

ΑΠΟΦΑΣΗ¹ 486/VI/2010

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ-ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε στην Αίθουσα Συνεδριάσεων του 1^{ου} ορόφου του κτηρίου των γραφείων της, επί της οδού Κότσικα 1^Α, Αθήνα, την 3^η Μαρτίου 2010, Τετάρτη και ώρα 12:00, με την εξής σύνθεση:

Προεδρεύων: Νικόλαος Τραυλός

Μέλη: Ανδρέας Μαρκάκης και

Δημήτριος Δανηλάτος.

Γραμματέας: Παρασκευή Α. Ζαχαριά.

Θέμα της συνεδρίασης: η λήψη απόφασης επί της από 9.2.2005 καταγγελίας της εταιρίας με την επωνυμία «ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΟΔΩΝ ΚΑΙ ΓΕΦΥΡΩΝ ΑΤΕ-ΟΔΓΕ», κατά της εταιρίας με την επωνυμία «ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ Α.Ε.», για παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/77.

Στη συνεδρίαση είχαν νομίμως κλητευθεί και παρίσταντο: (α) για την καταγγέλλουσα εταιρία με την επωνυμία «ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΟΔΩΝ ΚΑΙ ΓΕΦΥΡΩΝ ΑΤΕ-ΟΔΓΕ», ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτής Νικόλαος Καιρίδης μετά του πληρεξουσίου δικηγόρου της, Ιωάννη Λιναρίτη (ΑΜΔΣΑ 23015) και (β) για την καταγγελλόμενη εταιρία με την επωνυμία «ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ Α.Ε.», ο νομικός σύμβουλός της, Αντώνιος Νεδελκόπουλος (ΑΜΔΣΘ 1745).

Στην αρχή της συζήτησης, τον λόγο έλαβε ο αρμόδιος Εισηγητής Ανδρέας Μαρκάκης, ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά τη με αριθ. πρωτ. οικ. 8988/16.12.2009 Εμπιστευτική Έκθεσή του, της οποίας η πρόταση, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά σε αυτήν, είναι η απόρριψη της από 9.2.2005 καταγγελίας της εταιρίας με την επωνυμία «ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΟΔΩΝ ΚΑΙ ΓΕΦΥΡΩΝ ΑΤΕ – ΟΔΓΕ» κατά της εταιρίας με την επωνυμία «ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ Α.Ε.» για παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/77.

Κατόπιν, το λόγο έλαβαν οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των ενδιαφερομένων μερών, οι οποίοι ανέπτυξαν τις απόψεις τους και απάντησαν σε ερωτήσεις, που τους υπέβαλαν ο Προεδρεύων και τα Μέλη της Ε.Α.

Μετά την ολοκλήρωση της ακροαματικής διαδικασίας η Επιτροπή Ανταγωνισμού, συνήλθε σε συνεδριάσεις διασκέψεως, την 16^η/3/2010, ημέρα Τρίτη και ώρα 12:00 και την 30^η/4/2010, ημέρα Παρασκευή και ώρα 12:00 και αφού έλαβε υπόψη της όλα τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, την Έκθεση του αρμοδίου

¹ Από την παρούσα απόφαση έχουν παραλειφθεί, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ.7 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 1890/Β'29.12.2006), τα στοιχεία εκείνα, τα οποία κρίθηκε ότι αποτελούν επιχειρηματικό απόρρητο. Στη θέση των στοιχείων που έχουν παραλειφθεί υπάρχει η ένδειξη [...]. Όπου ήταν δυνατό τα στοιχεία που παραλείφθηκαν αντικαταστάθηκαν με ενδεικτικά ποσά και αριθμούς ή με γενικές περιγραφές (εντός [...]).

Εισηγητή Ανδρέα Μαρκάκη, τα υπεβλήθέντα υπομνήματα των μερών και τα όσα προφορικώς ανέπτυξαν οι πληρεξούσιοι δικηγόροι τους,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ ΩΣ ΕΞΗΣ:

1. Η εταιρία με την επωνυμία «ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΟΔΩΝ ΚΑΙ ΓΕΦΥΡΩΝ ΑΤΕ- ΟΔΓΕ» που εδρεύει στην Αλεξανδρούπολη Έβρου, με την κατατεθείσα στην Επιτροπή Ανταγωνισμού με αριθμ. πρωτ. 648/9.2.2005 καταγγελία της, κατάγγειλε την εταιρία με την επωνυμία «ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ ΑΕ» που εδρεύει στη Θεσσαλονίκη, για παράβαση του άρθρου 2 στοιχ. γ του ν. 703/77, επικαλούμενη λόγους που έχουν συνοπτικά ως εξής: Ότι την 31.12.2004 δημοσιεύθηκαν στην εφημερίδα της Κυβερνήσεως περιλήψεις διακηρύξεων ανοικτής δημοπρασίας της καταγγελλόμενης, για την επιλογή αναδόχου των έργων α) «Εγνατία Οδός: Βελτίωση και διαπλάτυνση τμήματος Μέστη – Μάκρη και βελτίωση του τμήματος Εθνική Οδού Μέστη – Μάκρη (15.4)» προϋπολογισμού 21.000.000 ευρώ και β) «κάθετος άξονας Εγνατίας οδού Θεσσαλονίκη – Μουδανιά: Βελτίωση – διαπλάτυνση τμήματος Σωζόπολη - Μουδανιά (58.3.2)» προϋπολογισμού 12.000.000 ευρώ. Κατά το άρθρο 21 των άνω διακηρύξεων στις δημοπρασίες επιτρέπεται να συμμετάσχουν μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες είτε στο ελληνικό μητρώο Μ.Ε.Ε.Π στην 6η τάξη για έργα οδοποιίας, είτε στους επισήμους καταλόγους των κρατών μελών του Ευρωπαϊκού Οικονομικού χώρου (Ε.Ο.Χ) ή της Συμφωνίας περί Δημοσίων Συμβάσεων (Σ.Δ.Σ) του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου (Π.Ο.Ε) όπου δεν τηρούνται επίσημοι κατάλογοι αναγνωρισμένων εργοληπτών, εφόσον έχουν εκτελέσει έργα αυτοκινητοδρόμων, παρόμοια ποιοτικά και ποσοτικά με τα δημοπρατούμενα, καθώς και κοινοπραξίες μεταξύ δύο ή τριών από τις παραπάνω καλούμενες Εργοληπτικές Επιχειρήσεις, με οποιοδήποτε συνδυασμό και με ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής 25% η κάθε μία. Ότι, συνεπώς, με βάση τον άνω όρο, βασική προϋπόθεση για την αποδοχή μιας ημεδαπής εργοληπτικής εταιρείας στη διαδικασία δημοπράτησης των ανωτέρω έργων αποτελεί η εγγραφή τους στην 6η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π για έργα οδοποιίας καίτοι το ύψος του προϋπολογισμού καθενός από τα δημοπρατούμενα έργα βρίσκεται εντός των ορίων προϋπολογισμού που κατά νόμο επιτρέπουν τη συμμετοχή στη διαδικασία δημοπράτησης αυτών, των εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στην 5η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. Ότι σύμφωνα με τις διατάξεις των βασικών νομοθετημάτων για την ανάθεση και κατασκευή των δημοσίων έργων και τις ειδικότερες διατάξεις του κανονισμού Ανάθεσης και Εκπόνησης Μελετών και Εκτέλεση Έργων της ΕΓΝΑΤΙΑ Α.Ε, ο οποίος παραπέμπει ρητά στα άνω νομοθετήματα, ο αποκλεισμός των εργοληπτικών επιχειρήσεων της 5ης τάξης, επομένως και της καταγγέλλουσας, από τη διαδικασία δημοπράτησης των προαναφερθέντων έργων, είναι παράνομος, αναιτιολόγητος και αυθαίρετος, συνιστά δε καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέση που, κατά τα εκτιθέμενα, κατέχει στη σχετική αγορά η καταγγελλόμενη, η οποία ως αναθέτουσα τα έργα Αρχή προβαίνει στη διακριτική μεταχείριση των εργοληπτικών επιχειρήσεων, παρεμποδίζοντας την πρόσβαση των δικαιουμένων στην αγορά και αρνούμενη

