

Αριθμός 99/2024

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ Στ´

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 27 Μαρτίου 2023, με την εξής σύνθεση: Διομήδης Κυριλλόπουλος, Αντιπρόεδρος, Προεδρεύων, σε αναπλήρωση του Προέδρου του Τμήματος, που είχε κώλυμα, Ιωάννης Σύμπλης, Ειρήνη Σταυρουλάκη, Σύμβουλοι, Δημήτριος Τομαράς, Βασιλική Ρέτσα, Πάρεδροι. Γραμματέας ο Λάμπρος Ρίκος.

Για να δικάσει την από 19 Ιουλίου 2021 αίτηση:

της αλλοδαπής εταιρείας με την επωνυμία «ARCHIRODON GROUP N.V.», που εδρεύει στην Ολλανδία (Wolwevershaven 30 Dordrecht, 3311 AW), η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Βασίλειο-Μελέτιο Παυλόπουλο (Α.Μ. 24909), που τον διόρισε με πληρεξούσιο,

κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Πατησίων 70 και Κότσικα 1Α), η οποία παρέστη με τη Γεωργία Καφήρα, Πάρεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα εταιρεία επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθ. 193/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Οι πληρεξούσιοι των διαδίκων δήλωσαν, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 21 του Κανονισμού Λειτουργίας του Δικαστηρίου, ότι δεν θα αγορεύσουν.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του εισηγητή, Συμβούλου Ιωάννη Σύμπλη.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου κ  
α ι

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο ν Ν ό μ ο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως έχει κατατεθεί το κατά νόμον παράβολο (392193250951 0913 0075/2021 ηλεκτρονικό παράβολο και 1443642, 1443644, 1443660, 1443661/2021 ειδικά γραμμάτια παραβόλου).

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή ζητείται η αναίρεση της 193/2021 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την απόφαση αυτήν, κατά μερική αποδοχή προσφυγής της αναιρεσείουσας εταιρείας, μεταρρυθμίσθηκε η 647/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού και περιορίσθηκε το πρόστιμο που της είχε επιβληθεί για συμμετοχή, κατά την περίοδο από 2.5.2012 έως 26.11.2012, σε οριζόντια σύμπραξη με αντικείμενο την κατανομή αγορών και καθορισμό τιμών δια της χειραγώγησης διαγωνισμών δημοσίων έργων από 1.265.349 ευρώ σε 843.722,70 ευρώ.

3. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 3 και 4 του άρθρου 53 του π.δ. 18/1989 (Α' 8), όπως αντικαταστάθηκαν με το άρθρο 12 παρ. 1 του ν. 3900/2010 (Α' 213), προκειμένου να κριθεί παραδεκτή αίτηση αναιρέσεως απαιτείται σωρευτικώς η συνδρομή των προϋποθέσεων που θεσπίζονται τόσο με την παράγραφο 3 όσο και με την παράγραφο 4 του ανωτέρω άρθρου του π.δ. 18/1989, όπως κατά τα ανωτέρω ισχύει. Ειδικότερα εν σχέσει προς τη θεσπιζόμενη από την παράγραφο 2 προϋπόθεση, πρέπει, να προβάλλεται από τον αναιρεσείοντα με το εισαγωγικό δικόγραφο και με συγκεκριμένους, ειδικούς ισχυρισμούς ότι με καθέναν από τους προβαλλόμενους λόγους τίθεται συγκεκριμένο νομικό ζήτημα, κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, επί του οποίου είτε δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας είτε η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έρχεται σε αντίθεση προς μη ανατραπέισα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου ανωτάτου δικαστηρίου ή προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου. Οι ως άνω δε ισχυρισμοί ως αναγόμενοι σε νομικά ζητήματα δεν πρέπει να αναφέρονται σε ζητήματα σχετικά με την υπαγωγή από το δικαστήριο της ουσίας των

πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου, ούτε σε ζητήματα αιτιολογίας ή εσφαλμένης εκτιμήσεως των αποδείξεων. Κατά τη γνώμη όμως του Συμβούλου Ι. Σύμπλη, όπως έχει παγίως κριθεί (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 2707-8/2022, με περαιτέρω παραπομπές), νομικό ζήτημα κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως θέτουν λόγοι αναιρέσεως που αφορούν ερμηνεία κανόνα δικαίου, -διατάξεως νόμου ή γενικής αρχής του ουσιαστικού ή του δικονομικού δικαίου-, με δυνατότητα, ως εκ τούτου, γενικότερης νομολογιακής εφαρμογής· άσχετα αν το ζήτημα ανακύπτει από τη μείζονα πρόταση ή προκύπτει από την υπαγωγή του οικείου δικανικού περιστατικών που έγιναν ανελέγκτως δεκτά ή για τη νόμιμη βάση ορισμένης υπαγωγικής κρίσης· γιατί και τέτοιων ζητημάτων η επίλυση μπορεί να δημιουργήσει νομολογιακό προηγούμενο με κατευθυντήρια λειτουργία ή γενικότερη εφαρμογή κατά την ερμηνεία κανόνων και την επίλυση άλλων διαφορών· στην τελευταία δε αυτή περίπτωση νομολογία θεωρείται ότι υπάρχει μόνον όταν το ζήτημα έχει επιλυθεί υπό τα ίδια ή ουσιαδώς παρεμφερή πραγματικά περιστατικά, γιατί τότε μόνο πρόκειται για το ίδιο νομικό. Κατ' επέκταση ζήτημα νομικό μπορεί να θέτει και λόγος αναιρέσεως περί μη απαντήσεως σε ουσιώδη ισχυρισμό, αν προβάλλεται ότι ο ισχυρισμός αυτός αναγόταν σε συγκεκριμένο νομικό ζήτημα υπό την προεκτεθείσα έννοια (και όχι αν προβάλλεται γενικώς ότι οι ουσιώδεις ισχυρισμοί πρέπει να απαντώνται) ή ότι οι δικαστικές αποφάσεις πρέπει να αιτιολογούνται. Αντιθέτως, ισχυρισμοί που, χωρίς να αναδεικνύουν με τον επιβαλλόμενο ως άνω τρόπο ζήτημα ερμηνείας κανόνα δικαίου, πλήσσουν κατ' ουσίαν την *in concreto* επάρκεια της αιτιολογίας της αναιρεσιβαλλομένης σε σχέση με το πραγματικό της συγκεκριμένης υπόθεσης, δεν θέτουν νομικό ζήτημα, υπό την έννοια της εν λόγω διατάξεως· όπως, αντιστοίχως, δεν θέτουν νομικό ζήτημα ούτε και λόγοι που απλώς πλήσσουν ευθέως την ουσιαστική κρίση ή την εκτίμηση των αποδείξεων από το δικαστήριο της ουσίας. Τέτοιοι λόγοι δεν προβάλλονται παραδεκτώς. Εξ άλλου, δεν προβάλλονται, κατά τα ανωτέρω, παραδεκτώς ούτε και λόγοι που, ακόμη και αν θέτουν νομικό ζήτημα, πάντως αυτό δεν είναι κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, όπως είναι ιδίως οι προβαλλόμενοι αλυσιτελώς ή οι λόγοι που ερείδονται σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

