

ΤΟ
ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
Τμήμα 15^ο Τριμελές

Α π ο τ ε λ ο ύ μ ε ν ο από τις: Ανδριανή Πασσά, Πρόεδρο Εφετών Διοικητικών Δικαστηρίων, Ζαφειρία Γιαλελή και Αικατερίνη Κεφαλάκη - 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 11 Δεκεμβρίου 2018, για να δικάσει την από 3.11.2017 (αριθ. καταχ. ΠΡ1140/3.11.2017) προσφυγή:

τ η ς ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΛΙΜΕΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», που εδρεύει στη ΒΙ.ΠΕ. Ηρακλείου Κρήτης, (Νέα Αλικαρνασσός, οδός Ο), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με τους πληρεξούσιους δικηγόρους Νικήτα Φορτσάκη και Σταμάτη Δρακακάκη ,

κ α τ ά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Κότσικα αρ. 1 Α), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με τον πληρεξούσιο δικηγόρο Χαράλαμπο Σταμέλο με δήλωση στη γραμματεία κατ' άρθρο 133 παρ.2 Κ.Δ.Δ.,

Το Δικαστήριο,

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 των 750 ευρώ κατ' άρθρο 45 παρ.2 του ν. 3959/2011 (σχ. έντυπο 172725064958 0102 0013 e-Παράβολο), η προσφεύγουσα ζητά παραδεκτώως την ακύρωση της 644/2017 απόφασης της

Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά το μέρος αυτής με το οποίο επιβλήθηκε σε βάρος της πρόστιμο ύψους 17.789 ευρώ, για παράβαση του άρθρου 1 παρ.1 του ν.703/1977.

2. Επειδή, στο άρθρο 1 παρ.1 του ν.703/1977 «περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού» (Α 278) ορίζεται 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 του ανταγωνισμού ιδία δε αι συνιστάμεναι εις: α) τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμόν 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 αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) την, κατά τρόπο 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 συμβάσεως εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, αι οποίαι κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικός συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, απαγορεύεται κάθε συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων καθώς και κάθε απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων, που έχει ως αντικείμενο είτε ως εν δυνάμει αποτέλεσμα τον περιορισμό ή την παρεμπόδιση ή τη νόθευση του ανταγωνισμού. Εάν από το περιεχόμενο της απόφασης ενώσεως επιχειρήσεων, μπορεί να συναχθεί ότι αυτή έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό, την παρεμπόδιση ή τη νόθευση του ανταγωνισμού, παρέλκει, ως αλυσιτελής, η περαιτέρω έρευνα και απόδειξη κινδύνου βλάβης των καταναλωτών ή επελεύσεως άλλων, συγκεκριμένων αποτελεσμάτων, εν δυνάμει βλαπτικών για τον ανταγωνισμό. Έτσι, η διαπίστωση ότι η απόφαση έχει αντικείμενο βλαπτικό για τον ανταγωνισμό δεν μπορεί να ανατραπεί ούτε από ενδείξεις ότι δεν είχε κανένα αποτέλεσμα εντός της αγοράς ή ότι δεν είχε άμεση επίδραση επί των τιμών, ούτε από το ότι οι ενδιαφερόμενοι εξασφάλισαν

ταυτοχρόνως, δια της πρακτικής αυτής, ορισμένα πλεονεκτήματα ως προς τον ανταγωνισμό. Για τους ίδιους λόγους, κατ' αρχήν, δεν απαιτείται, από άποψη διαπιστώσεως της παραβάσεως, ειδική οικονομική ανάλυση για τις συνθήκες της οικείας αγοράς, ούτε για τον προσδιορισμό της, δοθέντος, άλλωστε, ότι τα ίδια τα μέρη, με την απόφαση που λαμβάνουν, κατασκευάζουν τεχνητά μια ιδιαίτερη, απομονωμένη, αγορά, στεγανοποιημένη από την ομαλή λειτουργία των κανόνων τού ανταγωνισμού (ΣτΕ 1677/2014, 1324/2013, 2780/2012 επταμ., με περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία). Κατά τη ίδια ως άνω διάταξη, στην έννοια της «επιχειρήσεως» υπάγεται κάθε φορέας (φυσικό ή νομικό πρόσωπο) που ασκεί οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του και από τον τρόπο χρηματοδότησής του. Ειδικότερα, η ύπαρξη επιχείρησης προϋποθέτει αυτονομία οικονομικής δράσης και συνακόλουθα πλήρη ανάληψη των οικονομικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκάστοτε οικονομική δραστηριότητα.