καταχρηστικά την παροχή συναλλακτικής ευκαιρίας σε αυτές, η συμπεριφορά της δε αυτή παραβιάζει κατάφωρα το άρθρο 2 στοιχ. γ του ν. 703/77. Με βάση τα ανωτέρω η καταγγέλλουσα ζητά από την Επιτροπή Ανταγωνισμού να υποχρεωθεί η καταγγελλόμενη σε άρση της άνω παράβασης και σε παράλειψη αυτής στο μέλλον. Σε ακύρωση του όρου 21 των άνω διακηρύξεων δημοπρασίας. Σε επιβολή χρηματικής ποινής 300.000 ευρώ σε βάρος της καταγγελλομένης για κάθε ημέρα μη συμμόρφωσής της με την εκδοθησόμενη απόφαση. Στη λήψη οιαδήποτε άλλου πρόσφορου μέτρου.

2. Σύμφωνα με το άρθρο 2 στοιχ. γ του ν. 703/77, απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους στο σύνολο ή σε μέρος της αγοράς της χώρας, η οποία δύναται να συνίσταται, μεταξύ άλλων σε εφαρμογή άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδία σε αδικαιολόγητη άρνηση πωλήσεων αγορών ή άλλων συναλλαγών κατά τρόπο ώστε κάποιες επιχειρήσεις να τίθενται σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό. Η έννοια της επιχείρησης κατά την άνω διάταξη καλύπτει κάθε φορέα ο οποίος ασκεί οικονομική δραστηριότητα, ήτοι δραστηριότητα που συνίσταται στην προσφορά κάθε είδους προϊόντων ή υπηρεσιών σε συγκεκριμένη αγορά, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς που τη διέπει ή τον τρόπο χρηματοδότησής της [βλ. ΔΕΚ C-118/85 (1987) Συλλ. 2599, C-41/90 (1991) Συλλ. 1-1979, C-244/94 (1995) Συλλ. I-4013, C-55/96 (1997) Συλλ. I-7119]. Στην παραπάνω έννοια της επιχείρησης περιλαμβάνεται και η δημόσια επιχείρηση, ως οποία, κατά τη διάταξη του άρθρου 2 εδ. β της οδηγίας 2000/52/EK «νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αρχές μπορούν να ασκούν άμεσα ή έμμεσα αποφασιστική επιρροή λόγω κυριότητας ή χρηματοοικονομικής συμμετοχής σε αυτήν, ή δυνάμει των κανόνων που την διέπουν». Υπάγονται δε στις δημόσιες επιχειρήσεις και οι ιδρυόμενες κατ' εφαρμογή των διατάξεων του ν. 2229 /1994, οι οποίες λειτουργούν για χάρη του δημοσίου συμφέροντος, είναι επιχειρήσεις κοινής ωφελείας και διέπονται από τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας. Σύμφωνα δε με το άρθρο 5 παρ.1 του ν. 703 /77 όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, οι διατάξεις αυτού (ν. 703/77) εφαρμόζεται και επί δημοσίων ή κοινής ωφέλειας επιχειρήσεων εκτός αν κάποιες ή κάποια κατηγορία αυτών εξαιρεθούν της εφαρμογής του νόμου, με κοινή απόφαση των Υπουργών Συντονισμού και Εμπορίου (ήδη Οικονομίας και Ανάπτυξης), εφόσον αυτές είναι γενικότερης σημασίας για την εθνική οικονομία.

Περαιτέρω, η έννοια της δεσπόζουσας θέσης δεν ορίζεται στο νόμο, αλλά κατά πάγια κοινοτική νομολογία συνίσταται στη θέση οικονομικής ισχύος που λαμβάνει μια επιχείρηση, η οποία της δίνει τη δυνατότητα να παρεμποδίζει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στη σχετική αγορά, επιτρέποντάς της να συμπεριφέρεται σε σημαντικό βαθμό, ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες της και τελικά τους καταναλωτές [C-6/72 (1973), Συλλ. 215, C-27/76 (1978) Συλλ. 207, C-85/76 (1979) Συλλ. 461]. Κριτήρια για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης σύμφωνα με τη νομολογία αποτελούν μεταξύ άλλων, το κατεχόμενο μερίδιο αγοράς, τα μερίδια αγοράς των ανταγωνιστών της συγκεκριμένης επιχείρησης, η ύπαρξη φραγμών εισόδου στη σχετική αγορά κ.α. [βλ C-62/86 (1991) Συλλ. I-3359, T-30/89 (1991) Συλλ. II-1439].

Η διαπίστωση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης δεν συνεπάγεται καθεαυτή μομφή έναντι της οικείας επιχείρησης. Εντούτοις η τελευταία στην περίπτωση αυτή φέρει την ευθύνη να μη βλάπτει με την συμπεριφορά της την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στην αγορά. Επίσης η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης δεν αφαιρεί από την επιχείρηση το δικαίωμα να διαφυλάσσει τα εμπορικά της συμφέροντα. Πρέπει ωστόσο, οι ενέργειες που επιλέγει για την διαφύλαξη των συμφερόντων της να μη καταλήγουν σε ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της και στην καταχρηστική εκμετάλλευσή της. Γίνεται εξάλλου δεκτό ότι η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης της δεσπόζουσας θέσης είναι αντικειμενική και ανεξάρτητη από κάθε πταίσμα της σχετικής επιχείρησης. Άρα είναι νομικά αδιάφορο αν η εν λόγω επιχείρηση έχει τη πρόθεση να αποθαρρύνει ή να εξασθενήσει τους ανταγωνιστές της [βλ Τ-65/89 (1993) Συλλ. II-389, C-41/90 (1991) Συλλ. I-1979]. Ειδικότερα σε σχέση με τη διάταξη του άρθρου 2 στοιχ. γ του ν. 703/77 (αντίστοιχο το άρθρο 82 στοιχ. γ της Συνθ. ΕΚ) η εμπορική συμπεριφορά της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης, δεν πρέπει να νοθεύει τον ανταγωνισμό σε προηγούμενο ή σε μεταγενέστερο στάδιο εμπορίας ήτοι τον ανταγωνισμό μεταξύ προμηθευτών ή μεταξύ πελατών της επιχείρησης αυτής. Συγκεκριμένα, οι αντισυμβαλλόμενοι της εν λόγω επιχείρησης δεν πρέπει να ευνοούνται ή να περιέρχονται σε μειονεκτική θέση στα πλαίσια του μεταξύ τους ανταγωνισμού. Σε τέτοια περίπτωση τίποτα δεν εμποδίζει δυσμενής διάκριση εμπορικών συναλλασσομένων οι οποίοι τελούν σε σχέση ανταγωνισμού, να θεωρηθεί ως καταχρηστική, όταν η συμπεριφορά της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης τείνει, ενόψει του συνόλου των συγκεκριμένων περιστάσεων, σε στρέβλωση του ανταγωνισμού μεταξύ των εν λόγω συναλλασσομένων.

