

Αριθμός 1302/2024

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ Στ´

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 18 Οκτωβρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Γράβαρης, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Στ´ Τμήματος, Ελένη Παπαδημητρίου, Κασσιανή Μαρίνου, Σύμβουλοι, Μαρία Γκάνα, Αικατερίνη Σούκη, Πάρεδροι. Γραμματέας η Αικατερίνη Ρίπη.

Για να δικάσει την από 14 Μαΐου 2020 αίτηση:

της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Κότσικα 1Α και Πατησίων 70), η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Δημήτριο Αυγητίδη (Α.Μ. 14869), που τον διόρισε με πληρεξούσιο,

κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», που εδρεύει στη Θεσσαλονίκη (Βούλγαρη 33), η οποία παρέστη με τους δικηγόρους: α. Άγγελο Χασαπόπουλο (Α.Μ. 31417) και β. Χρήστο Κυραλίδη (Α.Μ. 5977 Δ.Σ. Θεσσαλονίκης), που τους διόρισε με πληρεξούσιο και οι οποίοι κατέθεσαν δηλώσεις, σύμφωνα με το άρθρο 26 του ν. 4509/2017, περί μη εμφανίσεώς τους.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα Επιτροπή επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθ. 5005/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Ο πληρεξούσιος της αναιρεσείουσας Επιτροπής δήλωσε, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 21 του Κανονισμού Λειτουργίας του Δικαστηρίου, ότι δεν θα αγορεύσει.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως της εισηγήτριας, Παρέδρου Μαρίας Γκάνα.

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, με την κρινόμενη αίτηση, η οποία έχει ασκηθεί, κατά νόμον, χωρίς καταβολή παραβόλου, ζητείται η αναίρεση της 5005/2019 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την απόφαση αυτή έγινε εν μέρει δεκτή προσφυγή της ήδη αναιρεσίβλητης εταιρείας και μειώθηκε στο ποσό των 16.837,28 ευρώ πρόστιμο ύψους 194.531 ευρώ που είχε επιβληθεί σε αυτή με την 644/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για συμμετοχή σε παράνομη σύμπραξη/ εναρμονισμένη πρακτική με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού στον διαγωνισμό του έργου «Περιβαλλοντική Αποκατάσταση - Ανάπλαση Χ.Α.Δ.Α. Ν. Πέλλας προϋπολογισμού 4.470.000,00 ευρώ».

2. Επειδή, σύμφωνα με τις παραγράφους 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) και ισχύουν, για το παραδεκτό της αιτήσεως αναίρεσεως πρέπει, το μεν αντικείμενο της διαφοράς, όταν είναι χρηματικό, να μην υπολείπεται των 40.000 [κατά κανόνα] ευρώ, για καθέναν δε από τους προβαλλομένους λόγους να αναδεικνύεται συγκεκριμένο νομικό ζήτημα, κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, και να προβάλλεται από τον διάδικο, με συγκεκριμένους ισχυρισμούς που περιέχονται στο εισαγωγικό δικόγραφο, ότι επί του ζητήματος αυτού 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 ανώτατου δικαστηρίου ή προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου. Οι ως άνω, εξ άλλου, ισχυρισμοί, ως αναφερόμενοι σε ζήτημα νομικό, πρέπει σε κάθε περίπτωση να αφορούν ερμηνεία κανόνα δικαίου και όχι να εντοπίζονται σε ζητήματα αιτιολογίας περί το πραγματικό της συγκεκριμένης υποθέσεως (από την παγία νομολογία βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 4163/2012, επταμ., 1365/2017, επταμ., 1105-1115/2018, 99/2024).