3. Επειδή, στην παράγραφο 3 του άρθρου 1 του ν.703/1977 ορίζεται ότι: « 3.Εμπίπτουσαι εις την παράγραφον 1 του παρόντος άρθρου συμφωνίαι, αποφάσεις και περιπτώσεις ενηρμονισμένης πρακτικής ή κατηγορίαι τούτων δύναται να κριθούν δι' αποφάσεως της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού ως εν όλω ή εν μέρει ισχυραί, εφ' όσον πληρούν αθροιστικώς τα κάτωθι προϋποθέσεις: α) συμβάλλουν, επί ευλόγω συμμετοχή των καταναλωτών, εις την προκύπτουσαν ωφέλειαν, εις βελτίωσιν της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή εις προώθησιν της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β) δεν επιβάλλουν εις τας οικείας επιχειρήσεις περιορισμούς πέραν των απολύτως αναγκαίων δια την πραγματοποίησιν των ανωτέρω σκοπών και γ) δεν παρέχουν εις τας επιχειρήσεις ταύτας την δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού εις σημαντικόν τμήμα της οικείας αγοράς». Κατά πάγια νομολογία, κάθε συμφωνία ή απόφαση που περιορίζει τον ανταγωνισμό, είτε μέσω των αποτελεσμάτων είτε μέσω του αντικειμένου της, μπορεί κατ' αρχήν να τύχει απαλλαγής. Η εφαρμογή της διάταξης αυτής υπόκειται σε ορισμένες προϋποθέσεις, που πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Πρέπει να συμβάλλει στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων, ή στην

προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, να εξασφαλίζει συγχρόνως στους καταναλωτές δίκαιο τμήμα από το όφελος, να μην επιβάλλει στις συμμετέχουσες επιχειρήσεις μη αναγκαίους περιορισμούς και να μην τους παρέχει τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού σε σημαντικό τμήμα των σχετικών προϊόντων. Κατά συνέπεια, το πρόσωπο που επικαλείται το ανωτέρω άρθρο, πρέπει να αποδείξει ότι πληρούνται οι πιο πάνω προϋποθέσεις με πειστικά επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία (αποφ. ΔΕΚ 7^{ης} Ιανουαρίου 2004 υποθέσεις C-204/00, C-205/00, απόφαση ΠΕΚ της 27^{ης} Σεπτεμβρίου 2006 υπόθεση Τα-168/01).

4. Επειδή, κατά το άρθρο 25 του ν.3959/2011 (Α 93): «Η Επιτροπή Ανταγωνισμού αν, ύστερα από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας, διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με απόφαση της, διαζευκτικά ή σωρευτικά, μπορεί: α) να απευθύνει συστάσεις σε περίπτωση παράβασης των άρθρων 1 και 2 του παρόντος ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) να υποχρεώσει τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν την παράβαση και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον, γ) να επιβάλει μέτρα συμπεριφοράς ή διαρθρωτικού χαρακτήρα, τα οποία πρέπει να είναι αναγκαία και πρόσφορα για την παύση της παράβασης, ανάλογα με το είδος και τη βαρύτητα αυτής. Μέτρα διαρθρωτικού χαρακτήρα επιτρέπεται να επιβάλλονται μόνο στην περίπτωση που είτε δεν υφίστανται εξίσου αποτελεσματικά μέτρα συμπεριφοράς είτε όλα τα εξίσου αποτελεσματικά μέτρα συμπεριφοράς είναι ενδεχομένως επαχθέστερα από τα μέτρα διαρθρωτικού χαρακτήρα, δ) να επιβάλει πρόστιμο κατά την παράγραφο 2α στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση ή που δεν εκπληρώνουν αναληφθείσα από τις ίδιες δέσμευση η οποία έχει καταστεί υποχρεωτική, σύμφωνα με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατ' εφαρμογή της παραγράφου 6, ε) να απειλήσει πρόστιμο κατά την παράγραφο 2α ή την παράγραφο 2β ή και τα δύο σε περίπτωση συνέχισης ή επανάληψης