3. Εξάλλου η εκτέλεση των δημοσίων έργων στη χώρα διέπεται κατά βάση από τον ν. 1418/84 ο οποίος, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο (Δεκέμβριος του 2004) ορίζει μεταξύ άλλων τα εξής: Στο άρθρο 1, ότι τα δημόσια έργα είναι έργα υποδομής της χώρας που καλύπτουν βασικές ανάγκες του κοινωνικού συνόλου, συμβάλλουν στην ανάπτυξη των παραγωγικών δυνατοτήτων, στην αύξηση του εθνικού προϊόντος, στην ασφάλεια της χώρας και γενικά αποσκοπούν στη βελτίωση της ποιότητας ζωής του λαού (παρ. 1). Στο άρθρο 4, ότι τα δημόσια έργα κατασκευάζονται α) από ειδικευμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις όπως ορίζονται στο νόμο αυτόν και β) από το φορέα κατασκευής του έργου με αυτεπιστασία μέσω κατάλληλης τεχνικής υπηρεσίας και προσωπικού που είτε υπάρχει, είτε κατά περίπτωση προσλαμβάνεται και αμείβεται από τις πιστώσεις του έργου (παρ. 1). Τρόποι επιλογής της εργοληπτικής επιχείρησης για την κατασκευή του έργου είναι: α) Η ανοικτή δημοπρασία, στην οποία λαμβάνουν μέρος και υποβάλλουν προσφορές όλοι όσοι έχουν τα νόμιμα προσόντα που προβλέπονται στη διακήρυξη. Αυτή είναι η κύρια διαδικασία επιλογής. β) Η δημοπρασία με προεπιλογή, η οποία διεξάγεται ως εξής: Αρχικά εκδηλώνουν ενδιαφέρον συμμετοχής όλοι όσοι θεωρούν ότι διαθέτουν τα προσόντα που περιγράφονται στη διακήρυξη. Ακολουθεί προεπιλογή και πρόκληση για συμμετοχή στη κύρια διαδικασία και επίδοση προσφοράς εκείνων που έχουν προεπιλεγεί. Η διαδικασία αυτή εφαρμόζεται σε έργα μεγάλης σπουδαιότητας ή

εξειδικευμένα (παρ. 2). Στο άρθρο 15, ότι την κατασκευή δημοσίων έργων επιτρέπεται να αναλαμβάνουν ημεδαπές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.Ε.Π) και στην αντίστοιχη με το έργο κατηγορία και τάξη εγγραφής, καθώς και εργοληπτικές επιχειρήσεις Κρατών – Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις (παρ. 1). Στο άρθρο 16, τέλος, που φέρει τον τίτλο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) καταστρώνεται το σύστημα διάρθρωσης του Μ.Ε.ΕΠ. και καθορίζονται οι κανόνες οργανώσεως και λειτουργίας του, καθώς και οι αντίστοιχοι προς τους κανόνες αυτούς όρους και προϋποθέσεις εγγραφής, κατάταξης και τακτικής και έκτακτης αναθεώρησης της εγγραφής των εργοληπτικών επιχειρήσεων σε αυτό. Ειδικότερα κατά τις διατάξεις του εν λόγω άρθρου οι τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. ορίζονται σε επτά και επιπλέον αυτών ορίζονται και δύο ειδικές τάξεις οι Α1 και Α2 για μικρές επιχειρήσεις. Η κατάταξη στο Μ.Ε.ΕΠ. των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται σε μία ή περισσότερες από τις εξής βασικές κατηγορίες έργων: οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών και ενεργειακών και κάθε επιχείρηση κατατάσσεται σε μία μόνο τάξη για κάθε κατηγορία, καθορίζονται τα ανώτατα και τα κατώτατα όρια των προϋπολογισμών των έργων τα οποία επιτρέπεται να αναλάβουν οι επιχειρήσεις ανάλογα με την τάξη κατάταξης τους στο Μ.Ε.ΕΠ. και τα οποία με την Δ17Α/08/35/ΦΝ430/8.4.2003 απόφαση του Υπουργού ΠΕΧΩΔΕ που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 42 του άνω άρθρου, καθορίστηκαν για την 5η τάξη κατ' ανώτατο όριο σε 22.000.000 ευρώ και κατά κατώτατο όριο για εκτός ή εντός νομού έδρας σε 3.500.000 και 1.750.000 ευρώ αντίστοιχα. Επιπλέον, για την παρακολούθηση της τεχνικής εμπειρίας στην κατασκευή έργων των προσώπων που στελεχώνουν τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. τηρείται στο Υ.ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ. Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (Μ.Ε.Κ.). Παράλληλα, την εκτέλεση των δημοσίων έργων ρυθμίζουν, εκτός άλλων, το Π.Δ. 609/85 στο άρθρο 2 παρ.6 του οποίου ορίζεται «Αν στη δημοπρασία καλούνται εργοληπτικές επιχειρήσεις μιας κατηγορίας, η τάξη προσδιορίζεται από τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας με τον οποίο δημοπρατείται το έργο», το Π.Δ 334/00, Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας για τα δημόσια έργα προς τις διατάξεις της οδηγίας 93/37/Ε.Ο.Κ. όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε και ο ν.3263/04.

4. Από τα στοιχεία και το εν γένει αποδεικτικό υλικό που περιέχονται στο φάκελο της υπόθεσης, τις εξηγήσεις και διευκρινίσεις του νομίμου εκπροσώπου της καταγγέλλουσας εταιρίας που δόθηκαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της υπόθεσης και περιέχονται στα πρακτικά της Επιτροπής και τους εν γένει ισχυρισμούς των μερών που περιέχονται στα υπομνήματα τους, που κατατέθηκαν τόσο κατά την παρούσα συζήτηση, όσο και στο πλαίσιο της συζήτησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων της καταγγέλλουσας επί της οποίας η με αριθμό 282/IV/2005 απόφαση της Επιτροπής, προέκυψαν τα εξής: Η καταγγέλλουσα εταιρία είναι εργοληπτική επιχείρηση με καταστατικό σκοπό την εκτέλεση τεχνικών έργων πάσης φύσεως (οδοποιητικών, λιμενικών, υδραυλικών, οικοδομικών κ.αλλ.) με έδρα την Αλεξανδρούπολη Έβρου. Ήταν κατά τον κρίσιμο χρόνο (τέλος 2004) εγγεγραμμένη