4. Επειδή, στο άρθρο 101 παρ. 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) ορίζεται ότι: «Είναι ασυμβίβαστες με την εσωτερική αγορά και απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική, που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται: α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής,· β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διαθέσεως, της τεχνολογικής ανάπτυξεως ή των επενδύσεων, γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού,· δ) στην εφαρμογή ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών, έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, ε) στην εξάρτηση της συνάψεως συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, προσθέτων παροχών που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών». Αντιστοίχως, στην παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2001 (Α' 93) ορίζεται ότι: «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 3, απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων και όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην Ελληνική Επικράτεια, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται: α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διάθεσης, της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων, γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) στην εφαρμογή στο εμπόριο ανίσων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, κατά τρόπο που δυσχεραίνει τη λειτουργία του ανταγωνισμού, ε) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων, πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών». Στις παρ. 1 και 2 (περ. α') του άρθρου 25 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: «1. 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 απόφασή της, διαζευκτικά ή σωρευτικά, μπορεί: α) ..., β) να υποχρεώσει τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν την παράβαση και να παραλείψουν αυτή στο μέλλον, γ) ..., δ) να επιβάλει πρόστιμο κατά την παράγραφο 2α στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση ..., ε) ..., στ) ..., 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. Εφ' όσον είναι δυνατόν να υπολογιστεί το ύψος του οικονομικού οφέλους της επιχείρησης από την παράβαση, το ύψος του επιβαλλόμενου προστίμου δεν μπορεί να είναι μικρότερο από αυτό, ακόμα και αν υπερβαίνει το ποσοστό που ορίζεται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας». Τέλος, στην ανακοίνωση της 12.5.2006 της ΕπΑντ ορίζεται ότι: «1. ... εάν η Επιτροπή Ανταγωνισμού μετά από έρευνα διαπιστώσει παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 1 και των άρθρων 2, ... και 5 του ν. 703/1977 ή των άρθρων 81 και 82 της ΣΕΚ [ήδη 101 και 102 ΣΛΕΕ], μπορεί με απόφασή της να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή στις ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση. 2. Κατά την άσκηση της ανωτέρω αρμοδιότητάς της, η Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να αποφασίσει το ύψος του επιβλητέου προστίμου. ... ο καθορισμός του ύψους του προστίμου γίνεται με βάση τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης, με ανώτατο όριο το 15% [ήδη 10%] των ακαθαρίστων εσόδων της επιχείρησης κατά την τρέχουσα ή την προηγούμενη της παράβασης χρήσης. 3. ... 5. Για τον υπολογισμό του προστίμου που πρέπει να επιβληθεί στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση, η Επιτροπή ακολουθεί την ακόλουθη μέθοδο. 6. Πρώτον, καθορίζει ένα βασικό ποσό προστίμου για κάθε επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης. 7. Δεύτερον, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, προσαυξάνει ή μειώνει το βασικό ποσό, ανάλογα με το εάν συντρέχουν αντίστοιχα επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις. 8. Το βασικό ποσό του προστίμου προκύπτει ως εξής: α) ορίζεται ένα ποσοστό ύψους μέχρι 30% επί των ετησίων ακαθαρίστων εσόδων της επιχείρησης από προϊόντα ή υπηρεσίες που αφορούν στην παράβαση, με κριτήριο τη σοβαρότητα αυτής και β) το ποσοστό αυτό υπολογίζεται επί των ετησίων ως άνω εσόδων για κάθε έτος της παράβασης αθροιστικά. Σε περίπτωση που η διάρκεια της παράβασης είναι μικρότερη του έτους, το ποσοστό αυτό υπολογίζεται σε μηνιαία βάση. ... 10. Προκειμένου να αξιολογηθεί η σοβαρότητα της παράβασης, η Επιτροπή λαμβάνει υπόψη της ιδίως το είδος της παράβασης, τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα που προκλήθηκαν ή απειλήθηκε να προκληθούν στην αγορά, το ειδικό βάρος κάθε επιχείρησης στην παράβαση, το οικονομικό όφελος που αποκόμισαν ή επιδίωξαν να αποκομίσουν οι παραβάτες, την οικονομική δύναμη της/των επιχειρήσεων που παραβιάζουν τους κανόνες ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και την έκταση της γεωγραφικής αγοράς. 11. Οι πιο σοβαρές παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, όπως είναι ενδεικτικά οι οριζόντιοι περιορισμοί που αφορούν σε καθορισμό τιμών, η κατανομή αγορών, οι περιορισμοί της παραγωγής, αλλά και ορισμένες καταχρήσεις δεσπόζουσας θέσης θα τιμωρούνται αυστηρά και παραδειγματικά. Επομένως, όταν πρόκειται για τέτοιου είδους παραβάσεις, το ποσοστό επί των ακαθαρίστων εσόδων της επιχείρησης που αφορούν στην παράβαση, θα ορίζεται στα ανώτερα προεκτεθέντα όρια (βλ. στοιχείο 8). 12. Για τον υπολογισμό της διάρκειας της παράβασης λαμβάνεται υπόψη το χρονικό διάστημα, κατά το οποίο η αντιανταγωνιστική συμπεριφορά έχει εκδηλωθεί στην πράξη. Το ποσοστό επί των ακαθαρίστων εσόδων της επιχείρησης όπως καθορίστηκε κατά τα ανωτέρω υπολογίζεται για όλη τη χρονική διάρκεια της παράβασης. ... 15. Το βασικό ποσό του προστίμου μπορεί να μειώνεται, εάν συντρέχουν ελαφρυντικές περιστάσεις, όπως: ... όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση παρέχει αποδείξεις ότι η εμπλοκή της στην παράβαση είναι ιδιαίτερα περιορισμένη, ή ότι στην πράξη με σαφή και ουσιαστικό τρόπο αντιτάχθηκε στην εφαρμογή της παράνομης συμπεριφοράς. ... 21. Προκειμένου να διασφαλισθεί ο αποτρεπτικός χαρακτήρας του προστίμου, η Επιτροπή έχει τη δυνατότητα να αποκλίνει από τη μέθοδο που εισάγεται με την παρούσα Ανακοίνωση, σε κάθε περίπτωση που οι ιδιαιτερότητες ορισμένης υπόθεσης το υπαγορεύουν».

5. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την περίοδο 2005-2012, ελληνικές και αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις της ανώτατης (κυρίως) τάξης που δραστηριοποιούνται στον κατασκευαστικό κλάδο και συμμετείχαν σε διαγωνισμούς δημοπράτησης δημοσίων έργων υποδομής, υιοθέτησαν ένα κοινό σχέδιο κατανομής αγορών και καθορισμού τιμών δια της χειραγώγησης διαγωνισμών δημοσίων έργων. Το κοινό αυτό σχέδιο αφορούσε τόσο μεμονωμένους διαγωνισμούς όσο και «πακέτα» διαγωνισμών υψηλού προϋπολογισμού, εξειδικευόταν δε μέσω επί μέρους συμφωνιών οι οποίες συνήπτοντο είτε κατά περίπτωση ανά διαγωνισμό, είτε ως συμφωνίες πλαίσιο ανά «πακέτο» διαγωνισμών. Το εν λόγω σχέδιο αποσκοπούσε στην παγίωση της θέσης στην αγορά και των μεριδίων αγοράς των συμμετεχουσών επιχειρήσεων μέσω της κατανομής της σχετικής αγοράς και της τεχνητής διαμόρφωσης του επιπέδου των προσφερομένων στους δημοσίου διαγωνισμούς εκπλώσεων σε

επίπεδο διάφορο εκείνου που θα επικρατούσε υπό ανταγωνιστικές συνθήκες. Οι συμφωνίες και πρακτικές αυτές είχαν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού καθώς και τη νόθευση και χειραγώγηση των δημοσίων διαγωνισμών. Η νόθευση αυτή επραγματοποιείτο στις πλείστες των περιπτώσεων είτε μέσω του προσδιορισμού, προ της διενέργειας του διαγωνισμού, του μειοδότη και της υποβολής προσφορών κάλυψης από τις εταιρείες οι οποίες είχαν προσυμφωνήσει να συμμετέχουν εικονικά στους επίμαχους διαγωνισμούς, είτε μέσω του προσδιορισμού, ομοίως εκ των προτέρων, των συμπραττουσών εταιρειών οι οποίες θα ανελάμβαναν την εκτέλεση των υπό κατανομή έργων. Κατόπιν τούτων με την 647/2017 απόφαση της Ολομελείας της Επιτροπής Ανταγωνισμού επεβλήθη στην αναιρεσείουσα πρόστιμο ύψους 1.265.349 ευρώ με την αιτιολογία ότι κατά το χρονικό διάστημα από 2.5.2012 έως 26.11.2012 συμμετείχε με άλλες εταιρείες σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ, καθόρισε δε ως βάση του επιβλητέου στην αναιρεσείουσα πρόστιμο το ποσό των 63.870.000 ευρώ, λαμβάνοντας υπ' όψιν τα εξής αντικειμενικά κριτήρια: α) το άθροισμα των προϋπολογισμών των έργων «Ροδοδάφνη - Ψαθόπυργος - Σήραγγα Παναγοπούλας» (βλ. κατωτέρω) ύψους 315.000.000 ευρώ και «Τιθορέα - Δομοκός» (βλ. ομοίως κατωτέρω) ύψους 323.700.000 ευρώ (ήτοι συνολικώς 638.700.000 ευρώ) και β) το μερίδιο (αναλογία) της αναιρεσείουσας επί της αξίας των συγκεκριμένων έργων ανερχόμενο σε ποσοστό 10%. Με την ίδια ως άνω απόφαση υπεχρεώθη η αναιρεσείουσα να παύσει τη διάπραξη της προαναφερθείσας παράβασης και να παραλείπει τη διάπραξή της στο μέλλον. Κατά της αποφάσεως αυτής η αναιρεσείουσα άσκησε προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία έγινε εν μέρει δεκτή με την ήδη αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, με την οποία κρίθηκε ότι η αναιρεσείουσα διέπραξε την αποδοθείσα σε αυτήν παράβαση των διατάξεων των άρθρων 101 της ΣΛΕΕ και 1 του ν. 3959/2011. Ειδικότερα, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτό ότι, από την εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου της υποθέσεως, μεταξύ των οποίων οι έγγραφοι δηλώσεις, οι σημειώσεις στο προσωπικό ημερολόγιο, τα μηνύματα ενδοεταιρικής αλληλογραφίας και η κατάθεση στελέχου μιας των εταιρειών που συγκροτούσαν τον πυρήνα της σύμπραξης, προέκυψε ότι η αναιρεσείουσα, δραστηριοποιούμενη στον κατασκευαστικό κλάδο, κατά το χρονικό διάστημα από 2.5.2012 έως 26.11.2012 συμμετείχε σε συμφωνίες/εναρμονισμένες πρακτικές περιοριστικές του ανταγωνισμού οι οποίες είχαν ως αντικείμενο τη νόθευση της διαγωνιστικής διαδικασίας του έργου «Ροδοδάφνη - Ψαθόπυργος - Παναγοπούλα» (κατασκευή υποδομής της νέας διπλής σιδηροδρομικής γραμμής στο τμήμα Ροδοδάφνη - Ψαθόπυργος από χ.θ. 91+500 έως χ.θ. 113+600 και σήραγγας Παναγοπούλας) και του έργου «Τιθορέα - Δομοκός» (υπολειπόμενες εργασίες ολοκλήρωσης της υποδομής και των κτιριακών εγκαταστάσεων και κατασκευή της επιδομής των Η/Μ εγκαταστάσεων, της σηματοδότησης των εγκαταστάσεων και της ηλεκτροκίνησης της νέας διπλής σιδηροδρομικής γραμμής υψηλών ταχυτήτων Τιθορέα - Δομοκός). Ειδικότερα κρίθηκε ότι κατόπιν επαφών με εκπρόσωπο του ηγετικού πυρήνα της σύμπραξης η αναιρεσείουσα συμφώνησε για μεν το πρώτο εκ των ανωτέρω έργων να απόσχει, έναντι ανταλλάγματος το οποίο δεν κατέστη δυνατό να προσδιορισθεί, από τη σχετική διαγωνιστική διαδικασία, για δε το δεύτερο εξ αυτών να υποβάλει προσημαστική εικονική οικονομική προσφορά, καταρτισθέντος προς εξασφάλισή της σχετικού υπεργολαβικού συμφωνητικού. Με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε αφενός μεν ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού είχε, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 21 της από 12.5.2006 ανακοίνωσης ευχέρεια να αποκλίνει από τη γενική μέθοδο υπολογισμού του επιβλητέου προστίμου, η οποία προεβλέπετο από την εν λόγω ανακοίνωση, αφετέρου δε ότι το άθροισμα των προϋπολογισμών των έργων στη χειραγώγηση των οποίων συμμετείχε η αναιρεσείουσα και, ειδικότερα, η αξία του αντικειμένου των έργων στα οποία αποδόθηκε σε αυτήν «αναλογία», συνιστούσε νόμιμο κριτήριο του ύψους του προστίμου, το οποίο όμως με την ανωτέρω απόφαση, περιορίσθηκε στο ποσό των 843.722,70 ευρώ. Προς σχηματισμό της τελευταίας αυτής κρίσεώς του το δικάσαν δικαστήριο έλαβε υπ' όψιν του το γεγονός ότι η αναιρεσείουσα συμμετείχε μεν ενεργώς στην προαναφερθείσα παράβαση, αλλά ο ρόλος της σε αυτήν ήταν περιφερειακός, καθ' όσον αυτή αφενός μεν δεν συμπεριλαμβάνετο μεταξύ των εταιρειών που συγκροτούσαν τον «πυρήνα» της σύμπραξης, αφετέρου δε η συμμετοχή της περιορίσθηκε στη χειραγώγηση των δύο προαναφερθέντων έργων, τα οποία δημοπρατήθηκαν το έτος 2012, σε αντίθεση με τη δράση της σύμπραξης, η οποία αφορούσε στη χειραγώγηση πλείστων έργων δημοπρατηθέντων κατά τη χρονική περίοδο 2005-2012.

