

TI_GERICHTE 52.2012.4 vom 7. Mai 2012

TI Tribunale d'appello, 2012-05-07, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2012.4

FR: TI_GERICHTE 52.2012.4 du 7 mai 2012

IT: TI_GERICHTE 52.2012.4 del 7 maggio 2012

Regeste

Accesso agli atti. Concorrente copia parti del rapporto analitico che i ricorrenti avevano presentato nel contesto del primo concorso, integrandole nella propria relazione - diritti d'autore - plagio. L'abuso va sanzionato con l'esclusione dell'offerta siccome viziata da un difetto inemendabile

Erwägungen

E. 12

luglio 2006). 2.2. In concreto, nella decisione 19 dicembre 2011 notificata a RI 1 il municipio di CO 7 ha giustificato l'aggiudicazione della commessa a CO 1 richiamandosi alla "graduatoria di delibera scaturita dalla ponderazione dei criteri di aggiudicazione stabiliti secondo il bando di concorso" ed al punteggio complessivo conseguito dai due concorrenti. Queste indicazioni, unitamente alla compulsazione degli atti concorsuali, hanno permesso ai ricorrenti di capire alla perfezione i motivi e la portata della decisione censurata. Lo prova il fatto che la stessa è stata impugnata compiutamente innanzi al Tribunale cantonale amministrativo con il gravame che ci occupa. In simili evenienze gli insorgenti non possono dolersi con successo di una violazione del diritto di essere sentiti o di altre disattenzioni che consentano di accogliere la censura in tal senso sollevata nel loro ricorso. D'altro canto, nella memoria di risposta la stazione appaltante ha spiegato ulteriormente la propria posizione, confutando ogni argomentazione dei ricorrenti. Preso atto di tali delucidazioni, in replica gli insorgenti hanno ulteriormente contestato, in modo congruo e completo, la motivazione addotta dalla committenza. Ne consegue che in casu non si concretizza alcuna offesa ai diritti di difesa di RI 1 atta a giustificare l'annullamento in ordine della decisione 19 dicembre 2011. Ogni eventuale lesione del suo diritto di essere sentito è stata comunque e ampiamente sanata in questa sede. 3. 3.1. La facoltà di consultare gli atti discende dal diritto di essere sentito sancito dall'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101). A livello cantonale, tale garanzia è ancorata all'art. 20 LPamm, ai sensi del quale chi è parte in un procedimento amministrativo ha diritto di esaminare gli atti (cpv. 1). Tale diritto, soggiunge il disposto (cpv. 2), può essere eccezionalmente negato a protezione di legittimi interessi pubblici o privati o di una istruttoria in corso. Il rifiuto deve essere motivato e annotato negli atti (cpv. 3). Il contenuto essenziale di un documento di cui viene rifiutato l'esame, deve tuttavia essere comunicato qualora ciò sia possibile senza violazione dell'interesse protetto (cpv. 4). Se la comunicazione è fatta verbalmente, conclude la norma (cpv. 5), deve esserne eseguita menzione a verbale. Nell'ambito dei procedimenti di aggiudicazione di commesse pubbliche, il diritto di esaminare gli atti assicurato dall'art. 20 LPamm è limitato dall'obbligo dell'autorità di trattare in modo confidenziale le informazioni prescritto dall'art. 11 lett. g CIAP, rispettivamente dall'art. 5 lett. g LCPubb. Situazioni

conflittuali tra il diritto di esaminare gli atti ed il diritto dei concorrenti ad un trattamento confidenziale delle informazioni fornite all'autorità vanno risolte in base alla ponderazione degli interessi contrapposti (STA 52.2010.397 del 25 novembre 2010 consid. 2.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, vol. I, Zurigo 2007, n. 765 seg.), fermo restando che una certa discrezionalità si giustifica unicamente in presenza di documenti riguardanti segreti commerciali o di fabbricazione (in tal senso vedi l'art. 44 cpv. 1 RLCPubb/CIAP) . In ogni modo, la tutela della natura confidenziale dei dati comunicati dagli offerenti non deve andare a detrimento del principio della trasparenza (art. 1 cpv. 3 lett. c CIAP) od ostacolare, senza valide ragioni, l'esercizio del diritto di ricorso (STA 52.2010.75 del 22 aprile 2010).