στη 5η τάξη του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) για έργα οδοποιίας και δικαιούταν σύμφωνα με τις παραπάνω ισχύουσες διατάξεις να αναλαμβάνει την κατασκευή δημοσίων έργων οδοποιίας προϋπολογισμού ανωτάτου ορίου 22.000.000 ευρώ και κατωτάτου ορίου 3.500.000 ευρώ για έργα εκτός του νομού της έδρας της και 1.750.000 ευρώ για έργα εντός του νομού της έδρας της. Εξάλλου η καταγγελλόμενη εταιρία, ΕΓΝΑΤΙΑ ΑΕ, έχει ιδρυθεί δυνάμει του άρθρου 5 παρ.6 του ν.2229/94, με την με αριθμό Δ17α/02/09/Φ.Ν. 380/10.11.94 Κ.Υ.Α. των Υπουργών Ελληνικής Οικονομίας, Οικονομικών και ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ., (ΦΕΚ 846 και 886), με μοναδικό μέτοχο το Ελλ. Δημόσιο και καταστατικό σκοπό α) τη μελέτη, επίβλεψη, κατασκευή, συντήρηση, εξοπλισμό και εκμετάλλευση του οδικού άξονα με τον τίτλο «Εγνατία οδός» που αρχίζει από το λιμάνι της Ηγουμενίτσας και φθάνει μέχρι τα σύνορα με την Τουρκία στο σημείο των Κήπων του Έβρου, διερχόμενη από την Θεσσαλονίκη, την Καβάλα και την Αλεξανδρούπολη, του οδικού δικτύου γενικά που συνδέεται ή εξυπηρετεί άμεσα ή έμμεσα τον παραπάνω άξονα, καθώς και άλλων οδικών έργων εντός ή εκτός της ελληνικής επικράτειας, β) την ολική ή μερική ανάθεση σε τρίτους, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, της μελέτης, κατασκευής, επέκτασης του παραπάνω έργου ή τμημάτων αυτού με παραχώρηση καθώς και της επίβλεψης και παρακολούθησης της εκτέλεσης των σχετικών συμβάσεων και του ελέγχου των σχετικών μελετών, γ) την ανάληψη της εκτέλεσης των εκχωρούμενων σ' αυτών από το Δημόσιο συμβάσεων κατασκευής του άνω έργου και δ) την παροχή συμβουλών και εισηγήσεων σε θέματα σχετικά με τα παραπάνω». Η καταγγελλόμενη έχει περαιτέρω αναλάβει τη συντήρηση και λειτουργία της Εγνατίας οδού. Η ανάθεση και εκπόνηση μελετών και η ανάθεση και εκτέλεση έργων από την καταγγελλόμενη εταιρία διέπονται από τον Κανονισμό αυτής που εγκρίθηκε με την Δ17α/10/59/Φ.Ν. 393/10.7.1996 απόφαση του υπουργού ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ. (ΦΕΚ Β 611) και ισχύει, όπως έχει στη συνέχεια με άλλες αποφάσεις του άνω υπουργού τροποποιηθεί. Η καταγγελλόμενη εταιρία με την από Δεκέμβριο 2004 και με αριθμ. Α94710 Διακήρυξή της, περίληψη της οποίας δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (Τεύχος Διακήρυξης Δημ. Συμβάσεων 491/31.12.2004) και η οποία ενδιαφέρει εν προκειμένω (η περιλαμβανόμενη επίσης στην κρινόμενη καταγγελία με αριθμό 494711 διακήρυξη ανακλήθηκε στη συνέχεια), διακήρυξε ανοικτή δημοπρασία/διαδικασία επιλογής αναδόχου για την κατασκευή του έργου «Εγνατία οδός»: Βελτίωση και διαπλάτυνση τμήματος Μέστη-Μάκρη και βελτίωση του τμήματος Εθνικής Οδού Μέστη-Μάκρη (15.4) προϋπολογισμού δημ/σης 21.000.000,00 ευρώ (με αναθεώρηση και Φ.Π.Α.). Κατά την εν λόγω Διακήρυξη: Το δημοπρατούμενο έργο αφορά στη βελτίωση του τμήματος Μέστη-Μάκρη της Εγνατίας οδού μήκους 14 χλμ. με διαπλάτυνση της διατομής του από 19.5μ. σε 22.0μ. και του τμήματος Μέστη-Μάκρη της Εθνικής οδού μήκους 17 χλμ. (εκ των οποίων 6 χλμ. νέα κατασκευή), καθώς και στη διαμόρφωση δύο χώρων Στάθμευσης και Αναψυχής εκατέρωθεν του άξονα της Εγνατίας οδού μεταξύ του Α/Κ Κομοτηνής και του Α/Κ ΒΙΠΕ Αλεξανδρούπολης και περιλαμβάνει εργασίες χωματουργικών, τεχνικών, έργων αποχέτευσης και αποστράγγισης, οδοστρωσίας, ασφαλτικών, εξοπλισμού της οδού και πρασίνου (άρθρο 11). Το έργο συγχρηματοδοτείται από το

Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης και Εθνικούς Πόρους (άρθρο 8). Η διαδικασία δημοπράτησης και η σύμβαση που θα καταρτισθεί διέπονται αποκλειστικά από τον Κανονισμό ανάθεσης και εκπόνησης μελετών και εκτέλεσης έργων της αναθέτουσας και από το Π.Δ. 334/2000 (άρθρο 7). Η επιλογή του αναδόχου, θα γίνει σύμφωνα με την ανοικτή διαδικασία της παρ.1 του άρθρου 7 του Π.Δ. 334/2000 και υπό τις προϋποθέσεις του ν.3263/2004 (άρθρο 13). Και στη διαδικασία γίνονται δεκτές α) μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις είτε εγγεγραμμένες στο ελληνικό μητρώο Μ.Ε.ΕΠ. στην 6η τάξη για έργα οδοποιίας, είτε εγγεγραμμένες στους επίσημους καταλόγους των κρατών μελών του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) σε τάξη αντίστοιχη με την 6η τάξη Ελληνικού μητρώου Μ.Ε.ΕΠ. για έργα οδοποιίας (αυτοκινητόδρομοι), είτε προερχόμενες από κράτη μέλη του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή τη Σ.Δ.Σ. του Π.Ο.Ε., όπου δεν τηρούνται επίσημοι κατάλογοι αναγνωρισμένων εργοληπτών, εφόσον έχουν εκτελέσει έργα αυτοκινητοδρόμων παρόμοια ποιοτικώς και ποσοτικώς με το δημοπρατούμενο. β) κοινοπραξίες μεταξύ δύο ή τριών από τις παραπάνω καλούμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις με οποιανδήποτε συνδυασμό και με ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής 25% η κάθε μία (άρθρο 21). Είναι προφανές ότι δια της Διακήρυξης αποκλείστηκαν από τη δημοπρασία που χαρακτηρίζεται και ως ανοικτή, οι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. εργοληπτικές επιχειρήσεις της 5ης τάξης για έργα οδοποιίας, μεταξύ των οποίων και η καταγγέλλουσα, που είχαν κατά νόμο δικαίωμα συμμετοχής σ' αυτή ενόψει του ύψους του προϋπολογισμού (21.000.000ευρώ) του δημοπρατούμενου έργου. Η καταγγελλόμενη ισχυρίζεται ότι ο αποκλεισμός των εργοληπτικών επιχειρήσεων της 5ης τάξης από τη σχετική δημοπρασία, έγινε κατά παρέκκλιση του άρθρου 15 παρ.1 του ν.1418/84, με βάση τη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 2 του ν.δ. 2386/53, όπως ισχύει μετά το β.δ. 120/60, η οποία διατηρήθηκε σε ισχύ με τη διάταξη του άρθρου 28 παρ.2 του ν.1418/84, κατά την οποία το άρθρο 15 του νόμου δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των διατάξεων αυτού από τις οποίες δεν επιτρέπονται παρέκκλιση. Εγκρίθηκε δε η εν λόγω παρέκκλιση από το ΔΣ της καταγγελλόμενης σύμφωνα με το άρθρο 11 του άνω Κανονισμού της, το οποίο προστέθηκε με αριθμ. Δ17α/05/14/ΦΝ 393/1.3.2000 απόφαση του Υπουργού ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ. (ΦΕΚ Β 311/00). Ανεξάρτητα από το κατά πόσον οι ως άνω περί παρεκκλίσεων διατάξεις εξακολουθούν να ισχύουν, ίδια ενόψει του άρθρου 24 του π.δ. 334/2000 που καθορίζει τους όρους αποκλεισμού ενός εργολήπτη από τη δημοπρασία, και ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ο αποκλεισμός από το συγκεκριμένο έργο των εργοληπτικών επιχειρήσεων 5ης τάξης, αποτελεί παρέκκλιση από το άρθρο 16 του ν. 1814/84, από το οποίο δεν προβλέπεται παρέκκλιση, είναι σε κάθε περίπτωση ερευνητέο αν η ως άνω συμπεριφορά της καταγγελλόμενης εταιρίας είναι συμβατή και δεν παραβιάζει τις ισχύουσες διατάξεις για τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Κατ' αρχήν η καταγγελλόμενη εταιρία ενόψει του νόμου βάσει του οποίου ιδρύθηκε, των καταστατικών της σκοπών, της μετοχικής της σύνθεσης, όπως αυτά αναφέρθηκαν ανωτέρω και της διαχείρισης της Εγνατίας οδού που της έχει ανατεθεί, αποτελεί επιχείρηση κατά την έννοια του δικαίου του ανταγωνισμού και μάλιστα δημόσια επιχείρηση επί της οποίας έχουν εφαρμογή οι διατάξεις περί ανταγωνισμού,