6. Επειδή, με την προσφυγή της η αναιρεσείουσα ισχυρίσθηκε ότι εσφαλμένα δεν της αναγνωρίσθηκε ως ελαφρυντική περίσταση το γεγονός ότι ο ρόλος της ήταν περιορισμένος, περιθωριακός ή παθητικός, ενώ περαιτέρω δεν συμμετείχε στις συναντήσεις του πυρήνα της σύμπραξης η δε είσοδός της στην ευρύτερη αγορά των κατασκευών δημοσίων έργων και στη σχετική αγορά των έργων που απετέλεσαν το αντικείμενο του ελέγχου ήταν μεταγενέστερη σε σύγκριση με τις λοιπές εμπλεκόμενες εταιρείες. Οι ισχυρισμοί αυτοί απερρίφθησαν με την

αναιρεσιβαλλομένη απόφαση με την αιτιολογία ότι ο ρόλος της αναιρεσεύουσας στη σύμπραξη ήταν μεν περιφερειακός, αλλά ενεργός, η δε μεταγενέστερη είσοδος της στη σύμπραξη δεν δύναται να θεωρηθεί ελαφρυντική περίπτωση εφ' όσον ο ρόλος της δεν ήταν παθητικός, σε κάθε δε περίπτωση, από την επανάληψη της αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς της (συμμετοχή της στη χειραγώγηση δύο έργων) προκύπτει ότι εντάχθηκε με την πρόθεση να συμμετέχει εφ' εξής συστηματικά στη σύμπραξη.

7. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η κρίση του διοικητικού εφετείου, με την οποία απορρίφθηκε ο λόγος της προσφυγής σύμφωνα με τον οποίο εσφαλμένα δεν αναγνωρίστηκαν στην αναιρεσεύουσα ελαφρυντικές περιστάσεις, είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, καθ' όσον σύμφωνα με πάγια ενωσιακή νομολογία η μεταγενέστερη είσοδος της εμπλεκόμενης επιχείρησης στην αγορά που αποτέλεσε αντικείμενο της παράβασης, ανεξαρτήτως της διάρκειας της συμμετοχής της σε αυτήν, συνιστά ένδειξη, από την οποία μπορεί να προκύψει ο παθητικός ρόλος της εντός της σύμπραξης. Προβάλλεται περαιτέρω ότι δεν εκτιμήθηκε προσηκόντως από την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, ως περίπτωση που τεκμηριώνει τον ήσωνα ή και παθητικό ρόλο της αναιρεσεύουσας στην παράβαση, το γεγονός ότι αυτή δεν μετείχε σε καμία από τις συναντήσεις του πυρήνα της σύμπραξης και ότι ενώ το διοικητικό εφετείο έκρινε ότι έχουν αυξημένη αποδεικτική αξία οι εγγραφές στο προσωπικό ημερολόγιο του στελέχους μιας από τις επιχειρήσεις του ηγετικού πυρήνα της σύμπραξης, εν τούτοις παρείδε τους ισχυρισμούς της αναιρεσεύουσας ότι το ίδιο πρόσωπο στην κατάθεσή του καταφάσκει τον παθητικό χαρακτήρα της συμμετοχής της. Ως προς το παραδεκτό των ανωτέρων λόγων αναίρεσης η αναιρεσεύουσα προβάλλει έλλειψη νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας.

8. Επειδή, ο ανωτέρω δεύτερος λόγος αναίρεσης με τον οποίο προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση άνευ ειδικής αιτιολογίας προσέδωσε μείζονα αποδεικτική βαρύτητα στις σημειώσεις εκπροσώπου μιας εκ των εταιρειών που συγκροτούσαν την προαναφερθείσα σύμπραξη σε σχέση με μεταγενέστερες δηλώσεις του ίδιου εκπροσώπου ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος. Τούτο δε διότι με αυτόν δεν τίθεται νομικό ζήτημα, ήτοι ζήτημα περί την ερμηνεία των κανόνων επί τη βάσει των οποίων εχώρησε η επιμέτρηση του ενδίκου προστίμου, όπως απαιτείται από τις διατάξεις του άρθρου 53 του π.δ. 18/1989 όπως ισχύει, αλλά αμφισβητείται η εκτίμηση από το δικαστήριο της ουσίας αποδεικτικών στοιχείων. Κατά την ειδικότερη γνώμη του Συμβούλου Ι. Σύμπλη, καθ' όσον αφορά τον πρώτο λόγο αναίρεσης, είναι μεν γεγονός ότι νομικά ζητήματα είναι και αυτά που αφορούν τους κανόνες και τα κριτήρια αξιολόγησης της αποδεικτικής βαρύτητας και αξίας των αποδεικτικών μέσων, γιατί και από αυτών την επίλυση απορρέει νομολογιακό προηγούμενο με κατευθυντήρια λειτουργία για την επίλυση άλλων διαφορών. Εν προκειμένω όμως η αναιρεσεύουσα περιορίσθηκε σε ευθεία αμφισβήτηση της *in concreto* εκτίμησης των συγκεκριμένων αποδεικτικών στοιχείων από τον δικαστή της ουσίας, χωρίς να θέτει αντίστοιχο γενικότερο ζήτημα.

9. Επειδή, αντιθέτως ο πρώτος λόγος αναίρεσης με τον οποίο τίθεται το νομικό ζήτημα σχετικά με τη νομιμότητα της επιμετρήσεως του επιβληθέντος στην αναιρεσεύουσα προστίμου και, ειδικότερα, το νομικό ζήτημα που έγκειται στις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν ώστε ο παθητικός ρόλος μιας επιχείρησης κατά τη διάπραξη της εναρμονισμένης πρακτικής μεταξύ επιχειρήσεων η οποία έχει ως αντικείμενο την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού (άρθρο 1 ν. 3959/2011) συνιστά ελαφρυντική περίπτωση, προβάλλεται παραδεκτώς, καθ' όσον επί του ζητήματος αυτού δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας.

