



**Prot. n. 26 del 05.02.2024**

**AVVISO DI SELEZIONE PUBBLICA PER LA SELEZIONE DEL DIRETTORE GENERALE  
DELLA FONDAZIONE MIdA**

\*\*\*\*\*

**PROVVEDIMENTO DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO**

**DI**

**PRESA D'ATTO / COMUNICAZIONE E PUBBLICAZIONE DI PROVVEDIMENTO DEL CDA DELLA FONDAZIONE MIdA DI CUI AL VERBALE N. 14 DEL 12.12.2023 CON IL QUALE E' STATO DELIBERATO L'ANNULLAMENTO IN VIA DI AUTOTUTELA DELL'AVVISO PUBBLICO PER LA SELEZIONE DEL DIRETTORE GENERALE.**

\*\*\*\*\*

PREMESSO

A) Che la Fondazione MIdA (di seguito, solo "La Fondazione") – dopo relativa approvazione da parte del CDA - ha pubblicato sul sito web istituzionale e sul BURC per giorni 30, Avviso di Manifestazione di interesse per la selezione del Direttore Generale, con scadenza al 21.09.2023;

B) Che, successivamente alla scadenza dei termini di adesione alla predetta manifestazione, ma prima della nomina della Commissione Tecnica, in forza di taluni dubbi circa la completa legittimità dell'Avviso di cui innanzi, il CDA della Fondazione ha chiesto un parere al proprio consulente legale in ordine alla sussistenza o meno dell'assoluta legittimità dell'Avviso in parola, ovvero se lo stesso fosse viziato da profili di illegittimità;

C) Che con parere del 29 Novembre 2023, acquisito al protocollo della Fondazione, il legale consultato ha formulato il seguente parere che si riporta, per esteso *“Va preliminarmente sottolineato che in via generale gli organismi privati in controllo pubblico, tipologia cui notoriamente appartiene la Fondazione MIdA, in forza delle norme statutarie e delle modalità di nomina e funzionamento della “Governance”, possono legittimamente utilizzare – al pari di qualsiasi Pubblica Amministrazione - l'istituto dell'annullamento in via di autotutela per il ripristino della legalità violata.*



*Quanto precede, subordinatamente alla ricorrenza di due presupposti:*

*1) Allorquando gli atti amministrativi che si intendono annullare in via di autotutela siano stati adottati “**contra jus**” e **quindi in violazione di norme di legge** (primarie/ secondarie e/o regolamentari, ovvero in presenza di figure sintomatiche di eccesso di potere e/o in carenza di potere o di competenza;*

*2) Allorquando il provvedimento in autotutela miri anche **a tutelare un interesse pubblico, o non sia contrario all’interesse pubblico.***

*Ciò posto, dallo scrutinio rigoroso dell’Avviso/Bando in oggetto è dato rilevare quanto segue:*