δεδομένου ότι δεν προκύπτει ότι έχει κατά νόμο εξαιρεθεί ατομικά, ή ως εντασσόμενη σε κατηγορία επιχειρήσεων γενικότερης σημασίας για την εθνική οικονομία, της εφαρμογής αυτών. Περαιτέρω για να κριθεί, στα πλαίσια της εξεταζόμενης υπόθεσης, αν η καταγγελλόμενη εταιρία έχει δεσπόζουσα θέση, που αποτελεί προϋπόθεση της καταχρηστικής συμπεριφοράς της, ως σχετική αγορά προϊόντων και υπηρεσιών τα οποία θεωρούνται από τον καταναλωτή εναλλάξιμα ή δυνάμεθα να υποκατασταθούν μεταξύ τους λόγω των χαρακτηριστικών τους, της τιμής τους ή της σκοπούμενης χρήσης τους, θα πρέπει να θεωρηθεί αυτή της ανάθεσης και κατασκευής δημοσίων έργων οδοποιίας προϋπολογισμού όσου και το ανώτατο όριο της τάξης στην οποία ανήκει η καταγγέλλουσα εταιρία. Ως σχετική δε γεωγραφική αγορά στην οποία οι ενδιαφερόμενοι πωλούν τα σχετικά προϊόντα ή τις υπηρεσίες υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού πρέπει να θεωρηθεί εκείνη της βόρειας Ελλάδας και ειδικότερα της γεωγραφικής περιοχής στην οποία εκτείνεται το έργο της Εγνατίας οδού που αποτελεί τη βασική δραστηριότητα και καταστατικό σκοπό της καταγγελλόμενης εταιρίας. Όπως προκύπτει από το αποδεικτικό υλικό, στη συγκεκριμένη αγορά ανάθεσης δημοσίων έργων οδοποιίας, στην οποία ανταγωνιστές της καταγγελλομένης είναι οι υπόλοιποι δημόσιοι φορείς (περιφέρειες, νομαρχιακές αυτοδιοικήσεις, δήμοι), το μερίδιο της καταγγελλόμενης για έργα οδοποιίας 5ης τάξης ανήλθε κατά το έτος 2004 σε 83,3% και επομένως κατείχε στην εν λόγω αγορά δεσπόζουσα θέση. Σημειώνεται εξάλλου ότι η καταγγελλόμενη, όπως προκύπτει, κατά το ίδιο έτος, στα έργα οδοποιίας στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας, είχε μερίδιο 66,4% γεγονός που της προσδίδει δεσπόζουσα θέση ακόμη και αν ως σχετική αγορά θεωρείτο εκείνη των έργων οδοποιίας στην ελληνική επικράτεια. Κατόπιν αυτών είναι ερευνητέο αν η ως άνω συμπεριφορά της καταγγελλόμενης είναι καταχρηστική και παραβιάζει τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. γ του ν. 703/77. Σχετικά δε με τη διάταξη που εν προκειμένω τυγχάνει εφαρμογής πρέπει προηγουμένως να σημειωθούν τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 εδάφιο α του Κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002 «για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης» (ήδη άρθρο 102 ΣΛΕΕ), οσάκις οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών μελών ή τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε τυχόν καταχρηστική πρακτική που απαγορεύεται από το άρθρο 82 της Συνθήκης και η οποία είναι δυνατόν να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, εφαρμόζουν επίσης το άρθρο 82 της Συνθήκης. Όσον αφορά δε τη δυνατότητα μια καταχρηστικής πρακτικής να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών καθιστώντας αναγκαία και την εφαρμογή του άρθρου 82 της Συνθήκης (ήδη άρθρου 102 ΣΛΕΕ) αναφέρεται στην παρ. 12 της Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης» ότι «το κριτήριο του επηρεασμού του εμπορίου είναι αυτόνομο κριτήριο της κοινοτικής νομοθεσίας το οποίο πρέπει να εκτιμάται χωριστά σε κάθε περίπτωση. Το κριτήριο αυτό οριοθετεί το πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού [...] [το οποίο] δεν εφαρμόζεται σε συμφωνίες και πρακτικές που δεν δύνανται να επηρεάσουν αισθητά το εμπόριο μεταξύ