3. Επειδή στο άρθρο 1 του ν. 703/1977 (Α΄ 278), όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ορίζονται τα εξής: «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) [...] δ) [...] ε) [...] 2. [...]». Στο δε άρθρο 9 του ίδιου νόμου, όπως το άρθρο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 παρ. 6 του ν. 2296/1995 (Α΄ 43) και τροποποιήθηκε με το άρθρο 16 του ν. 3373/2005 (Α΄ 188) ορίζεται ότι: «1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού αν [...] διαπιστώσει παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 1 [...], μπορεί με απόφαση της: α) [...] β) [...] γ) [...] δ) [...] ε) [...] στ) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση. 2. Το κατά την προηγούμενη παράγραφο επιβαλλόμενο ή απειλούμενο πρόστιμο μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δεκαπέντε τοις εκατό (15%) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της τρέχουσας ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου πρέπει να λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης. [...]». Με τον ν. 3959/2011 (Α΄ 93) ρυθμίστηκαν εκ νέου τα ζητήματα της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και καταργήθηκε από την έναρξη ισχύος του (20.4.2011) ο ν. 703/1977 (άρθρα 51 και 55 ν. 3959/2011). Στην παράγραφο 2 του άρθρου 25 του ανωτέρω νόμου, όπως ίσχυε πριν την κατάργησή της [με το άρθρο 19 του ν. 4886/2022 (Α΄ 12)], ορίζονται τα εξής: «α) Το πρόστιμο [...] 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. [...]». 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». Ήδη, στο άρθρο 25 Β του ν. 3959/2011, το οποίο προστέθηκε με το άρθρο 20 του ανωτέρω ν. 4886/2022, ορίζεται ρητώς ότι «το πρόστιμο [...] της παρ. 1 του άρθρου 25 πρέπει να είναι αποτελεσματικό, αναλογικό και αποτρεπτικό [...]».

4. Επειδή, εξ άλλου, με την Ανακοίνωση της 12.5.2006 υιοθετήθηκαν από την Επιτροπή Ανταγωνισμού κατευθυντήριες γραμμές, στις οποίες παρατίθεται η μεθοδολογία που ακολουθεί η Επιτροπή για τον υπολογισμό του προστίμου που πρέπει να επιβληθεί στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν σε παράβαση ως εξής: «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 ακαθάριστων 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 ακαθάριστων 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 ακαθάριστων 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, όπως έχει κριθεί, οι κυρώσεις που επιβάλλει η Επιτροπή Ανταγωνισμού αποτελούν μέσο πολιτικής ανταγωνισμού και έχουν σκοπό αφ' ενός αποτρεπτικό, αφ' ετέρου αποκαταστατικό (ΣτΕ 106-7/2022), η δε διάταξη του άρθρου 25 παρ. 2 περ. α' του ν. 3959/2011 ορίζει το πλαίσιο διακύμανσης του προστίμου και ειδικότερα το ανώτατο επιτρεπτό ύψος του, σε σχέση με τον συνολικό (δηλαδή τον παγκόσμιο) κύκλο εργασιών της «επιχείρησης» (υπό οικονομική και λειτουργική έννοια, δηλαδή του ομίλου)· δεν καθορίζει συγκεκριμένη μέθοδο επιμέτρησης, ανάλογα με τη βαρύτητα, έκταση, και διάρκεια της παράβασης, ζήτημα το οποίο ανάγεται στην πολιτική ανταγωνισμού και, εφ' όσον αυτή είναι νόμιμη, την εντός αυτής, ουσιαστική εκτίμηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και, ακολούθως, των Δικαστηρίων της ουσίας. Η δε πολιτική ανταγωνισμού της Επιτροπής Ανταγωνισμού εξειδικεύεται με τις εκάστοτε κατευθυντήριες οδηγίες που δημοσιεύει (από τις οποίες η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αλλά και ο δικαστής της ουσίας, μπορούν, κατ' αρχήν, να αποκλίνουν για λόγους αποτρεπτικότητας, ενώ, αντιθέτως, ζήτημα αναλογικότητας, κατ' αρχήν, δεν τίθεται, ενόψει της πρόβλεψης ανώτατου ορίου στον νόμο). Μέσα σε αυτά τα όρια, η Επιτροπή Ανταγωνισμού είναι ελεύθερη να επιλέξει τη μέθοδο που θεωρεί πρόσφορη, στοιχείο της οποίας είναι και το ποσό που θα επιλεγεί ως βάση υπολογισμού, ενόσω, πάντως, το πρόστιμο που τελικώς επιβάλλεται κατ' εφαρμογήν της μεθόδου επιμέτρησης που εφαρμόσθηκε δεν υπερβαίνει το ανώτατο όριο που έχει ορισθεί στον νόμο (ΣτΕ 985/2023, επταμ.). Και να μεν οι κατευθυντήριες γραμμές, τις οποίες εκδίδει η Επιτροπή Ανταγωνισμού, προς ενίσχυση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρήσεων, αναφορικά με τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλει, δεν αποτελούν κανόνες δικαίου, η δε εφαρμογή τους από τη Διοίκηση δεν υποχρεώνει το Διοικητικό Εφετείο να τους εφαρμόσει, όταν αποφαινεται επί προσφυγής κατά της οικείας καταλογιστικής πράξης της Επιτροπής Ανταγωνισμού και προβαίνει, κατ' ενάσκηση της αρμοδιότητάς του πλήρους δικαιοδοσίας, στον καθορισμό του προσήκοντος ύψους του προστίμου (ΣτΕ 2007, 2365/2013, επταμ., 1881, 2774-5/2014), εν τούτοις, η εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των κριτηρίων που απορρέουν από αυτές, στο μέτρο που εξειδικεύουν αόριστες νομικές έννοιες που ενυπάρχουν στον νόμο (διάρκεια, σοβαρότητα, αρχές αποτρεπτικότητας και αναλογικότητας κ.λπ.), ελέγχεται αναιρετικά.