3.2. In concreto, nulla si opponeva al fatto che CO 1 - fruendo del diritto di esaminare gli atti ancorato all'art. 20 cpv. 1 LPamm - visionasse integralmente le offerte degli altri concorrenti nell'ambito della procedura ricorsuale incoata contro l'aggiudicazione del 3 dicembre 2010. Nessuna offerta conteneva infatti segreti commerciali inviolabili e d'altronde alcun concorrente si è formalmente opposto alla consultazione dei propri documenti, avvertendo che essi comprendevano elementi strettamente riservati da mantenere tali (cfr. Jean-Baptiste Zufferey , Accès au dossier, BR 1/2011 pag. 100 segg.).

3.3. Sta di fatto che il 4 gennaio 2011 l'arch. _____, titolare dell'ufficio capofila del Consorzio CO 1, ha compulsato tutti i documenti concernenti il concorso prodotti dal committente (vedi memoria di replica nell'incarto 52.2010.487 di questo Tribunale). Secondo i ricorrenti, CO 1 ha approfittato di questa ispezione per copiare il rapporto analitico di RI 1, relazione che aveva permesso ai loro autori di ottenere la nota migliore in tutti e tre i sottocriteri facenti capo all' analisi del mandato . Sempre a mente degli insorgenti, in occasione della seconda gara, il consorzio avversario ha poi integrato nella "sua" analisi diverse idee di forma e di contenuto scovate nella documentazione dell'aggiudicatario, riuscendo ad ottenere una nota di gran lunga superiore (5.335) a quella conseguita nella gara antecedente (4.33, comprensiva di uno scarso 3.63 nel sottocriterio 1 analisi del progetto e individuazione delle problematiche). L'accusa, assai grave, trova riscontri precisi ed attendibili nelle tavole processuali. Raffrontando i tre documenti di cui trattasi (lo studio 25 maggio 2010 di RI 1, così come le analisi presentate da CO 1 nel primo e nel secondo concorso) emerge infatti con la forza dell'evidenza che nel rapporto analitico 8 luglio 2011 di CO 1 sono contenuti elementi strutturali e concettuali mutuati dal lavoro datato 25 maggio 2010 di RI 1. Dal profilo formale, il primo ricalca la stessa impostazione del secondo. Il plagio risulta particolarmente manifesto nel capitolo dedicato all' analisi del progetto e individuazione delle problematiche , segnatamente laddove CO 1 ha ripreso la stessa metodica d'analisi settoriale escogitata da RI 1 e soprattutto la stessa griglia d'analisi delle fasi di progettazione/rischi e soluzioni approntata dai ricorrenti. Invano su questo punto il resistente sostiene di aver semplicemente adottato la grata di valutazione utilizzata dal committente in occasione della prima gara. Lo schema di cui al punto 1.3. non esiste nella tabella di valutazione della stazione appaltante ed è identico a quello esposto a pag. 9-10 del primo rapporto analitico di RI 1. Ma non è tutto. Come evidenziano con pertinenza i ricorrenti grazie ai doc. G e H prodotti in duplice, la scopiazzatura si è estesa anche a diversi aspetti materiali della relazione, in particolare a numerose considerazioni d'ordine urbanistico e architettonico degli insorgenti che attualmente si ritrovano esposte ai punti 1.2.1., 1.2.2., 2.2. e 3.1. del rapporto di CO 1, in precedenza privo di tali notazioni. Quest'operazione di saccheggio intellettuale ha permesso a CO 1 di migliorare notevolmente la propria analisi del mandato , ove solo si considerino le note seguenti,