κρατών μελών.» Στο πλαίσιο της εξειδίκευσης των περιπτώσεων στις οποίες υπάρχει αισθητός περιορισμός του εμπορίου μεταξύ κρατών μελών η Ανακοίνωση αναφέρει στην παρ. 93 ότι «όταν μια επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση που καλύπτει το σύνολο κράτους μέλους και η συμπεριφορά της έχει ως αποτέλεσμα τον καταχρηστικό αποκλεισμό των ανταγωνιστών από την αγορά, το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών δύναται κανονικά να επηρεαστεί». Αντίθετα, όταν η δεσπόζουσα θέση καλύπτει μέρος μόνο κράτους μέλους, όπως στην υπό εξέταση υπόθεση, όπου σχετική γεωγραφική αγορά θεωρείται η Βόρειος Ελλάδα, απαραίτητη είναι η εφαρμογή κάποιων κριτηρίων προκειμένου να θεωρηθεί ότι το εμπόριο μεταξύ κρατών-μελών μπορεί να επηρεασθεί αισθητά από την υπό εξέταση κατάχρηση. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 97 της ως άνω Ανακοίνωσης πρέπει «να θεωρείται ότι το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών δύναται να επηρεαστεί αισθητά» όταν «η δεσπόζουσα θέση καλύπτει μέρος κράτους μέλους που αποτελεί σημαντικό τμήμα της κοινής αγοράς και η κατάχρηση δυσχεραίνει την πρόσβαση ανταγωνιστών από άλλα κράτη μέλη στην αγορά στην οποία η επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση». Σύμφωνα, δηλαδή, με την εν λόγω Ανακοίνωση, θα πληρούται η προϋπόθεση του αισθητού περιορισμού του εμπορίου μεταξύ κρατών μελών για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ (ήδη 102 ΣΛΕΕ) στην υπό εξέταση υπόθεση εάν α) η δεσπόζουσα θέση καλύπτει μέρος κράτους μέλους που αποτελεί σημαντικό τμήμα της κοινής αγοράς και β) η υπό εξέταση συμπεριφορά δυσχεραίνει την πρόσβαση ανταγωνιστών από άλλα κράτη μέλη στην αγορά στην οποία η επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση. Όσον αφορά το πρώτο κριτήριο φαίνεται καταρχήν ότι η σχετική αγορά ανάθεσης και κατασκευής δημοσίων έργων οδοποιίας προϋπολογισμού ύψους όσο και το ανώτατο όριο της τάξης στην οποία ανήκει η ΟΔΓΕ στη Βόρειο Ελλάδα δεν αποτελεί σημαντικό τμήμα της κοινής αγοράς. Ακόμα, ωστόσο και αν θεωρείτο ότι η σχετική αγορά ανάθεσης και κατασκευής δημοσίων έργων οδοποιίας του ως άνω προϋπολογισμού στη Βόρειο Ελλάδα αποτελεί σημαντικό τμήμα της κοινής αγοράς, δε φαίνεται να πληρούται το δεύτερο κριτήριο. Η υπό εξέταση συμπεριφορά, ακόμα και αν κρινόταν καταχρηστική, δε φαίνεται, δηλαδή, να δυσχεραίνει την πρόσβαση ανταγωνιστών από άλλα κράτη μέλη στη σχετική αγορά. Αυτό συμβαίνει διότι σύμφωνα με το κείμενο της προκήρυξης επιτρεπόταν η συμμετοχή στη δημοπρασία σε εργοληπτικές επιχειρήσεις των κρατών μελών του Ε.Ο.Χ. εφόσον αυτές «έχουν εκτελέσει έργα αυτοκινητοδρόμων, παρόμοια ποιοτικά και ποσοτικά με το δημοπρατούμενο», και συνεπώς δεν εμποδίζονταν από την κατάταξή τους ως εργοληπτικές επιχειρήσεις 5ης τάξης όπως η καταγγέλλουσα να συμμετάσχουν στη δημοπρασία. Συνεπώς δεν τίθεται θέμα αισθητού επηρεασμού του διακοινοτικού εμπορίου από την υπό εξέταση συμπεριφορά και συνεπώς δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ (ήδη 102 ΣΛΕΕ).

Κατά την ως άνω διάταξη του άρθρου 2 παρ. γ του ν. 703/77, βασική προϋπόθεση για τη διαπίστωση ή μη της διακριτικής μεταχείρισης είναι η προηγούμενη αξιολόγηση της ισοδυναμίας ή μη των αντιπαροχών των επιχειρήσεων που δύνανται να συμβληθούν με τη δεσπόζουσα επιχείρηση. Είναι προφανές ότι απαγορευμένη διακριτική μεταχείριση δεν υφίσταται στην περίπτωση κατά την οποία η αντιπαροχές

των αντισυμβαλλόμενων της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση δεν είναι ισοδύναμες. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, για να κριθεί αν η παρεμπόδιση της πρόσβασης στη σχετική αγορά των εργοληπτικών επιχειρήσεων της 5ης τάξης και η άρνηση παροχής σε αυτές συναλλακτικής ευκαιρίας, αντίστοιχης με αυτή που δόθηκε στις εργοληπτικές επιχειρήσεις της 6ης τάξης συνιστά διακριτική μεταχείριση σε βάρος τους εκ μέρους της καταγγελλόμενης, θα πρέπει να αξιολογηθεί αν οι εργοληπτικές επιχειρήσεις 5ης τάξης ήταν σε θέση να προσφέρουν, αναφορικά με το συγκεκριμένο έργο, παροχές ισοδύναμες με τις παροχές που προσφέρονται από τις επιχειρήσεις 6ης τάξης. Κατ' αρχή πρέπει πάλι να επισημανθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 16 του ν. 1418/84 και του άρθρου 2 παρ. 6 του π.δ. 609/85 θεσπίζουν ως μοναδικό κριτήριο για τη συμμετοχή μιας ορισμένης τάξης εργοληπτικής επιχείρησης στη δημοπρασία ενός έργου, το ύψος του προϋπολογισμού του έργου. Επομένως στην περίπτωση που στη δημοπρασία και εκτέλεση ενός έργου έχουν δικαίωμα συμμετοχής, λόγω του ύψους του προϋπολογισμού του, εργοληπτικές επιχειρήσεις περισσότερων τάξεων, το ισοδύναμο των παροχών των εν λόγω επιχειρήσεων θεωρείται δεδομένο από το νόμο και δεν μπορεί να διαφοροποιηθούν αυτές με κριτήριο την προφανώς υφιστάμενη τεχνολογική και από πλευράς προσωπικού, μέσων και οικονομικών πόρων υπεροχή των εργοληπτικών επιχειρήσεων ανώτερης τάξης έναντι εκείνων της κατώτερης τάξης. Και τούτο γιατί τα εν λόγω στοιχεία υπεροχής αξιολογούνται από το νόμο για την παροχή δυνατότητας στις πρώτες για εκτέλεση έργων μεγαλύτερου ύψους προϋπολογισμού. Εφόσον όμως η καταγγελλόμενη επικαλείται παρέκκλιση από τη διάταξη του άρθρου 15 παρ. 1 του ν. 1418/84, και δικαιολογεί τον αποκλεισμό των εργοληπτικών επιχειρήσεων 5ης τάξης από τη δημοπράτηση του άνω έργου, λόγω των χαρακτηριστικών αυτού, πρέπει να ερευνηθεί η βασιμότητα της εν λόγω επιλογής. Στην από 21.9.2004 Εισήγηση του Προϊσταμένου του Τομέα Έργων της καταγγελλόμενης [...], η οποία έγινε δεκτή από το ΔΣ αυτής, αναφέρονται σε σχέση με το άνω έργο, μεταξύ άλλων τα εξής: Για το τμήμα Εγνατίας οδού Μέστη-Μάκρη *«προβλέπεται η κατασκευή του συνόλου των αναγκαίων εργασιών για την ολοκλήρωση τμήματος 14, 17 ΚΜ της Εγνατίας από Μέστη μέχρι Μάκρη, δηλαδή η διαπλάτυνση της αρτηρίας, η επιμήκυνση των υφισταμένων τεχνικών έργων και των οχετών, οι διαπλάτυνσεις της οδού σε «θέσεις ορυγμάτων, η αποκατάσταση της αστοχίας πρανούς επιχώματος και τοίχου αντιστήριξης στην παράπλευρη οδό προς Ατάρνη καθώς και τοπική παραλλαγή της ίδιας οδού. Δεν προβλέπεται η κατασκευή μεγάλων τεχνικών έργων, ούτε και η κατασκευή Ανισόπεδων Κόμβων. Ο υφιστάμενος Α/Κ Δικέλλων καταργείται και το υφιστάμενο τεχνικό έργο θα λειτουργεί ως Κάτω Διάβαση της Παλαιάς Εθνικής Οδού...»* Για το τμήμα παλαιάς Εθνικής Οδού Μέστη – Μάκρη *«προβλέπεται η κατασκευή του συνόλου των αναγκαίων εργασιών για τη βελτίωση της Παλαιάς Εθνικής Οδού Μέστη – Μάκρη σε μήκος 16 km περίπου από τα οποία 5 km αφορούν νέα χάραξη. Δηλαδή προβλέπεται η διαπλάτυνση της αρτηρίας, η επιμήκυνση των υφισταμένων τεχνικών έργων και των οχετών και η κατασκευή νέων οχετών στο τμήμα της νέας χάραξης».* Για τους χώρους στάθμευσης και αναψυχής (ΧΣΑ) *«προβλέπεται η διαμόρφωση και ασφαλοστρωση των χώρων στάθμευσης, η σύνδεσή*