6. Επειδή, από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και τα λοιπά διαδικαστικά έγγραφα προκύπτουν τα εξής: Η Νομαρχιακή Επιτροπή Πέλλας - Διεύθυνση Τεχνικών Υπηρεσιών Ν.Α. Πέλλας προκήρυξε στις 2.11.2010 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. Για τον εν λόγω διαγωνισμό έλαβαν τεύχη 43 εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η ήδη αναιρεσίβλητη, κατέθεσαν δε προσφορά οι 5 εξ αυτών («ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.», «ΙΘΑΚΗ ΑΤΕ», η αναιρεσίβλητη και η «Κ/Ξ ΨΑΡΑΣ - ΑΙΑΣ ΑΤΕ»). Ο διαγωνισμός διεξήχθη στις 30.11.2010, οριστική ανάδοχος αναδείχθηκε στις 8.12.2010, με τεκμαρτή έκπτωση 2,47%, η «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.» -ήδη αναιρεσίβλητη- και στις 30.12.2010 υπογράφηκε η εργολαβική σύμβαση με ποσό 3.472.995,86 ευρώ με αναθεώρηση και ΦΠΑ. Στη συνέχεια, στις 19.1.2011 κατ' εφαρμογή του άρθρου 66 του ν. 3669/2008 συστάθηκε, για την εκπλήρωση των συμβατικών απαιτήσεων και της εμπρόθεσμης και έντεχνης αποπεράτωσης του έργου, κοινοπραξία μεταξύ της ήδη αναιρεσίβλητης - αναδόχου και της εταιρείας «ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.», με την επωνυμία «Κ/Ξ ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε. - ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.», η οποία και εκτέλεσε το έργο. Η ως άνω κοινοπραξία συνήψε και συμφωνητικό υπεργολαβίας στις 18.4.2011 με την «ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» καθώς και συμφωνητικό εισφοράς τμήματος έργου με την εταιρεία «ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.» στις 18.4.2011 και συμφωνητικά παροχής τεχνικών συμβουλών με την εταιρεία «ΕΡΓΑΣΙΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ Α.Ε.» στις 7.10.2011 και την ήδη αναιρεσίβλητη («ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.») στις 12.1.2012. Το έργο ολοκληρώθηκε εμπρόθεσμα στις 29.6.2012 και παραλήφθηκε από την επιτροπή παραλαβής στις 8.11.2013. Μετά από αυτεπάγγελτη έρευνα που διενήργησε η Γενική Διεύθυνση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατόπιν ανώνυμης επιστολής, στην οποία αναφερόταν ότι την προηγούμενη του διαγωνισμού πραγματοποιήθηκε συνάντηση εργοληπτών στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» της Έδεσσας, εκδόθηκε η 644/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία διαπιστώθηκε σύμπραξη για τη χειραγώγηση του ανωτέρω διαγωνισμού, η οποία συνίστατο σε α) εκ των προτέρων επιλογή της εταιρείας που θα υπέβαλε την υψηλότερη έκπτωση στον εν λόγω διαγωνισμό και θα αναδεικνυόταν ανάδοχος του έργου αυτού, β) καθορισμό του ύψους των εκπτώσεων που θα προσέφεραν οι λοιποί εμπλεκόμενοι, οι οποίοι είχε προσυμφωνηθεί να συμμετέχουν εικονικώς (cover bidding), σε επίπεδα χαμηλότερα της έκπτωσης του προσυμφωνηθέντος αναδόχου, ώστε