Αριθμός απόφασης: 840 /2019

της παράβασης, στ) να επιβάλει το επαπειλούμενο πρόστιμο κατά την παράγραφο 2α ή την παράγραφο 2β ή και τα δύο όταν με απόφασή της βεβαιώνεται η συνέχιση ή επανάληψη της παράβασης ή η παράλειψη εκπλήρωσης αναληφθείσας από τις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων δέσμευσης, η οποία έχει καταστεί υποχρεωτική με απόφαση κατ' εφαρμογή της παραγράφου 6. 2. α) Το πρόστιμο που επαπειλείται ή επιβάλλεται κατά την περίπτωση δ', ε' και στ' της παραγράφου 1 μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης. Σε περίπτωση ομίλου εταιρειών, για τον υπολογισμό του προστίμου, λαμβάνεται υπόψη ο συνολικός κύκλος εργασιών του ομίλου. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα, η διάρκεια, η γεωγραφική έκταση της παράβασης, η διάρκεια και το είδος της συμμετοχής στην παράβαση της συγκεκριμένης επιχείρησης, καθώς και το οικονομικό όφελος που αποκόμισε». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, επί επιβολής προστίμου για παράβαση των διατάξεων περί ανταγωνισμού λαμβάνονται υπ' όψιν, προς το σκοπό εξασφάλισης της αποτελεσματικότητας και της αποτρεπτικότητας του προστίμου, εντός του πλαισίου της αρχής της αναλογικότητας, η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης, ο σκοπός του προστίμου, ο οποίος συνίσταται στην καταστολή κάθε παράνομης συμπεριφοράς και στην πρόληψη επαναλήψεώς της, ο αριθμός, το μέγεθος και η οικονομική ισχύς των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων, ως προς τα οποία αποτελεί ένδειξη ο συνολικός κύκλος εργασιών των εν λόγω επιχειρήσεων, η έκταση των επιβλαβών για την αγορά οικονομικών συνεπειών της συμπεριφοράς, ο βαθμός ενοχής και το κέρδος κάθε επιχείρησης (ΣτΕ 1324/2013, πρβλ. αποφ. επί των υποθ. C-100-103/1980, σκ.104, 106, 117, 129, και T-67, 68, 71 και 78/2000-πρβλ. επίσης αποφ. ΔΕΚ της 28-6-2005, C-189, 202, 205-208, 213/2002, σκ.15, 17, 18, 240-243).

5. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού,

Αριθμός απόφασης: 840 /2019

διενέργησε αυτεπάγγελτη έρευνα για νόθευση ανταγωνισμού στον διαγωνισμό του έργου «Περιβαλλοντική Αποκατάσταση- Ανάπλαση Χ.Α.Δ.Α. Ν.Πέλλας προϋπολογισμού 4.470.000,00 ευρώ», με αφορμή την με αρ. πρωτ. 964/15.2.2011 ανώνυμη επιστολή, στην οποία αναφέρονταν τα εξής: « Την 30/11/2010 στην Δ/ση Τεχν. Υπηρεσιών Νομ. Αυτ. Πέλλας πραγματοποιήθηκε ο Διαγωνισμός του παραπάνω έργου στον οποίο συντελέστηκαν τα κάτωθι παράνομα. Α) Την προηγούμενη ημέρα του διαγωνισμού συναντήθηκαν οι εργολάβοι που είχαν πάρει τεύχη για τον ως άνω διαγωνισμό στο ξενοδοχείο «Ξενία» της Έδεσσας για να μοιράσουν την δουλειά του έργου. Στην συνάντηση αυτή ήταν περίπου τριάντα εργολάβοι από όλη σχεδόν την Ελλάδα (ρώτα ρεσεψιόν ξενοδοχείου). Εκεί αποφασίσθηκε, κατόπιν διαβουλεύσεων το έργο να αφηθεί σε κάποιους, δηλαδή να μην γίνει πραγματικός ανταγωνισμός και οι υπόλοιποι να μοιραστούν 370.000,00 ευρώ. Την επόμενη ημέρα του διαγωνισμού δόθηκαν μόνο τρεις συμφωνημένες προσφορές ενώ τεύχη για τον διαγωνισμό πήραν πάνω από τριάντα εργολάβοι οι οποίοι μάλιστα είχαν βγάλει και εγγυητικές συμμετοχής, διότι χωρίς αυτές δεν θα παίρνανε μέρος από την μοιρασιά. Β) Όποιος διαφώνησε με τις πρακτικές αυτές απειλήθηκε, δεν αφέθηκε να καταθέσει οικονομική προσφορά και για την σιωπή του ανταμείφθηκε με επί πλέον χρηματικό ποσό. Γ) Η έκπτωση που θα προσφέρονταν σε περίπτωση αδιάβλητης διαδικασίας θα ήταν μεγαλύτερη του 50% μιάς και στον προϋπολογισμό του έργου οι ποσότητες είναι πολύ αυξημένες σε σχέση με τις πραγματικές (πάνω από διπλάσιες). Η έκπτωση του έργου τώρα λόγω των παραπάνω είναι της τάξης του 2% με αποτέλεσμα την μεγάλη οικονομική ζημία του Δημοσίου με τουλάχιστον 2.200.000,00 ευρώ. Δ) Τα παραπάνω ήταν σε πλήρη γνώση μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού και άλλων υπηρεσιακών παραγόντων. Παρακαλώ για τις δικές σας ενέργειες πριν ξεκινήσει το έργο και φαγωθούν τα χρήματα». Η ίδια επιστολή στάλθηκε στις 9.12.2010 και στο Σώμα Επιθεωρητών-Ελεγκτών Δημόσιας Διοίκησης Π.Γ. Θεσσαλονίκης. Για την διερεύνηση της υπόθεσης αυτής η Γ.Δ.Α., από την 1.3.2011, πραγματοποίησε επιτόπιους ελέγχους σε εργοληπτικές τεχνικές εταιρείες και στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ», έλαβε ανωμοτί καταθέσεις από στελέχη