τους με την Εγνατία Οδό, ο φωτισμός τους και η κατασκευή οικισμού με χώρους υγιεινής. Σημειώνεται επίσης ιδιαίτερα, ότι ο Ανάδοχος θα λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα και θα κάνει τις απαραίτητες εργασίες προκειμένου η υφιστάμενη Εγνατία Οδός να παραμείνει σε λειτουργία κατά την εκτέλεση των εργασιών διαπλάτυνσης και ολοκλήρωσής της. Ο Ανάδοχος υποχρεούται να εκπονήσει μελέτη διευθέτησης και εξασφάλισης της κυκλοφορίας για όλες τις φάσεις κατασκευής του έργου, η οποία θα εγκριθεί από την ΕΟΑΕ». Στην αναλυτική περιγραφή των εργασιών αναφέρεται ότι «ο αυτοκινητόδρομος ακολουθεί τον υφιστάμενο δρόμο και θα διαπλατυνθεί αριστερά, δεξιά ή και αμφίπλευρα.... Η παλαιά Εθνική Οδός ακολουθεί με μικρές βελτιώσεις την υφιστάμενη χάραξη στα δύο ακραία τμήματα από τη Μέστη μέχρι την Χ.Θ. 8+000 περίπου και από τον κόμβο των Δικέλλων ως τη Μάκρη. Το μεσαίο τμήμα Μήκους 5,6 km ακολουθεί νέα χάραξη που διέρχεται από λοφώδη και δασική περιοχή. Τα γήπεδα για τη διαμόρφωση των ΧΣΑ στα Αμάραντα Κομοτηνής βρίσκονται εκατέρωθεν της Εγνατίας Οδού στην περιοχή από Χ.Θ.10.000 έως 11+100 μετά τον ανατολικό Α/Κ Κομοτηνής προς τους Κήπους και τα αντίστοιχα στο Δωρικό Αλεξανδρούπολης στην περιοχή από 1+400 Έως 2+200 μετά τον Α/Κ ΒΙ.ΠΕ. Αλεξανδρούπολης προς τους Κήπους». Καθορίζεται αναλυτικά ο τρόπος σήμανσης του έργου, η προσωρινή διαγράμμιση για τις αναγκαίες εκτροπές της κυκλοφορίας και ο τρόπος και τα έργα σήμανσης κατά την εκτέλεση του έργου. Προτείνεται κατασκευαστική περίοδος 20 μηνών για την ολοκλήρωση του έργου. Προτείνεται κατά παρέκκλιση του άρθρου 15 παρ. 1 του ν. 1418/84, «λόγω της υψηλής οργάνωσης που απαιτείται να έχει ο ανάδοχος κατασκευής αυτοκινητοδρόμου και μάλιστα σε συνθήκες κυκλοφορίας της οδού» στο διαγωνισμό να γίνονται δεκτές «Μεμονωμένες Εργοληπτικές Επιχειρήσεις είτε εγγεγραμμένες στο ελληνικό μητρώο ΜΕΕΠ στην 6η τάξη για έργα οδοποιίας..... είτε προερχόμενες από κράτη μέλη των Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) όπου δεν τηρούνται επίσημοι κατάλογοι αναγνωρισμένων εργοληπτών, εφόσον έχουν εκτελέσει έργα αυτοκινητοδρόμων παρόμοια ποσοτικώς και ποιοτικώς με το δημοπρατούμενο.....» Τέλος σε σχέση με τα τεchnοοικονομικά προσόντα των υποψηφίων αναδόχων του έργου ορίζονται τα εξής: Χρηματοδοτική και οικονομική δυνατότητα: «Λαμβανομένων υπόψη του ύψους δαπάνης του έργου και της ανάγκης ο ανάδοχος να διαθέτει την ευχέρεια συνέχισης των εργασιών για ένα ορισμένο χρονικό διάστημα ανεξάρτητα από τη χρηματοδοτική ροή, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να διαθέτει (εν συνόλω σε περίπτωση κοινοπραξίας) δανειοληπτική ευχέρεια για την εκτέλεση του δημοπρατούμενου έργου ύψους τουλάχιστον 2,2 εκατομμυρίων € και σε περίπτωση κοινοπραξίας κάθε μέλος της τουλάχιστον 0,7 εκ €. Οι Τραπεζικές βεβαιώσεις θα εκδίδονται από τρεις το πολύ τράπεζες για κάθε εργοληπτική επιχείρηση. Να διαθέτει (εν συνόλω σε περίπτωση κοινοπραξίας) οικονομική δυνατότητα, αναφερόμενη στην καθαρή θέση της ύψους, τουλάχιστον 5,7 εκατομμυρίων € (καθαρή θέση κατά μέσο όρο των τελευταίων τριών ετών). Τεχνική ικανότητα:

Λαμβανομένων υπόψη, του μεγέθους, των συνθηκών κατασκευής και των υψηλών ποιοτικών απαιτήσεων του έργου σε συνδυασμό με το χρόνο ολοκλήρωσής του, που πρέπει να είναι μέσα στα χρονικά πλαίσια του Γ' ΚΠΣ, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει:

Να έχει εκτελέσει (εν συνόλω σε περίπτωση κοινοπραξίας), κατά την τελευταία πενταετία (1998-σήμερα), περαιωμένα έργα παρόμοια ποιοτικά και ποσοτικά με το δημοπρατούμενο, από την εκτέλεση των οποίων να προκύπτει η τεχνική ικανότητα της μεμονωμένης Ε.Ε. ή Κοινοπραξίας να εκτελέσει και το δημοπρατούμενο έργο. Ως παρόμοια έργα νοούνται η κατασκευή:

Βελτίωση και κατασκευή αυτοκινητοδρόμων μήκους τουλάχιστον 8χλμ. ή λοιπών οδών, οι οποίες ανάγονται σε αντίστοιχο μήκος ως εξής:

Εθνικές οδοί με συντελεστή αναγωγής 1/2 λοιπές κατηγορίες οδών με μόνιμο οδόστρωμα κυκλοφορίας με συντελεστή αναγωγής 1/3.

Να διαθέτει εν συνόλω το διαγωνιζόμενο σχήμα το τεχνικό προσωπικό που απαιτούνται για την εκτέλεση του δημοπρατούμενου έργου.