να είναι βέβαιοι ότι αυτός θα αναδειχθεί μειοδότης και γ) καταστολή της υποβολής προσφοράς από μέρους ορισμένων από τους εμπλεκόμενους (bid suppression), έναντι χρηματικού ή άλλου ανταλλάγματος (συμμετοχή σε κοινοπρακτικό σχήμα, υπεργολαβίες), όπως η ανάληψη 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»). Συνεπώς, κατέληξε η Επιτροπή Ανταγωνισμού, ο διαγωνισμός χειραγωγήθηκε και η ανάδοχος, η οποία προσυμφωνήθηκε, προσδιόρισε το ύψος της προσφοράς της, δεδομένου ότι συμφωνήθηκε με τις συμπράττοντες επιχειρήσεις να μην αντιμετωπίσει πραγματικά ανταγωνιστικές προσφορές. Οι ενέργειες αυτές κρίθηκε ότι συνιστούν εξ αντικειμένου παράβαση του ανταγωνισμού, πλήττοντας την ελευθερία των συμμετεχόντων να καθορίζουν την τιμολογιακή τους πολιτική. Και, αντίστοιχα, ότι 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. Ως προς την αναιρεσίβλητη, η Επιτροπή Ανταγωνισμού θεώρησε ότι συνέπραξε προκειμένου να νοθεύσει τον επίδικο διαγωνισμό, αφ' ενός συμμετέχοντας στη συνάντηση εργοληπτών στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ» την προηγούμενη του διαγωνισμού (29.11.2010), αφ' ετέρου διότι, ήδη από τις 2.12.2010, πριν ακόμη ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος, οργάνωνε τη σύσταση κατασκευαστικής κοινοπραξίας με την εταιρεία «ΕΡΓΑΣΙΣ». Κατόπιν αυτών, η Επιτροπή Ανταγωνισμού επέβαλε κυρώσεις στις ανωτέρω εννέα εμπλεκόμενες εταιρείες, λαμβάνοντας υπόψη ότι στη συγκεκριμένη υπόθεση δεν πληρούνται μεν οι προϋποθέσεις επηρεασμού του ενδοενοσιακού 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 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 ήδη αναιρεσίβλητη, συνεκτιμώντας τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης, 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 (από τον Νοέμβριο 2010 έως τον Απρίλιο 2011), έκρινε ότι το βασικό ποσό του προστίμου έπρεπε να υπολογισθεί στο 15% του κύκλου εργασιών της για τα έτη 2010 και 2011, ήτοι 277.902 ευρώ, όμως, δεχόμενη ότι συντρέχει ιδιαίτερη περίπτωση δικαιολογούσα τη μείωση του επιμετρηθέντος προστίμου (παρατεταμένη οικονομική κρίση), το αναπροσάρμοσε στο ποσό των 194.531 ευρώ (277.902 x 30%) ενώ, ακόμα, απειλήθηκε αυτή με πρόστιμο και χρηματική ποινή σε περίπτωση συνέχισης ή επανάληψης της παράβασης. Κατά της απόφασης αυτής, η αναιρεσίβλητη άσκησε προσφυγή, αμφισβητώντας, κατ' αρχάς, τη διαπίστωση της παράβασης. Επ' αυτού του