διαγραφέντων αρχείων.

7. Επειδή, περαιτέρω, προβάλλεται ότι μη νομίμως και κατά παράβαση της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας τους επιβλήθηκε πρόστιμο που προσεγγίζει σχεδόν το ανώτατο όριο των 100.000 ευρώ, ενόψει και των σημερινών δύσκολων οικονομικών συνθηκών, χωρίς να ληφθεί υπόψη: α) ότι τα διαγραφέντα αρχεία αποδείχθηκε ότι είναι άσχετα με το αντικείμενο του ελέγχου β) ότι δεν υπήρχε πρόθεση απόκρυψης αρχείων ικανών να παρεμποδίσουν ή να δυσχεράνουν τον έλεγχο και γ) η διαπιστωθείσα παράβαση αφορά απλά καθυστέρηση του ελέγχου, λαμβανομένου, περαιτέρω, υπόψη ότι η δεύτερη προσφεύγουσα έχει ήδη απαλλαγεί από κάθε κύρωση με απόφαση της Επιτροπής, ενώ η πρώτη, ακόμη και αν τελεί υπό καθεστώς ελέγχου, είναι άγνωστο το αποτέλεσμα του. Όμως, εφόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση -και κατ'εφαρμογή των ισχυουσών εν προκειμένω ουσιαστικών διατάξεων του άρθρου 26 παρ. 6 του ν.703/1977,- παρατίθενται αναλυτικώς και με ειδική σκέψη κάθε ένα από τα κριτήρια που υιοθέτησε η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά την επιβολή του ενδίκου προστίμου (σχ. αρ. 92-103), ο σχετικός ισχυρισμός κρίνεται απορριπτός ως αβάσιμος. Ειδικότερα, για την επιμέτρηση του προβλεπόμενου από τις προαναφερόμενες διατάξεις προστίμου λήφθηκε υπόψη τόσο ο αποτρεπτικός όσο και ο κατασταλτικός χαρακτήρας που πρέπει να έχει η επιβλητέα διοικητική κύρωση, η σοβαρότητα της επίμαχης συμπεριφοράς των εμπλεκομένων εταιρειών, ο κίνδυνος που προκλήθηκε ως προς την διεξα-

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

γωγή της έρευνας το περιεχόμενο της συμπεριφοράς αυτών, όπως αναλυτικώς εκτίθεται ως άνω, που αφορά καταστροφή αρχείων που συνδέονται με διερεύνηση ύπαρξης οριζόντιας σύμπραξης στο πλαίσιο διαγωνισμών δημόσιων έργων, το επιβληθέν δε ως άνω πρόστιμο μειώθηκε κατά ποσοστό 10%, εφόσον ελήφθη υπόψη η μεταγενέστερη συνεργασία των προσφευγουσών με την Αρχή. Ενόψει αυτών και λαμβανομένου υπόψη ότι το προβλεπόμενο πρόστιμο, βάσει των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 5 του ν.3959/2011 ως είχε στην αρχική του μορφή, κυμαίνεται από 15.000 έως 100.000 ευρώ και συνεπώς, δεν προβλέπεται ευνοϊκότερη ρύθμιση έναντι της εφαρμοσθείσας του άρθρου 26 παρ. 6 του ν.703/77 προκειμένου να τύχει ως επεικέστερη εφαρμογής, είναι δε και κατώτερο από το νέο όριο του τροποποιηθέντος αυτού άρθρου (39), με τις διατάξεις του άρθρου 233 παρ. 1 του ν.4072/2012, ήτοι ανώτατο όριο έως 1% του κύκλου εργασιών, το δικαστήριο κρίνει ότι το τελικώς επιβληθέν (πρόστιμο) είναι δίκαιο, εύλογο και ανάλογο της σοβαρότητας της παράβασης απορριπτομένου και του αιτήματος περί μεταρρυθμίσεως της προσβαλλόμενης ως προς το ύψος αυτού.

8. Επειδή, τέλος, προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη στερείται της επιβαλλομένης ειδικής αιτιολογίας καθώς δεν αναφέρεται σε τί συνίσταται η συνεργασία των δύο προσφευγουσών και με ποιό συγκεκριμένο τρόπο από κοινού ενεργώντας παρακωλύθηκε ο έλεγχος, ούτε, άλλωστε, αναφέρονται τα κριτήρια που λήφθηκαν υπόψη για την επιβολή του εξοντωτικού αυτού προστίμου, δεδομένου ότι η αρχή εξάντλησε τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας ως προς την επιβολή αυτού. Ο ισχυρισμός αυτός, εκτός του ότι αλυσιτελώς προβάλλεται, αφού, σύμφωνα με το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999), Α' 97), το παρόν Δικαστήριο δικάζοντας επί προσφυγής εξετάζει από την αρχή το πραγματικό και νομικό μέρος της υπόθεσης, δυνάμενο να προβεί σε αυτοτελή διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 372/2008, 620/1995, 3384/1990) υποχρεούμενο να μην ακυρώνει και αναπέμπει στη Διοίκηση την ανατιολόγητη διοικητική πράξη αλλά να εξαντλεί την ουσιαστική του κρίση, αναπληρώνοντας τις τυχόν ελλείψεις της αιτιολογίας με τις κατά την εκτίμησή του διαπιστώσεις και διαμορφώνοντας το περιεχόμενο της έννομης σχέσης (ΣΤΕ 1722/2008, 62/1999, 580/1992, 1922/1988), είναι απορριπτέος και ως

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

αβάσιμος. Και τούτο διότι, στην εν λόγω πράξη μνημονεύονται οι διατάξεις που προβλέπουν την έκδοσή της, περιγράφονται αναλυτικά και με κάθε λεπτομέρεια τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία, ενόψει των εφαρμοστέων διατάξεων, στοιχειοθετούν την αποδιδόμενη παράβαση, ενώ, επί πλέον, παρατίθενται αναλυτικώς και τα κριτήρια που ελήφθησαν υπόψη για την επιβολή και την επιμέτρηση της ως άνω κύρωσης, η οποία, εξάλλου, επιβλήθηκε εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ώστε όχι μόνο δεν καθίσταται αόριστη, αλλά αντιθέτως, είναι πλήρως και επαρκώς αιτιολογημένη.

9. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή ως αβάσιμη και να διαταχθεί η κατάπτωση του παραβόλου υπέρ του Δημοσίου (άρθρο 277 παρ. 9 του Κ.Δ.Δ.), ενώ, πρέπει να επιβληθούν σε βάρος των προσφευγουσών τα δικαστικά έξοδα της Επιτροπής Ανταγωνισμού, οριζόμενα στο ποσό των τριακοσίων σαράντα ενός (340) ευρώ (άρθρο 275 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ.).

Δ Ι Α Τ Α Υ Τ Α

Απορρίπτει την προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου

Επιβάλλει σε βάρος των προσφευγουσών τα δικαστικά έξοδα της Επιτροπής Ανταγωνισμού, οριζόμενα σε τριακόσια σαράντα (340) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 10 Φεβρουαρίου 2015 και δημοσιεύθηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του δικαστηρίου στις 31 Μαρτίου Φεβρουαρίου 2015.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

ΑΝΔΡΙΑΝΗ ΠΑΣΣΑ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Αριθμός απόφασης: 1538/2015

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΑΔΑΜΟΠΟΥΛΟΥ

Ε.Δ.