Από τα παραπάνω στοιχεία, αλλά και από το όλο περιεχόμενο της ως άνω εισήγησης, με βάση την οποία εκδόθηκε ακολούθως η σχετική διακήρυξη δημοπράτησης του έργου, δεν προκύπτει επαρκής τεκμηρίωση του λόγου που επέβαλε τον κατά παρέκκλιση από τις κείμενες διατάξεις αποκλεισμό από τη συμμετοχή στη δημοπρασία του έργου, των εργοληπτικών επιχειρήσεων 5ης τάξης. Ειδικότερα, τα παρατιθέμενα χαρακτηριστικά και οι συνθήκες κατασκευής του έργου δεν του προσδίδουν χαρακτήρα έργου ιδιαίτερα δυσχερούς και πολύπλοκου στην εκτέλεση του. Ούτε μπορεί να έχει τέτοιο χαρακτήρα από μόνο το γεγονός ότι η εκτέλεση του έπρεπε να λάβει χώρα υπό συνθήκες κυκλοφορίας της σχετικής οδού. Και τούτο γιατί, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, το σύνολο σχεδόν των έργων οδοποιίας εκτελούνται υπό συνθήκες κυκλοφορίας των αντιστοιχών οδών. Άλλωστε στις υποχρεώσεις κάθε υποψηφίου ανάδοχου ήταν να εκπονήσει μελέτη διευθέτησης και εξασφάλισης της κυκλοφορίας της οδού για όλες τις φάσεις εκτέλεσης του έργου την οποία θα ενέκρινε η καταγγελλόμενη εταιρία. Ούτε περαιτέρω είχε μεγάλη σημασία για την ιδιαιτερότητα του έργου, ο περιγραφόμενος τρόπος χρηματοδότησης αυτού. Τέλος τη μη ιδιαιτερότητα στην εκτέλεση του εν λόγω έργου ενισχύει το γεγονός ότι για τη δημοπράτηση του προτιμήθηκε η ανοικτή δημοπρασία και όχι η δημοπρασία με προεπιλογή. Ενόψει αυτών το συμπέρασμα της άνω τεχνικής εισήγησης ότι η «κατασκευή αυτοκινητοδρόμου και μάλιστα σε συνθήκες κυκλοφορίας της οδού απαιτεί ανάδοχο υψηλής οργάνωσης» και ότι «το ύψος της δαπάνης, το μέγεθος και οι συνθήκες κατασκευής του έργου, απαιτούν αναδόχους που διαθέτουν τεχνοοικονομικά προσόντα, ώστε να εξασφαλιστεί η έντεχνη και έγκαιρη ολοκλήρωσή του», με βάση το οποίο αποκλείστηκαν από τη συμμετοχή στη δημοπρασία του άνω έργου οι εργοληπτικές επιχειρήσεις 5ης τάξης δεν επιβεβαιώνεται ως βάσιμο. Και τούτο γιατί, πρώτον, δεν παρέχεται εξήγηση γιατί οι εν λόγω εργοληπτικές επιχειρήσεις δεν μπορούν να χαρακτηρισθούν «υψηλής οργάνωσης», για το συγκεκριμένο έργο, όταν ο νόμος τις θεωρεί ικανές να τις εκτελέσουν. Και δεύτερον γιατί τέθηκε προκαταβολικά ως δεδομένο, ότι αυτές δεν διαθέτουν τεχνοοικονομικά προσόντα ώστε να εξασφαλιστεί η έντεχνη και η έγκαιρη ολοκλήρωση του έργου, όταν αυτό

ήταν ζητούμενο για την επιλογή του αναδόχου και όχι για τη συμμετοχή του στη δημοπρασία. Τέλος τον άνω αποκλεισμό δεν δικαιολογεί ούτε το εξυπακουόμενο ενδιαφέρον της καταγγελλόμενης για εξυπηρέτηση των εμπορικών συμφερόντων της, ούτε η ανάγκη εκπλήρωσης της ιδιαίτερης αποστολής της, ως επιφορτισμένης με τη διαχείριση γενικού οικονομικού συμφέροντος (86 παρ.2 ΣυνθΕΚ).

Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω ο δια της άνω Διακήρυξης αποκλεισμός των εργοληπτικών επιχειρήσεων της 5ης τάξης του Μ.Ε.ΕΠ. από τη συμμετοχή στη δημοπράτηση του συγκεκριμένου έργου, αποτελεί συμπεριφορά η οποία παραβιάζει τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. γ του ν.703/77. Συγκεκριμένα η καταγγελλόμενη εταιρία δια του άνω αποκλεισμού, καταχρώμενη τη διαπιστωθείσα δεσπόζουσα θέση της στην αγορά ανάθεσης δημοσίων έργων, ενήργησε με διάκριση υπέρ των εργοληπτικών επιχειρήσεων 6ης τάξης και σε βάρος εκείνων της 5ης τάξης, παρά το ισοδύναμο των παροχών αυτών, στερώντας από τις τελευταίες τη παροχή της σχετικής συναλλακτικής ευκαιρίας και περιάγοντας αυτές σε μειονεκτική θέση στο σχετικό ανταγωνισμό.

Επομένως, διαπιστούμενης της ως άνω παράβασης πρέπει, κατ' άρθρο 9 του ν.703/77 ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, α) να επιβληθεί στην καταγγελλόμενη εταιρία για την εν λόγω παράβαση πρόστιμο, το οποίο, ενόψει του ότι δεν προέκυψε προηγούμενη του ίδιου περιεχομένου παραβατική συμπεριφορά αυτής, πρέπει να ανέλθει στο ύψος που προσδιορίζεται στο διατακτικό, β) να απευθυνθεί σύσταση στην καταγγελλόμενη για αποφυγή επανάληψης της ίδιας ή ανάλογης παράβασης στο μέλλον και γ) ν' απειληθεί σε βάρος της το καθοριζόμενο στο διατακτικό πρόστιμο για κάθε επανάληψη της ίδιας ή ανάλογης παράβασης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

1. Διαπιστώνει ότι η εταιρία με την επωνυμία ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ ΑΕ, με την από Δεκέμβριος 2004 Διακήρυξη ανοιχτής δημοπρασίας/διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Εγνατία οδός»: Βελτίωση και διαπλάτυνση τμήματος Μέστη - Μάκρη και βελτίωσης του τμήματος της Εθνικής οδού Μέστη - Μάκρη (15.4), προϋπολογισμού δημοπράτησης 21.000.000.000,00 € και ειδικότερα το άρθρο 21 αυτής με τον οποίο αποκλείσθηκαν από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι εργοληπτικές επιχειρήσεις για έργα οδοποιίας, οι εγγεγραμμένες στο ελληνικό μητρώο Μ.Ε.ΕΠ. στην 5η τάξη, παραβίασε τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. γ του ν.703/77.
2. Επιβάλλει στην άνω εταιρία για την διαπραχθείσα παράβαση πρόστιμο πενήντα χιλιάδων (50.000,00) ευρώ.
3. Καλεί την ως άνω εταιρία να παραλείπει την ίδια ή ανάλογη συμπεριφορά στο μέλλον.
4. Απειλεί σε βάρος αυτής πρόστιμο εκατό χιλιάδων (100.000,00) ευρώ για κάθε επανάληψη της ως άνω παράβασης.

Η απόφαση εκδόθηκε την **30^η Απριλίου 2010**.

Η απόφαση να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 6 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 1890/29.12.2006).

Ο Προεδρεύων

Ο Συντάκτης της Απόφασης

Νικόλαος Τραυλός

Ανδρέας Μαρκάκης

Η Γραμματέας

Παρασκευή Ζαχαριά