σκέλους, το δικάσαν εφετείο επικύρωσε την κρίση της Επιτροπής. Περαιτέρω, όμως, η αναιρεσίβλητη αμφισβήτησε με την προσφυγή της και το επιβληθέν πρόστιμο, υποστηρίζοντας ότι ελήφθησαν υπόψη εσφαλμένες παράμετροι για τον υπολογισμό του ύψους του βασικού ποσού του προστίμου. Ειδικότερα, προέβαλε, μεταξύ άλλων, ότι εσφαλμένως θεωρήθηκε ως χρονικό σημείο λήξης της παράβασης η 18.4.2011, ημερομηνία που η ανάδοχος κοινοπραξία συνήψε συμφωνητικό υπεργολαβίας με την εταιρεία «ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ». Ο λόγος αυτός, κρίθηκε βάσιμος. Και τούτο, διότι, κατά την κρίση του δικάσαντος εφετείου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού εσφαλμένα έκρινε ότι η αποδιδόμενη στην προσφεύγουσα παράβαση εκτείνεται από τις 29.11.2010 (συνάντηση εργοληπτών στο ξενοδοχείο «ΞΕΝΙΑ») έως τη σύναψη του συμφωνητικού υπεργολαβίας με την εταιρεία «ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ» στις 18.4.2011, δεδομένου ότι η συμφωνία για την ανάληψη της υπεργολαβίας του έργου ως κίνητρο-αντάλλαγμα για την τήρηση των συμφωνηθέντων, δηλαδή την καταστολή υποβολής προσφοράς στον ένδικο διαγωνισμό εκ μέρους της εταιρείας «ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ», προκειμένου να ανατεθεί το έργο στην ήδη αναιρεσίβλητη (προσυμφωνηθείσα ανάδοχος), συνήφθη κατά την ως άνω συνάντηση στις 29.11.2010 και ολοκληρώθηκε με την ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου του έργου και την υπογραφή της σχετικής σύμβασης στις 30.12.2010. Ενόψει αυτών, και λαμβάνοντας υπόψη το είδος και τη σοβαρότητα της παράβασης και τον αντίκτυπό της στη σχετική αγορά, τη διάρκεια αυτής, καθώς και το γεγονός ότι «προφανώς εκ παραδρομής» υπολογίσθηκε το βασικό ποσό του προστίμου με συντελεστή 15% αντί του ισχύοντος βάσει των ευνοϊκότερων διατάξεων του άρθρου 25 παρ. 2 στ. α' του ν. 3959/2011, τις οποίες επικαλείται η Επιτροπή Ανταγωνισμού, το δικάσαν Διοικητικό Εφετείο έκρινε ότι το πρόστιμο πρέπει να ορισθεί στο προσήκον ποσό των 16.837,28 ευρώ κατόπιν μείωσης του βασικού ποσού αυτού κατά ποσοστό 30% λόγω οικονομικών συγκυριών [συνολικός κύκλος εργασιών έτους 2010 = 3.367.445,53 ευρώ x 2/12 = 561.240,92 ευρώ x 10% = βασικό ποσό προστίμου 56.125,09 ευρώ x 30%]. Κατά της απόφασης αυτής ασκείται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού η κρινόμενη αίτηση, ως προς το κεφάλαιο αυτής που αφορά το ύψος του προστίμου.