*1) Sulla natura giuridica del contratto previsto dall’Avviso per il Direttore Generale e la determinazione del relativo **compenso** ancorchè trattasi di servizio d’opera di natura professionale, ex art. 2229 c.c., in forza dell’esclusiva lavorativa richiesta, lo stesso, pur senza determinare vincoli di subordinazione, proprio in quanto contratto d’opera professionale, è comunque assimilabile, per tipologia di impegno e per espletamento delle funzioni, ad un contratto di lavoro, ed è pertanto escluso dall’applicazione del D.lgs 36/2023 (nuovo Codice dei Contratti Pubblici) ai sensi dell’art. 56 comma 1 lettera m) del succitato D.lgs. Tale aspetto determina tre conseguenze di cui non si è tenuto conto nell’Avviso Pubblico oggetto del presente parere : **1) La necessità di un tempo pieno, invero non contemplato dall’Avviso, che si limita, viceversa, a prevedere la sola esclusiva dell’incarico; 2) La conseguente necessità di regolamentare il predetto tempo pieno con obblighi di presenza presso la sede della Fondazione da predeterminarsi – evidentemente - in sede di Avviso, che viceversa, ne è carente, essendosi limitato lo stesso a far menzione di “oneri di presenza” presso gli Uffici della Fondazione e/o presso le altre sedi appartenenti al MIDA secondo le indicazioni di dettaglio del CDA e del Presidente, se necessarie. Tanto, con conseguente carenze di certezze in ordine al concreto espletamento delle funzioni del Direttore Generale, che richiedono “fisiologicamente” la maggiore presenza fisica possibile del medesimo presso la sede della Fondazione. Tanto, altresì, secondo adeguata predeterminazione che il CDA, con l’approvazione del Bando, avrebbe dovuto prevedere, che invece manca. E tanto, anche alla luce del parametro di riferimento di cui al punto 3 che segue; 3) Anche per effetto della predeterminazione di un range orario lavorativo, e viste comunque le funzioni dirigenziali “proprie” di un direttore generale, la retribuzione annua lorda va commisurata a quella prevista dal contratto collettivo dei Dirigenti Area Industria, ovvero, conformemente a bandi simili, entro i limiti del compenso spettante ai dirigenti preposti alle Unità Operative Dirigenziali della Regione Campania (trattamento tabellare + 75% dell’indennità di posizione). Viceversa, il compenso previsto nell’Avviso in parola è stato quantificato in ragione del contenimento della relativa spesa nell’ambito dell’“affidamento diretto” come da codice appalti, che, come visto, in realtà non può trovare applicazione per i motivi sub 1, e che, vieppiù, determina un ulteriore “vulnus” dell’Avviso : **la violazione dell’equo compenso di cui alla recente legge 49/2023**, che nel caso di specie riposa nel predetto parametro di cui innanzi (Retribuzione dovuta ai Dirigenti Area Industria) con conseguente possibilità che, al termine dell’incarico, la Fondazione possa essere chiamata in giudizio per mancato rispetto del predetto equo compenso. Pertanto, sotto i profili in esame, l’Avviso/Bando in argomento determina una falsa applicazione dell’art. 50 comma 1 lettera b) del D.lgs 36/2023 e viola il combinato disposto art. 2229 c.c. / legge 49/2023 sull’equo compenso.***



**2) Sui titoli previsti per la partecipazione all'Avviso lo Statuto all'art. 12 comma 1 prevede che il Direttore Generale ha la direzione culturale e tecnico/amministrativa della Fondazione; il successivo comma 2 lettera b) della norma statutaria sopra citata prevede che il Direttore predisponesse il programma culturale, scientifico, didattico e finanziario da sottoporre al Consiglio di Amministrazione. Ebbene, a fronte delle funzioni che precedono, l'Avviso in argomento non ha previsto, tra i titoli di ammissione, diplomi di laurea in materia scientifica e culturale/didattica (tutti di interesse "propri" della Fondazione, con particolare riferimento al campo archeologico, o comunque di studio del sottosuolo, ed ai beni culturali) essendosi limitato a prevedere solo Laurea Magistrale/Quinquennale in Economia /Giurisprudenza/ ed equipollenti Ingegneria ed equipollenti/ oppure Laurea Triennale con successivo master in gestione del personale, in una delle seguenti discipline: Scienze Economiche; Scienze dell'Economia e della Gestione Aziendale; Ingegneria Gestionale, con ciò restringendo la platea dei partecipanti ai soli ai titolari delle lauree innanzi menzionate. **Dunque, la materia scientifica, culturale e didattica - riferibile alla gestione della funzione principale della Fondazione, che ai sensi dell'art. 3 dello Statuto è quella di adoperarsi per la creazione di un sistema attrattivo sinergico che "...fa perno sulle risorse ambientali locali e sui beni culturali ...". nonché di gestire "secondo i principi dell'efficacia dell'efficienza e della trasparenza i compendi dei beni e degli edifici che compongono il proprio patrimonio, ovvero ad essa affidati o conferiti in uso", con gestione e valorizzazione, secondo modalità che ne consentano la migliore conservazione e fruizione, le grotte dell'Angelo"- è rimasta totalmente esclusa dai titoli di ammissione. Da ciò la violazione dell'Avviso in parola anche della normativa statutaria di cui al combinato disposto art. 12 comm1 e 2 / art. 3 commi 2 e 3****