10. Επειδή, από τις αναφερθείσες στη σκέψη 4 διατάξεις προκύπτει ότι στην περίπτωση που αποδειχθεί ότι μια επιχείρηση συμμετείχε, με άλλες επιχειρήσεις, σε απαγορευμένη σύμπραξη, με σκοπό την κατανομή δημοσίων έργων και τη νόθευση του ανταγωνισμού, κατά παράβαση των άρθρων 101 της ΣΛΕΕ και 1 του ν. 3959/2011, παρέχεται σε αυτήν η δυνατότητα να επιδιώξει τη μείωση του επιβληθέντος προστίμου, ισχυριζόμενη ότι στην περίπτωσή της συνέτρεχαν ελαφρυντικές περιστάσεις, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται η καθυστερημένη είσοδος της στην αγορά που εθίγη από την παράβαση, ή η παθητική της συμμετοχή στην παράβαση. Προκειμένου όμως να γίνει δεκτός ο ανωτέρω ισχυρισμός, απαιτείται να αποδειχθεί είτε ότι κατά τη διάρκεια της περιόδου (μικρής ή μεγάλης) κατά την οποία η επιχείρηση συμμετείχε στην προαναφερθείσα σύμπραξη, απέχεε από την εφαρμογή των μεθόδων που μετλήθη η σύμπραξη αυτή, ακολουθώντας ανταγωνιστική συμπεριφορά στην οικεία αγορά, είτε ότι η επιχείρηση παρεβίασε τις υποχρεώσεις που αποσκοπούσαν στην επίτευξη των σκοπών της σύμπραξης και μάλιστα σε τέτοιο βαθμό ώστε να διαταραχθεί η λειτουργία της σύμπραξης (βλ. αποφάσεις του ΠΕΚ της

8.7.2004, T- 44/00 Mannesmannröhren - Werke AG κατά της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, T-26/02 Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd κατά της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, και αποφάσεις του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 30.11.2011 T-208/06 Quinn Barlo Ltd κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, της 12.12.2014 T- 558/08 Eni SpA κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, της 9.9.2015 T-104/13 Toshiba Corp κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Επί των ανωτέρω ζητημάτων ο Σύμβουλος Ι. Σύμπλης διετύπωσε την ακόλουθη συγκλίνουσα γνώμη: από το περιεχόμενο της ανακοίνωσης της ΕπΑντ της 12.5.2006 για τις Κατευθυντήριες Γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται για παραβάσεις των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού συνάγεται ότι, αν η ΕπΑντ δεν κρίνει σκόπιμο ή ενδεδειγμένο να αποκλίνει σε κάποια συγκεκριμένη περίπτωση από τη μεθοδολογία που έχει εξαγγείλει, το μεν ειδικό βάρος κάθε επιχείρησης στην παράβαση συνεκτιμάται, κατ' αρχήν, στο αρχικό στάδιο του υπολογισμού του βασικού προστίμου, η δε τυχόν χρονικά περιορισμένη συμμετοχή της σε αυτήν, όταν συνιστά ουσιώδη παράμετρο επιμέτρησης αντανακλάται ήδη στη μειωμένη τιμή του πολλαπλασιαστικού συντελεστή λόγω διάρκειας της παράβασης (πρβλ. σχετ. απόφαση ΓΔΕΕ της 12.12.2014, T-558/08 Eni SpA κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 201-202). Έτσι, εφ' όσον οι περιστάσεις αυτές έχουν ήδη ληφθεί υπ' όψιν σε αυτό το στάδιο της επιμέτρησης, για καμία από αυτές δεν μπορεί, κατ' αρχήν, ούτε καν να τεθεί ζήτημα να συνεκτιμηθούν εκ νέου ως ελαφρυντικές περιστάσεις προς μείωση του προστίμου που έχει ήδη επιμετρηθεί κατά συνεκτίμηση και αυτών, πολλώ μάλλον που η περί την επιμέτρηση εξουσία εκτιμήσεως της ΕπΑντ εκτείνεται και στην αναγνώριση ή μη ελαφρυντικών περιστάσεων. Τούτου δε έπεται ότι η «ιδιαιτέρα περιορισμένη» εμπλοκή επιχειρήσεως σε παράβαση μπορεί να αναγνωρισθεί ως ελαφρυντική περίσταση μόνο εφ' όσον συντρέχουν συνθήκες που μειώνουν ουσιωδώς την ευθύνη της, αλλά είναι τέτοιες που, από τη φύση του πράγματος δεν έχουν ληφθεί, ούτε και ήταν δυνατόν να ληφθούν προσηκόντως υπ' όψιν κατά την αξιολόγηση του ειδικού βάρους της συμμετοχής της στην παράβαση· κάτι τέτοιο δεν αποκλείεται να συμβεί ιδίως στην εξαιρετική περίπτωση όπου μια επιχείρηση με την όλη στάση και συμπεριφορά της, τελικά, κλονίζει την υλοποίηση της σύμπραξης (πρβλ. σχετ. απόφαση ΠΕΚ της 15.3.2006, T-26-02 Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 113). Εξ άλλου, στην επιχείρηση που επιδιώκει να της αναγνωρισθεί η συνδρομή ελαφρυντικών απόκειται όχι απλώς να αναδείξει και να αποδείξει τη συνδρομή τους αλλά, ιδίως, να εξηγήσει γιατί υπό τα δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης οι συνθήκες αυτές πρέπει να αναγνωρισθούν ως ελαφρυντική περίσταση, και δη τέτοιας φύσεως, που δεν έχει επαρκώς συνεκτιμηθεί ήδη στο στάδιο του καθορισμού του βασικού προστίμου (πρβλ. σχετ. απόφαση του ΓΔΕΕ της 29.6.2012, T-370/09 GDF Suez SA κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 443). Πάντως, ούτε από το εθνικό, ούτε από το ενωσιακό δίκαιο απορρέει γενική αρχή, ουσιαστική ή δικονομική, που να επιβάλλει στην ΕπΑντ ή στα δικαστήρια, να αναγνωρίσουν συνδρομή συγκεκριμένου γεγονότος ως εο ipso ελαφρυντική περίσταση. Έτσι, μεταξύ άλλων, ακόμη και αν ο «αποκλειστικά παθητικός» ή «μμητικός» ρόλος ή «ρόλος ουραγού», ή «συγκρατημένη συμπεριφορά» ή «απουσία ενεργού συμμετοχής στη δημιουργία της βλαπτικής για τον ανταγωνισμό συμφωνίας» (ορολογία που δεν υπάρχει στην ανακοίνωση της ΕπΑντ) συνιστούν ειδική περίπτωση «ιδιαιτέρα περιορισμένης εμπλοκής», που βαίνει ουσιωδώς πέραν της απλώς μικρού ειδικού βάρους συμμετοχής στην παράβαση, καμία από τις ενδείξεις συμπεριφοράς που είναι δεκτικές τέτοιας ερμηνείας δεν επιβάλλει την άνευ ετέρου αναγνώριση ελαφρυντικών· και πάντως δεν νοείται «παθητικός» ρόλος, αν η επιχείρηση ούτε επιδεικνύει διαφορετική συμπεριφορά από τους λοιπούς συμμετέχοντες (πρβλ. σχετ. απόφαση ΓΔΕΕ της 12.12.2012, T-352/09 Novácke chemické závody a.s. κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 98), ούτε παρακωλύει την ομαλή λειτουργία της σύμπραξης (πρβλ. σχετ. ΠΕΚ της 8.07.04, T-44/00 Mannesmannröhren-Werke AG κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 278), αλλά, αντιθέτως, την ενθαρρύνει (πρβλ. σχετ. απόφαση ΓΔΕΕ της 9.9.2015, T-104/13 Toshiba Corp κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 204, 209).