7. Επειδή, το ποσό της διαφοράς, συνιστάμενο στη διαφορά μεταξύ του επιβληθέντος από την αναιρεσείουσα και του τελικώς ορισθέντος από το δικάσαν εφετείο προστίμου (194.531 - 16.837,28 = 177.693,72 ευρώ), υπερβαίνει το όριο των 40.000 ευρώ. Συνεπώς, η κρινόμενη αίτηση ασκείται παραδεκτώς από την άποψη αυτή.

8. Επειδή, με τον πρώτο λόγο αναιρέσεως προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση εσφαλμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε τους κανόνες προσδιορισμού της παύσης της συμμετοχής συμπράττουσας επιχείρησης σε παράβαση, καθώς δεν συνεκτίμησε κατά τον προσδιορισμό αυτής τον χρόνο υλοποίησης των μηχανισμών αποζημίωσης που συμφωνήθηκαν στο πλαίσιο της σύμπραξης ως πράξης εφαρμογής και υλοποίησης της αντι-ανταγωνιστικής σύμπραξης. Ως προς το ζήτημα δε αυτό επικαλείται η αναιρεσείουσα έλλειψη νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, επικουρικά δε αντίθεση προς νομολογία του Δικαστηρίου και του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

9. Επειδή, πράγματι, είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας περί ελλείψεως νομολογίας του ΣτΕ [κατά την άσκηση της αιτήσεως] ως προς το νομικό ζήτημα που αναδεικνύεται με τον πιο πάνω λόγο αναιρέσεως, δηλαδή ως προς το αν, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 1 του ν. 703/1977, για τον προσδιορισμό της διάρκειας μιας παράβασης που συνίσταται σε νόθευση δημόσιου διαγωνισμού και της συμμετοχής ορισμένης επιχείρησης σε αυτή, λαμβάνεται υπόψη η υλοποίηση συμφωνημένου τυχόν αποζημιωτικού μηχανισμού. Συνεπώς, ο λόγος αυτός αναιρέσεως, από την άποψη του ν. 3900/2010, είναι παραδεκτός· δεδομένου δε ότι η αίτηση ασκείται παραδεκτώς κατά τα λοιπά, είναι περαιτέρω εξεταστέος.

10. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 1 του ν. 703/1977, η διάρκεια μιας παράβασης, η οποία περιλαμβάνει χρονικά το σύνολο των συμπεριφορών που την απαρτίζουν και αποτελούν συνεκτικό σύνολο, προσδιορίζεται αντικειμενικά (πρβλ. απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 13.7.2023 στην υπόθεση C-757/21 P Nichicon Corporation v Commission, ECLI:EU:C:2023:575, σκ. 149). Η δε συμμετοχή ορισμένης επιχείρησης σε αυτή μπορεί να περιορίζεται σε μέρος της, δεν είναι όμως δυνατό να εκτείνεται πέραν της συνολικής διάρκειάς της. Σε ό,τι αφορά ειδικότερα συμπεριφορές, οι οποίες συνίστανται στη νόθευση ορισμένου διαγωνισμού που διοργανώνεται στο πλαίσιο σύμβασης δημόσιας σύμβασης, μέσω συμφωνίας μεταξύ των ανταγωνιστών για τις τιμές που θα προταθούν στο πλαίσιο του διαγωνισμού αυτού και/ή για την ανάθεση της σύμβασης, η περιοριστική του ανταγωνισμού επενέργεια της σύμπραξης ολοκληρώνεται με την επίτευξη του σκοπού της, παύει δηλαδή, κατ' αρχήν, το αργότερο κατά τον χρόνο υπογραφής της οικείας σύμβασης, οπότε και τα ουσιώδη χαρακτηριστικά αυτής -και ιδίως το συνολικό τίμημα που πρέπει να καταβληθεί ως αντιπαροχή για τα αγαθά, το έργο ή τις υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης- καθορίζονται οριστικά και η αναθέτουσα αρχή στερείται οριστικά τη δυνατότητα να τα αποκτήσει υπό τις κανονικές συνθήκες της αγοράς (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 14.1.2021 στην υπόθεση C-450/19 Kilpailu- ja kuluttajavirasto, ECLI:EU:C:2021:10, σκ. 35). Τούτου παρέπεται ότι υλοποίηση τυχόν σε μεταγενέστερο χρόνο αποζημιωτικού μηχανισμού μεταξύ των συμπραττόντων δεν ασκεί, κατ' αρχήν, επιρροή για τον προσδιορισμό της διάρκειας της παράβασης. Άλλο είναι το ζήτημα αν η ύπαρξη τέτοιου μηχανισμού αντανάκλα στη σοβαρότητα της παράβασης, οπότε και η υλοποίησή του νομίμως λαμβάνεται υπόψη κατά την εκτίμησή της.