In virtù di tutto quanto precede, si ritiene che ad un esame approfondito, capillare e di dettaglio, dell'Avviso Pubblico in oggetto, lo stesso – ancorchè edificato nel rispetto dei principi di trasparenza, efficacia efficienza ed imparzialità – presenti le violazioni di legge primarie e regolamentari che precedono, invero di non agevole intellegibilità, ma comunque esistenti, a voler esercitare il rigoroso scrutinio innanzi declinato, con conseguente possibilità di procedere all'annullamento in autotutela anche successivamente all'avvio della procedura ed alla ricezione delle domande. Invero è jus receptum per espressa previsione di legge (articolo 21 nonies della legge 241/1990, introdotto dalla legge 124/2015) che gli atti un'autotutela possano essere adottati entro il termine di 18 mesi dalla loro adozione. Posto che l'Avviso in oggetto è stato pubblicato nel mese di agosto 2023, non vi è dubbio che anche sotto tale profilo si possa procedere nei sensi dell'annullamento in autotutela. Ultima considerazione sull'interesse pubblico: un eventuale provvedimento di annullamento dell'Avviso in oggetto sarebbe conforme all'interesse pubblico, sia dal punto di vista del possibile ampliamento della platea dei concorrenti, sia dal punto di vista della razionalizzazione degli orari di presenza del D.G. presso la sede aziendale, con conseguente miglioramento della gestione della cosa pubblica, sia della inibitoria circa un eventuale contenzioso per violazione dell'equo compenso in ipotesi di permanenza dell'Avviso".

D) Che il CDA della Fondazione, nella seduta del 12.12.2023, con verbale n. 14, acquisito, esaminato e fatto proprio il succitato e riportato parere legale, ha deliberato l'annullamento dell'Avviso di Selezione in oggetto, per i motivi indicati nel predetto parere, espressamente richiamati "ob relationem", dando mandato allo scrivente Responsabile del Procedimento di dare corso agli atti ed adempimenti conseguenti.



Tanto Premesso, lo scrivente Responsabile del Procedimento con il presente documento prende atto del succitato provvedimento di annullamento dell'Avviso di Selezione per la nomina del Direttore Generale della Fondazione MIDA per i motivi di cui al parere legale che precede, fatti propri dal CDA " ob relationem " ed esplicitati nel presente provvedimento di presa "d'atto, pubblicazione e comunicazione".

Pertanto, alla luce delle competenze proprie del Responsabile del Procedimento, la scrivente nella qualità - dando atto della sussistenza dei motivi di diritto per addivenire all'annullamento dell'Avviso di Selezione Pubblica di cui innanzi per violazione e falsa applicazione dell'art. 50 comma 1 lettera b) del Dlgs 36/2023, in combinato disposto con l'art. 56 comma 1 lettera m) del medesimo Dlgs, nonché per violazione dell'equo compenso di cui alla legge 49/2023, nonché per violazione delle norme statutarie di cui all' art. 12 comm1 e 2 / art. 3 commi 2 e 3 dello Statuto della Fondazione, e dando altresì atto della sussistenza dell'interesse pubblico all'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela in oggetto per i motivi di cui al succitato parere (ampliamento della platea dei concorrenti; razionalizzazione degli orari di presenza del D.G. presso la sede aziendale, con conseguente miglioramento della gestione della cosa pubblica, recte in controllo pubblico; inibitoria di eventuale contenzioso per violazione della legge sull'equo compenso) e vista l'applicabilità dell'art. articolo 21 nonies della legge 241/1990, introdotto dalla legge 124/2015 , secondo il quale gli atti in autotutela possono essere adottati entro il termine di 18 mesi dalla loro adozione - provvede : 1)alla presa d'atto di tutto precede; 2) alla pubblicazione del presente provvedimento, esplicativo e conclusivo del procedimento di annullamento in autotutela dell'Avviso di Selezione Pubblica per la Selezione del Direttore MIDA sul sito Web aziendale - Amministrazione Trasparente alla Sezione Bandi di Concorso; 3)alla declaratoria di inefficacia degli atti infraprocedimentali intervenuti ( verbale di attestazione delle adesioni); 4) Alla comunicazione del presente provvedimento nei confronti dei partecipanti all'Avviso Pubblico di Selezione di cui all'oggetto.

Pertosa, 5 Febbraio 2024

Il Responsabile del Procedimento  
Antonietta Cafaro