των εργοληπτριών εταιρειών και ζήτησε στοιχεία από την Διεύθυνση Τεχνικών Έργων της Περιφερειακής Ενότητας Πέλλας. Από τα ανωτέρω προέκυψαν τα εξής: Η Νομαρχιακή Επιτροπή Πέλλας – Διεύθυνση Τεχνικών Υπηρεσιών Ν.Α. Πέλλας προκήρυξε στις 2.10.2010 ανοικτό διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου «ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ- ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΧΩΡΩΝ ΑΝΕΞΕΛΕΓΚΤΗΣ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ (Χ.Α.Δ.Α.) ΝΟΜΟΥ ΠΕΛΛΑΣ» με προϋπολογισμό 4.470.000,006 ευρώ με ΦΠΑ. Δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, είχαν, σύμφωνα με την διακήρυξη, εργοληπτικές επιχειρήσεις, είτε μεμονωμένα, είτε σε κοινοπρακτικό σχήμα, εφόσον πληρούσαν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Για τον εν λόγω διαγωνισμό έλαβαν τεύχη 43 εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, κατέθεσαν δε προσφορά οι 5 εξ αυτών («ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.», «ΙΘΑΚΗ ΑΤΕ», «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΑΕ» και «Κ/Ξ ΨΑΡΑΣ –ΑΙΑΣ ΑΤΕ»). Ο διαγωνισμός διεξήχθη στις 30.10.2010, ανάδοχος αναδείχθηκε η «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΑΕ» και στις 30.12.2010 υπογράφηκε η εργολαβική σύμβαση με ποσό 3.472.995,86 ευρώ με αναθεώρηση και ΦΠΑ. Το έργο εκτελέστηκε, τελικά, από την κοινοπραξία «Κ/Ξ ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΑΕ- ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΕ», ολοκληρώθηκε εμπρόθεσμα στις 29.6.2012 και παραλήφθηκε από την επιτροπή παραλαβής στις 8.11.2013. Η Γ.Δ.Α. από τα ως άνω ληφθέντα στοιχεία διαπίστωσε ότι για το εν λόγω έργο έγινε συντονισμός των οικονομικών προσφορών σε οργανωμένο πλαίσιο- κεντρικό συντονισμό, τουλάχιστον, μεταξύ των εμπλεκόμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων. Η συμφωνία των εμπλεκόμενων αφορούσε κυρίως: α) σε εκ των προτέρων επιλογή της εταιρείας που θα υπέβαλε την υψηλότερη έκπτωση και θα αναδεικνυόταν ανάδοχος του έργου, β) σε καθορισμό του ύψους των εκπτώσεων που θα προσέφεραν οι λοιποί εμπλεκόμενοι, οι οποίοι είχαν προσυμφωνηθεί να συμμετέχουν εικονικά σε επίπεδα χαμηλότερα της έκπτωσης του προσυμφωνημένου αναδόχου ώστε να είναι βέβαιο ότι αυτός θα αναδειχθεί μειοδότης και γ) σε καταστολή της υποβολής προσφοράς εκ μέρους ορισμένων εκ των εμπλεκόμενων έναντι χρηματικού ή άλλου ανταλλάγματος. Στις ως άνω ενέργειες εμφανίζονται εμπλεκόμενες οι εταιρείες «ΜΗΧΑΝΙΚΗ

ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ», «ΕΡΓΑΣΙΣ», «ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ», «ΝΙΟΒΗ», «ΕΡΓΟΝΕΤ», η προσφεύγουσα, « ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ», «ΑΙΑΣ», «ΨΑΡΡΑΣ», «ΙΘΑΚΗ», «ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΒΑΛΑΣ» και ο ΔΑΣΚΑΛΟΥΔΗΣ ΘΕΟΔ., οι οποίες πραγματοποίησαν προ της διεξαγωγής του διαγωνισμού την πολυμερή συνάντηση στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» της Έδεσσας. Τα ανωτέρω, προέκυψαν από: 1. Τις αποδείξεις παροχής υπηρεσιών εκπροσώπων τεχνικών εταιρειών, που διέμειναν στον ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» την προηγούμενη και την ημερομηνία που είχε κλεισθεί η αίθουσα για την πραγματοποίηση της συνάντησης, 2. Τη χειρόγραφη σημείωση στο ημερολόγιο υποδοχής του ξενοδοχείου σχετικά με την κράτηση της αίθουσας από την εκπρόσωπο της «ΕΡΓΑΣΙΣ», 3. Την επιβεβαίωση της διευθύντριας του ξενοδοχείου «ΞΕΝΙΑ» σχετικά με την πραγματοποίηση συνάντησης τοπικών εργοληπτών-κατασκευαστών του Ν. Πέλλας κατά την επίμαχη ημερομηνία (29.11.2010), 4. Τις χειρόγραφες σημειώσεις στην προσωπική ατζέντα τ[.....], εκπροσώπου της εταιρείας «ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ», 5. Τις καταθέσεις στελεχών των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και 6. Λοιπά έγγραφα που εντοπίστηκαν κατά τους επιτόπιους ελέγχους στα γραφεία των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων. Ειδικότερα: 1) κατά τον έλεγχο στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» ελέγχθηκε το βιβλίο εισόδου-εξόδου, καθώς και παραστατικά – αποδείξεις παροχής υπηρεσιών. Στο ημερολόγιο που τηρείται στον χώρο υποδοχής, στη σελίδα με ημερομηνία 29.11 2010, βρέθηκε η εξής σημείωση: «80 ευρώ ΕΡΓΑΣΙΣ Α.Ε. 6:00 – 9:00 [.....] ΑΙΘΟΥΣΑ. ΠΛΗΡΩΝΕΙ [.....]». Σε σχετική ερώτηση των ελεγκτών, η διευθύντρια του ξενοδοχείου απάντησε ότι στις 29.11.2010 είχε πραγματοποιηθεί συνάντηση των τοπικών εργοληπτών-κατασκευαστών του Ν. Πέλλας. Η κράτηση της αίθουσας έγινε από τ[.....] της εταιρείας «ΕΡΓΑΣΙΣ». Από τον έλεγχο, στις σχετικές αποδείξεις παροχής υπηρεσιών, διαπιστώθηκε ότι έξι εκπρόσωποι-στελέχη κατασκευαστικών εταιρειών διέμειναν στο εν λόγω ξενοδοχείο στις 29.11.2010 και δύο στις 30.11.2010. Μεταξύ των άλλων διέμεινε και [.....], Αντιπρόεδρος Δ.Σ. της προσφεύγουσας (άφιξη 29.11.2010 και ώρα 18.47), 2) Στη συνάντηση της 29.11.2010 αναφέρεται απόσπασμα από τις χειρόγραφες σημειώσεις τ [.....] στο ημερολόγιο

Αριθμός απόφασης: 840 /2019

του (για το έτος 2010). Από τις εγγραφές στο ημερολόγιο αυτό προκύπτει συνάντηση των εκπροσώπων των εταιρειών «ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ», «ΕΡΓΑΣΙΣ», «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ», «ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ» στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» στις 29.11.2010, καθώς επίσης αναφέρεται το ποσό των 350.000 ευρώ και η φράση «22 περίπου εταιρίες έξω». Την ίδια μέρα και συγκεκριμένα στις 23:00 (σχετική σημείωση) υπήρξε και δεύτερη συνάντηση των [.....] (ΕΡΓΑΣΙΣ) και [.....] («ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ») και στις ως άνω σημειώσεις γίνεται η εξής αναφορά: «μεγάλο περιθώριο – η έκπτωση > 40%». Σε άλλο σημείο της ίδιας ατζέντας με ημερομηνία 30.11.2010 αναφέρονται μεταξύ άλλων: « 09:00 [.....] – (Νομαρχία Έδεσσας) ΝΙΟΒΑ Α.Ε. (4^η σ' όλα)... 10:30 Έδεσσα Δγμος (=Διαγωνισμός): [.....]2 και 5 εγώ 1& 3 ανάδοχος Μηχανική Περι/ντος». Τέλος, στην ίδια ατζέντα στις παρακάτω ημερομηνίες αναφέρονται τα εξής: « 1 Δεκεμβρίου 2010 – Λάρισα 9:13 [.....] - 18 ή 19 οι απ' έξω... 9:45 ... Βρώμισε η υπόθεση ΧΑΔΑ Πέλλας (πιθανή ακύρωση)», «1 Μαρτίου 2011 ... 13:30 [.....](έλεγχος Επ .Ανταγωνισμού)..., 3) Χειρόγραφο σημείωση που αφορά στον επίμαχο διαγωνισμό στο ημερολόγιο τ[.....], μέλους του ΔΣ της «ΕΡΓΑΣΙΣ» και με ημερομηνία 2.12.2010, η οποία αναφέρει «Κατασκευαστική Κ/ξια τύπου Σερρών για ΧΑΔΑ Πέλλας με ΕΡΓΑΣΙΣ- ΜΗΧΑΝΙΚΗ», 4) Από τη διενέργεια επιτόπιου ελέγχου στην εταιρεία «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ» βρέθηκε ανυπόγραφο σχέδιο του από 31.12.2011 ιδιωτικού συμφωνητικού σύστασης κοινοπραξίας, για την κατασκευή του επίμαχου έργου, μεταξύ των εταιρειών «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ» και «ΕΡΓΑΣΙΣ», 5) Στον έλεγχο που έγινε στον ΣΕΔΕ Πέλλας βρέθηκαν έγγραφα που η ΓΔΑ θεώρησε σχετικά με το αντικείμενο του ελέγχου, όπως μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας με τη Διεύθυνση Τεχνικών Υπηρεσιών Περιφερειακής Ενότητας Πέλλας προς τον ΣΕΔΕ με ημερομηνία 25.11.2010 με επισυναπτόμενο κατάλογο των εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες παρέλαβαν τα συμβατικά τεύχη του διαγωνισμού καθώς και αίτημα του προέδρου του ΣΕΔΕ προς την ίδια Δ/ση με το οποίο ζητά να λάβει γνώση όλων των σχετικών εγγράφων της καταγγελίας αναφορικά με τη λειτουργία της