11. Επειδή, επομένως, ανεξαρτήτως του αν, εν προκειμένω, για την εκτίμηση της σοβαρότητας της επίδικης παράβασης, που συνίσταται σε νόθευση δημόσιου διαγωνισμού, η διάρκειά της είναι πράγματι το ενδεδειγμένο μέγεθος (πρβλ. ΣτΕ 99/2024), η κρίση πάντως του δικάσαντος εφετείου ως προς τον τρόπο υπολογισμού της είναι ορθή, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με τον πιο πάνω λόγο αναιρέσεως είναι αβάσιμα και πρέπει να απορριφθούν.

12. Επειδή, προβάλλεται περαιτέρω ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, μεταρρυθμίζοντας το επιβληθέν στην αναιρεσίβλητη πρόστιμο, εσφαλμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 2 (από προφανή παραδρομή αναφέρεται η παρ. 1 στο δικόγραφο) περ. α' του ν. 3959/2011, καθώς συγχέει την έννοια του ανώτατου ποσού προστίμου που μπορεί να επιβληθεί (πλαφόν), με την έννοια του συντελεστή βαρύτητας που προβλέπεται στην ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της 12.5.2006 και περαιτέρω υπολογίζει το εν λόγω ανώτατο όριο προστίμου επί λανθασμένης βάσης (κύκλος εργασιών ανά μήνα), ενώ δεν λαμβάνει υπόψη τον αποτρεπτικό χαρακτήρα του προστίμου. Ως προς δε τη διάκριση της έννοιας του συντελεστή βαρύτητας από αυτή του ανώτατου ποσού προστίμου, του σταδίου εφαρμογής των ανωτέρω μεγεθών κατά την επιμέτρηση του προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού και το ύψος στο

οποίο μπορεί να διαμορφωθεί ο συντελεστής βαρύτητας, προβάλλεται ότι δεν υπάρχει νομολογία του Δικαστηρίου.

13. Επειδή, ως προς το νομικό ζήτημα της διάκρισης μεταξύ της έννοιας του συντελεστή βαρύτητας ορισμένης παράβασης από αυτή του ανώτατου ποσού του δυνάμενου να επιβληθεί προστίμου και του σταδίου εφαρμογής των ανωτέρω μεγεθών κατά την επιμέτρηση του τελευταίου, το οποίο αποτελεί το κρίσιμο ζήτημα του λόγου αυτού αναιρέσεως, ο ισχυρισμός περί έλλειψης νομολογίας είναι βάσιμος και, επομένως, ο λόγος προβάλλεται παραδεκτός.

14. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η θέσπιση ανώτατου ορίου αποβλέπει στο να αποφευχθεί η επιβολή προστίμων για τα οποία μπορεί να προβλεφθεί ότι οι επιχειρήσεις, ενόψει του μεγέθους τους, όπως αυτό καθορίζεται από τον ολικό κύκλο εργασιών τους έστω και κατά προσέγγιση και ατελώς, δεν θα είναι σε θέση να το καταβάλουν. Πρόκειται, συνεπώς, για ένα όριο, το οποίο, εφαρμοζόμενο ομοιόμορφα σε όλες τις επιχειρήσεις και καθοριζόμενο με βάση το μέγεθος της καθεμιάς τους, αποσκοπεί στο να αποφευχθούν πρόστιμα υπερβολικού και δυσανάλογου ύψους. Έχει δηλαδή το ανώτατο αυτό όριο διακριτό και αυτοτελή σκοπό σε σχέση με τα κριτήρια σοβαρότητας και διάρκειας της παράβασης, συνιστάμενο στο να εμποδίζεται ο καθορισμός του προστίμου που υπολογίζεται με βάση τα κριτήρια αυτά σε ύψος ανώτερο του εν λόγω ορίου (ΣΤΕ 1036/2016). Τούτου παρέπεται ότι η τήρηση του ως άνω ανώτατου ορίου, το οποίο με το άρθρο 25 παρ. 2 περ. α΄ ορίστηκε σε 10% επί του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης, αποτελεί το τελευταίο βήμα κατά την επιμέτρηση ενός προστίμου και δεν επιτρέπεται το ποσοστό αυτό να εφαρμόζεται αυτοτελώς στη βάση υπολογισμού του ή ως ανώτατο όριο αυτής (πρβλ. ΣΤΕ 985/2023, επταμ., 1036/2016), καθώς, η δυνατότητα διακύμανσης επί τη βάσει είτε ελαφρυντικών είτε επιβαρυντικών περιστάσεων θα οδηγούσε, στη μεν πρώτη περίπτωση, σε παραβίαση της αρχής της αποτρεπτικότητας, στη δε δεύτερη, σε παραβίαση του γράμματος της ίδιας της διάταξης και της αρχής της αναλογικότητας που αυτή υπηρετεί.

15. Επειδή, συνεπώς, εν προκειμένω, το δικάσαν δικαστήριο, υπολαμβάνοντας, όπως προκύπτει από την ανωτέρω σκέψη της αναιρεσιβαλλομένης («προφανώς εκ παραδρομής υπολογίσθηκε το βασικό ποσό του προστίμου με συντελεστή 15%»), ότι το ανώτατο όριο είναι επιβεβλημένο να εφαρμοστεί στη βάση υπολογισμού του προστίμου, έσφαλε. Για τον λόγο δε αυτόν, που προβάλλεται βασίμως, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή και να αναιρεθεί η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, κατά το ως άνω κεφάλαιό της, που αφορά στον καθορισμό του ύψους του προστίμου για την αποδοθείσα παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, η δε υπόθεση, η οποία χρήζει διευκρινίσεως κατά το πραγματικό, πρέπει να παραπεμφθεί, κατά το αντίστοιχο μέρος της, στο δικάσαν διοικητικό εφετείο, για νέα νόμιμη κρίση εντός των ορίων που χαράσσουν οι αρχές της αποτρεπτικότητας και της αναλογικότητας, καθώς και το αίτημα της προσφυγής· παρέλκει δε ως αλυσιτελής η εξέταση του σκέλους του λόγου αυτού με το οποίο προβάλλεται ότι δεν προβλέπεται από τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 2 ο υπολογισμός του ανώτατου ορίου να γίνεται σε κλάσμα επί του συνολικού κύκλου εργασιών (οικεία αγορά ή κύκλος εργασιών ανά μήνα), καθώς και η εξέταση του λόγου με τον οποίο προβάλλεται παράβαση της αρχής της αποτρεπτικότητας, διότι η εξέτασή τους προϋποθέτει ότι ορθώς χρησιμοποιείται το ανώτατο όριο στον υπολογισμό του βασικού ποσού.

Δ ι ά τ α ύ τ α

Δέχεται εν μέρει την αίτηση.

Αναιρεί εν μέρει την 5005/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, στο οποίο παραπέμπει την υπόθεση, κατά το αναιρεθέν μέρος, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την αίτηση κατά τα λοιπά.

Συμψηφίζει τη δικαστική δαπάνη μεταξύ των διαδίκων.

Η διάσκεψη έγινε στην Αθήνα στις 27 Ιουνίου 2024

Ο Πρόεδρος του Στ΄ Τμήματος Η Γραμματέας και μετά την αποχώρησή της Η Γραμματέας του Στ΄ Τμήματος

Ιωάννης Β. Γράβαρης

Σταυρούλα Χάρου

και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση της 23ης Σεπτεμβρίου 2024.

Η Προεδρεύουσα Σύμβουλος Ο Γραμματέας

Βαρβάρα Ραφτοπούλου Λάμπρος Ρίκος