11. Επειδή, όπως ανεφέρθη στη σκέψη 5 με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, γενομένης δεκτής της προσφυγής της αναιρεσείουσας, μειώθηκε το επιβληθέν σε αυτήν με την 647/2017 πράξη της Επιτροπής Ανταγωνισμού πρόστιμο στο ποσό των 843.772,70 ευρώ, αφού ελήφθη υπ' όψιν, αφενός μεν το γεγονός ότι η αναιρεσείουσα συμμετείχε μεν στην προαναφερθείσα σύμπραξη, αλλά ο ρόλος της ήταν περιφερειακός, καθ' όσον δεν συμπεριλαμβάνετο μεταξύ των επιχειρήσεων που συγκροτούσαν τον πυρήνα της σύμπραξης, αφετέρου δε συμμετείχε στη χειραγώγηση δύο έργων έτους 2012, σε αντίθεση με τη δράση της σύμπραξης, η οποία περιελάμβανε ολόκληρη την περίοδο 2005-2012. Περαιτέρω, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν αναγνωρίσθηκε στην αναιρεσείουσα ως ελαφρυντική περίσταση, για την περαιτέρω μείωση του επιβληθέντος σε αυτήν προστίμου η μεταγενέστερη (προς το τέλος της περιόδου 2005-2012) σε σχέση με τις λοιπές επιχειρήσεις είσοδος στη σύμπραξη που αποσκοπούσε στην κατανομή των διαγωνισμών δημοσίων έργων, με την αιτιολογία ότι ο ρόλος της αναιρεσείουσας στην εν λόγω σύμπραξη δεν ήταν παθητικός. Η αιτιολογία αυτή παρίσταται νόμιμος και επαρκής. Τούτο δε διότι, όπως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, η αναιρεσείουσα, η οποία



ΣΤΟ ΟΝΟΜΑ ΤΟΥ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΛΑΟΥ

Εντέλλεται προς κάθε δικαστικό επιμελητή να εκτελέσει όταν του το ζητήσουν την παραπάνω απόφαση, τους Εισαγγελείς να ενεργήσουν κατά την αρμοδιότητά τους και τους Διοικητές και τα άλλα όργανα της Δημόσιας Δύναμης να βοηθήσουν όταν τους ζητηθεί.

Η εντολή πιστοποιείται με την σύνταξη και την υπογραφή του παρόντος.

Αθήνα, .....

Ο Πρόεδρος του Στ' Τμήματος

Η Γραμματέας του Στ' Τμήματος

Ιωάννης Β. Γράβαρης

Σταυρούλα Χάρου