επιτροπής δημοπράτησης του έργου, 6) Από τις απαντήσεις- ανωμοτί καταθέσεις- των εκπροσώπων των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων «ΕΡΓΑΣΙΣ», «ΝΙΟΒΗ», «ΕΡΓΟΝΕΤ», «ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ» και «ΣΕΔΕ» προέκυψε ότι όλοι είχαν λάβει τεύχη για τον εν λόγω διαγωνισμό, όμως μόνο η «ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ» υπέβαλε προσφορά. Κανείς δε εκ των ερωτηθέντων δεν γνώριζε, ούτε συμμετείχε στην προαναφερθείσα συνάντηση στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ». Περαιτέρω, σε σχετική ερώτηση ο εκπρόσωπος της «ΕΡΓΑΣΙΣ» απάντησε ότι αποτελεί συνήθη επιχειρηματική πρακτική, η μη συμμετοχή στον διαγωνισμό παρά την έκδοση της απαιτούμενης εγγυητικής επιστολής. Από τα ανωτέρω, η έρευνα της Ε.Α. κατέληξε ότι όλες οι ανωτέρω συνεννοήσεις και οι σχετικές διαπραγματεύσεις είχαν ως αντικείμενο τον προκαθορισμό αναδόχου, ήτοι την επιλογή της εταιρείας που θα υπέβαλε την υψηλότερη προσφορά και τον καθορισμό της προσφοράς αυτής, την υποβολή –αναγκαία χαμηλότερων- προσφορών κάλυψης εκ μέρους ορισμένων εμπλεκόμενων, ώστε να δίνεται στην αναθέτουσα η εντύπωση ότι υπάρχει ανταγωνισμός, και την καταστολή υποβολής προσφορών από άλλους έναντι χρηματικού ανταλλάγματος ή έναντι ανάληψης μέρους του αντικειμένου του έργου («ΕΡΓΑΣΙΣ») δια της συμπερίληψης σε κοινοπρακτικό σχήμα με τον συμφωνημένο ανάδοχο και ανάληψη υπεργολαβίας («ΕΡΓΑΣΙΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ»), ή δια της ανάληψης υπεργολαβίας («ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ») και, δεδομένου ότι τα σχετικά στοιχεία καταδεικνύουν ότι επήλθε τελικά σύμπτωση βουλήσεων των εμπλεκόμενων στα ζητήματα αυτά, εμπίπτουν στην έννοια της απαγορευμένης συμφωνίας (αρ.1 παρ.1 ν.703/1977). Το συμπέρασμα αυτό, σύμφωνα με την Ε.Α., συνάγεται και από το γεγονός ότι: α) μετά τη συνάντηση ορισμένες εταιρείες που συμμετείχαν σ' αυτή απείχαν πράγματι από τον διαγωνισμό, καίτοι είχαν λάβει τεύχος ή/και είχαν εκδώσει εγγυητική επιστολή για τη συμμετοχή τους («ΕΡΓΑΣΙΣ», προσφεύγουσα) , β) όσοι συμμετείχαν φαινομενικά στο διαγωνισμό υπέβαλαν χαμηλότερες του προκαθορισμένου αναδόχου («ΜΗΧΑΝΙΚΗ») προσφορές, γ) η εταιρεία «ΕΡΓΑΣΙΣ» απείχε από τον διαγωνισμό και ανέλαβε μέρος του έργου (30%) και δ) η εταιρεία «ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ» απείχε από τον διαγωνισμό και ανέλαβε υπεργολαβία κατόπιν συμφωνίας με την ανάδοχο κοινοπραξία,