superiori a quelle conseguite nel primo concorso: · 5 (in luogo di 4) in analisi del mandato sub D1, · 5 (in luogo di 4) in analisi settoriali sub D1, · 6 (in luogo di 3) in analisi fasi progettazione sub D1, · 6 (in luogo di 3.50) in analisi rischi/soluzioni sub D1, · 5.50 (in luogo di 4) in analisi del progetto, per ogni edificio, dal punto di vista funzionale sub D2. Per finire, nella seconda gara CO 1 ha ottenuto 5.34 punti nel criterio 3 relativo all'analisi del mandato, mentre nella prima ne aveva conquistati solo 4.33. Una volta ponderata al 20% come previsto dalle regole di gara, quest'ultima nota avrebbe comunque permesso al consorzio resistente di capeggiare la graduatoria. Le modifiche apportate al rapporto analitico non sono state quindi decisive per l'esito della contesa, determinato dagli altri criteri di aggiudicazione, in particolare da quelli di natura prettamente economica. Resta comunque la circostanza, incontrovertibile, che approfittando del diritto di consultare gli atti CO 1 ha copiato parti del rapporto analitico che i concorrenti avevano presentato nel contesto del primo concorso, integrandole nella propria relazione dell'8 luglio 2011. Il plagio non può tuttavia essere tollerato. L'abuso va sanzionato con l'esclusione dell'offerta siccome viziata da un difetto inemendabile. Al riguardo, va anzitutto considerato che l'analisi del mandato effettuata dai concorrenti costituisce un'opera protetta dal diritto d'autore giusta l'art. 2 della legge federale sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini del 9 ottobre 1992 (Legge sul diritto d'autore; LDA; RS 231.1). Si tratta in effetti di una creazione dell'ingegno in senso lato, che presenta un carattere originale (art. 2 cpv. 1 LDA), segnatamente un contenuto scientifico e tecnico (art. 2 cpv. 2 lett. d LDA; Peter Galli/André Moser/Elisa-beth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2. ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2007, n. 768; Martin Beyeler, *Oeffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schaden-ersatz*, Zurigo 2004, n. 832). Il concorrente che, come CO 1, riprende ed utilizza senza autorizzazione gli elementi costitutivi, formali e sostanziali, dell'analisi del mandato effettuata da un altro professionista allo scopo di allestire il suo rapporto viola dunque il diritto d'autore (art. 67 lett. d LDA). Ferma questa prima premessa, va in seguito rilevato che il concorrente che al fine di procurarsi un indebito vantaggio allega il frutto del plagio all'offerta inoltrata in un pubblico concorso, spacciandolo come opera sua, commette anche un atto di concorrenza sleale. Giusta l'art. 5 lett. a della legge federale contro la concorrenza sleale del 19 dicembre 1986 (LCSI; RS 241), agisce infatti in modo sleale chiunque sfrutta, senza esserne autorizzato, il risultato affidatogli di un lavoro, per esempio offerte, calcoli o piani. Ipotesi, questa, che si concretizza nel caso in esame, ove l'analisi del mandato effettuata da RI 1 nel precedente concorso è stata messa a disposizione del consorzio qui resistente da parte di questo Tribunale soltanto per le esigenze di difesa di quest'ultimo nel procedimento di ricorso che aveva promosso e non di certo affinché potesse sfruttarla a proprio vantaggio nell'ambito di un'eventuale nuova procedura di concorso. Sfruttando, senza esserne autorizzato, il documento affidatogli per agire in giudizio, CO 1 ha violato l'art. 5 lett. a LCSI (Beyeler, op. cit., n. 836). Al riguardo, non occorre nemmeno stabilire se l'agire del consorzio resistente perfezioni anche gli estremi dell'art. 2 LCSI, che considera sleale e illecito qualsiasi comportamento o pratica d'affari ingannevole, o altrimenti lesivo delle norme della buona fede, che influisce sui rapporti tra concorrenti o tra fornitori e clienti (DTF 136 III 232 seg., consid. 7.2; Lucas David/Reto Jacobs, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 4. ed., Berna 2005, n. 70 pag. 22). Accertato che il comportamento del consorzio resistente perfeziona un atto di concorrenza sleale, va infine ricordato che l'art. 1 cpv. 3 lett. a CIAP inserisce al primo posto degli obbiettivi particolari perseguiti da tale ordinamento, quello di promuovere un'efficace concorrenza tra gli offerenti. Obbiettivo, questo, che elevato a principio da osservare