συνεπώς τηρήθηκαν τα συμφωνηθέντα και το συνολικό σχέδιο τέθηκε σε εφαρμογή. Ο αντι-ανταγωνιστικός χαρακτήρας των συμφωνιών/εναρμονισμένων πρακτικών, κατά την Ε.Α., αποδείχθηκε πλήρως από τα συγκλίνοντα στοιχεία της αποδεικτικής διαδικασίας, η δε ως άνω πρακτική συνιστά εξ αντικειμένου παράβαση του ανταγωνισμού ανεξαρτήτως του μεριδίου των εν λόγω επιχειρήσεων στην αγορά, ενώ δέχτηκε ότι παρέλκει η εκτίμηση των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων της εν λόγω σύμπραξης στην αγορά. Περαιτέρω, σύμφωνα με την Ε.Α., δια της υποβολής προσφορών κάλυψης δημιουργήθηκε η πεπλανημένη αντίληψη ότι ο επίμαχος διαγωνισμός διεξάγονταν σε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, ενώ αντιθέτως όλες οι προσφορές, πλην μιας, ήταν εικονικές. Ο εν λόγω διαγωνισμός χειραγωγήθηκε και η ανάδοχος, η οποία είχε προσυμφωνηθεί, προσδιόρισε το ύψος της προσφοράς της, δεδομένου ότι συμφωνήθηκε με τις συμπράττουσες επιχειρήσεις να μην αντιμετωπίσει πραγματικά ανταγωνιστικές προσφορές. Τα ανωτέρω, κατέληξε η Ε.Α., συνιστούν εξ αντικειμένου παράβαση του ανταγωνισμού και πλήττουν την ελευθερία των συμμετεχόντων να καθορίζουν την τιμολογιακή τους πολιτική. Αντίστοιχα, οι συμφωνίες/εναρμονισμένες πρακτικές ως προς την καταστολή υποβολής προσφορών, ήτοι ως προς τη μη συμμετοχή συγκεκριμένων εμπλεκόμενων στον διαγωνισμό έναντι ανταλλαγμάτων (χρηματική αποζημίωση), συνιστούν προφανώς εξ αντικειμένου περιορισμό της ατομικής δυνατότητας πρόσβασης στην αγορά για τις επιχειρήσεις που όφειλαν, βάσει των συμφωνηθέντων, να απέχουν. Περαιτέρω, ως προς την προσφεύγουσα, η Ε.Α. κατέληξε ότι η συμμετοχή της στη συνάντηση στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» στις 29.11.2010 αποτελεί επαρκή απόδειξη της συμμετοχής της στη σύμπραξη (συμφωνία/εναρμονισμένη πρακτική), δεδομένου ότι συμμορφώθηκε με τα συμφωνηθέντα και δεν συμμετείχε στον επίμαχο διαγωνισμό, παρότι είχε λάβει τεύχος αυτού και είχε εκδώσει εγγυητική συμμετοχής, με αποτέλεσμα τη στρέβλωση της φυσιολογικής λειτουργίας του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση «... [.....] ήταν κατά την περίοδο του επίμαχου διαγωνισμού αντιπρόεδρος της εταιρίας LIMENIKH και είχε δικαίωμα

εκπροσώπησής της. ... Ως εκ τούτου δεν μπορεί να γίνει πιστευτό το γεγονός ότι [.....] πήγε στην Έδεσσα και να καταγράψει απλώς τους διαγωνιζόμενους και τις προσφερόμενες εκπτώσεις τους... οι επιχειρήσεις που έλαβαν μέρος στη συνάντηση αυτή δεν ήταν μόνο τοπικές αλλά υπήρχαν και άλλες εταιρίες που δεν ήταν από το Ν.Πέλλας...». Κατόπιν αυτών, και μετά την ακροαματική διαδικασία, η Ε.Α. εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη, λαμβάνοντας υπόψη ότι στην συγκεκριμένη υπόθεση δεν πληρούνται μεν οι προϋποθέσεις επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου, όμως οι προεκτεθείσες πρακτικές είχαν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, οι ανωτέρω δε διαπραγματεύσεις και συνεννοήσεις σχετικά με τον προκαθορισμό αναδόχου και τον καθορισμό της προσφοράς υπάγονται στην έννοια της απαγορευμένης συμφωνίας του άρθρου 1 παρ.1 του ν.703/1977. Επίσης, έλαβε υπόψη ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις ατομικής εξαίρεσης του άρθρου 1 παρ. 3 του ν.703/1977, καθώς και ότι οι διατάξεις του άρθρου 25 παρ.2 στ. α΄ του ν.3959/2011, για την επιβολή των σχετικών προστίμων, είναι εφαρμοστέες στην υπόθεση αυτή ως ευνοϊκότερες. Περαιτέρω, όσον αφορά την προσφεύγουσα, συνεκτιμώντας τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης (από 29.11 μέχρι 30.11.2010), τον ρόλο της στις διαπιστωθείσες πρακτικές και συμπράξεις, καθώς και το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από την ημερομηνία σύναψης της συμφωνίας μέχρι την ημερομηνία που έπαυσε, για αυτήν, να ισχύει (Νοέμβριος 2010), έκρινε ότι το βασικό ποσό του προστίμου έπρεπε να υπολογισθεί στο 15% του κύκλου εργασιών της (..... X 15% = ευρώ), όμως, δεχόμενη ότι συντρέχει ιδιαίτερη περίπτωση δικαιολογούσα την μείωση του επιμετρηθέντος προστίμου (παρατεταμένη οικονομική κρίση), το αναπροσάρμοσε στο ποσό των 17.789 ευρώ (..... X30%). Η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή της, όπως αναπτύσσεται με το από 14.12.2018 υπόμνημά της, ζητά την ακύρωση της πράξης αυτής για τους λόγους που αναφέρονται σ' αυτήν.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, ότι δεν υπέπεσε σε καμία παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν.703/1977. Ειδικότερα, προβάλλει ότι δεν συμμετείχε σε καμία συνάντηση στις 29.11.2010 στο

ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ», δεδομένου ότι απόφαση περί μη συμμετοχής της στο εν λόγω διαγωνισμό είχε ληφθεί πριν από την ημερομηνία αυτή, αφού λήφθηκε υπόψη ότι δεν ήταν οικονομικά συμφέρον να υποβάλει προσφορά, λόγω της μεγάλης απόστασης του έργου από την έδρα της (Ηράκλειο Κρήτης) και των τεχνικών δυσκολιών αυτού. Εξάλλου, η μετάβαση τ[.....] στην Έδεσσα αποφασίσθηκε προκειμένου να πληροφορηθεί, για την απόκτηση σχετικής εμπειρίας, τις προσφερόμενες τιμές και εκπτώσεις των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, η δε διανυκτέρευση στο εν λόγω ξενοδοχείο την επίμαχη ημερομηνία ήταν συμπτωματική και αποτελεί αυθαίρετο κριτήριο για να θεωρηθεί ως αποδεδειγμένη η συμμετοχή της στην ερευνώμενη σύμπραξη. Επίσης, προβάλλει ότι η παραλαβή τεύχους ενός διαγωνισμού δεν σημαίνει και οριστικοποίηση απόφασης για ουσιαστικής και τυπικής συμμετοχής σ' αυτόν.

7. Επειδή, με δεδομένα τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά το Δικαστήριο εκτιμά ότι μόνο η διαμονή του αντιπροέδρου του Δ.Σ. της προσφεύγουσας, στο ξενοδοχείο όπου πραγματοποιήθηκε η συνάντηση εργοληπτριών εταιρειών και η παραλαβή τεύχους του διαγωνισμού, δεν αποτελεί απόδειξη της συμμετοχής της προσφεύγουσας σε συμπράξεις, συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές με αντικείμενο την νόθευση του ανταγωνισμού στον επίμαχο διαγωνισμό. Εξάλλου, σε κανένα από τα λοιπά επικαλούμενα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού στοιχεία, όπως στις σημειώσεις στην ατζέντα τ[.....], στις οποίες και βασίστηκε κατά κύριο λόγο η έρευνα της Επιτροπή Ανταγωνισμού, δεν αναφέρεται καν η προσφεύγουσα ή νόμιμος εκπρόσωπος αυτής. Επομένως, κρίνει ότι αναπόδεικτα η Επιτροπή Ανταγωνισμού κατέληξε στην παραδοχή ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε σε εναρμονισμένες πρακτικές και συνεννοήσεις, που εμπίπτουν στο άρθρο 1 παρ.1 του ν.703/1977 με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού στον επίμαχο διαγωνισμό, όπως βάσιμα υποστηρίζει.

8. Επειδή, κατόπιν αυτών, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προσφυγή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος αυτής που αφορά την προσφεύγουσα, να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο κατ' άρθρο

Αριθμός απόφασης: 840 /2019

277 παρ.9 Κ.Δ.Δ. και, εκτιμώντας τις περιστάσεις, να απαλλαγεί η Επιτροπή Ανταγωνισμού από τα δικαστικά έξοδα της προσφεύγουσας κατ' άρθρο 275 παρ.1 Κ.Δ.Δ.

ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την 644/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά το μέρος αυτής που αφορά την προσφεύγουσα.

Διατάσσει την απόδοση του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Απαλλάσσει την Επιτροπή Ανταγωνισμού από τα δικαστικά έξοδα αυτής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 5 Φεβρουαρίου 2019 και δημοσιεύθηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 27 Φεβρουαρίου 2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

ΑΝΔΡΙΑΝΗ ΠΑΣΣΑ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΚΕΦΑΛΑΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΑΔΑΜΟΠΟΥΛΟΥ