nell'ambito dell'aggiudicazione (art. 11 lett. b CIAP), rende del tutto inammissibile qualsiasi atto di concorrenza sleale da parte degli offerenti. Se è sleale, la concorrenza non può essere efficace. Considerato che il committente non è tenuto a rispettare soltanto le prescrizioni concretamente applicabili della legislazione sulle commesse pubbliche, ma deve attenersi anche al resto dell'ordinamento giuridico, al quale appartengono fra l'altro le disposizioni sulla proprietà intellettuale (Galli/ Moser/ Lang/ Clerc , op. cit., n. 766), offerte lesive della LDA, che costituiscono nel contempo atti di concorrenza sleale, vanno di conseguenza escluse dalla procedura di aggiudicazione. La sorte che spetta ad una simile offerta non può essere diversa da quella riservata alle offerte sottocosto che violano la LCSi (Galli/Moser/Lang/Clerc, op. cit., n. 322 seg.) o che risultano da intese contrarie alla legge federale sui cartelli del 6 ottobre 1995 (LCart; RS 251; Galli/ Moser/Lang/Clerc, op. cit., n. 724 seg.). 3.4. Alla medesima conclusione si perviene anche se si considera che un'analisi del mandato copiata indebitamente da terzi per finire non dimostra che il concorrente abbia effettivamente studiato il compito, individuato i problemi e concepito le misure da adottare per risolverli. Trattandosi di un'opera ripresa da terzi, non v'è alcuna garanzia che sia stata assimilata da chi la spaccia come il frutto del suo ingegno. Ne discende che il rapporto analitico prodotto da CO 1 può anche essere considerato mancante o comunque carente al punto da giustificare l'estro-missione dell'offerta (cfr. prescrizione 7.1.3 delle condizioni di gara). 4. Ne segue che il ricorso va parzialmente accolto, annullando la controversa delibera, con contestuale rinvio degli atti al committente affinché renda una nuova decisione dopo aver estromesso dalla gara il Consorzio CO 1. Contrariamente a quanto richiesto dagli insorgenti, non v'è invece alcuna ragione per annullare l'intero procedimento concorsuale. 5. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda volta a concedere effetto sospensivo all'impugnativa. 6. La tassa di giustizia, commisurata al lavoro occasionato dal gravame ed ai valori in discussione, è suddivisa fra i componenti secondo il rispettivo grado di soccombenza (art. 28 LPamm). Il successo solo parziale dell'impugnativa impone comunque il riconoscimento di congrue ripetibili ai ricorrenti, da porsi a carico del Consorzio CO 1 e del comune di CO 7 (art. 31 LPamm). Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è parzialmente accolto. §. Di conseguenza: 1.1. la decisione 19 dicembre 2011 del municipio di CO 7, che ha deliberato al Consorzio CO 1 le prestazioni interdisciplinari di progettazione relative alla realizzazione del nuovo centro MEP, è annullata; 1.2. gli atti sono rinviati al committente per nuova decisione. 2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico del Consorzio CO 1 nella misura di fr. 2'000.-. La differenza è suddivisa in parti uguali tra il committente ed il Consorzio RI 1. 3. Le ripetibili dovute ai ricorrenti sono ripartite come segue: - fr. 1'500.- a carico del Consorzio CO 1; - fr. 1'500.- a carico del comune di CO 7. 4. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110), nei limiti ed alle condizioni enunciate all'art. 83 lett. f LTF. 5. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo
Il presidente
La segretaria