

REPUBBLICA ITALIANA

la Corte dei conti

Sezione Centrale del controllo di legittimità

sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato

formata dai Magistrati:

Pietro DE FRANCISCIS, Presidente;

Claudio IAFOLLA, Presidente di Sez. in soprannumero;

componenti: Giovanni DATTOLA, Carlo CHIAPPINELLI, Simonetta ROSA, Alberto GIACOMINI, Cristina ZUCCHERETTI, Maria Elena RASO, Paolo CREA, Paola COSA, Luigi CASO (relatore), Riccardo VENTRE, Oriana CALABRESI, Francesco TARGIA, Giuseppe Maria MEZZAPESA, Diana CALACIURA TRAINA.

nell'adunanza del 27 novembre 2012

VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTO il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214;

VISTA la legge 21 marzo 1953, n.161 concernente modificazioni al predetto Testo Unico;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive modifiche ed integrazioni;

VISTI in particolare l'art. 3 della legge 14 gennaio 1994 n. 20 e l'art. 2 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639;

VISTA la legge 24 novembre 2000, n. 340 ed in particolare l'art.

27;

VISTO il *“Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei Conti”*, approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000, modificato ed integrato, da ultimo, con provvedimento del Consiglio di Presidenza in data 24 giugno 2011 (in G.U. del 7 luglio 2011);

VISTO il contratto di collaborazione coordinata e continuativa stipulato dall'Università di Sassari con la signora Olena MAKUTRA in data 27 settembre 2012;

VISTO il foglio di rilievo (prot. Corte dei conti n. 35228 del 18 ottobre 2012), con il quale l'Ufficio controllo sugli atti del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali ha mosso osservazioni sul predetto decreto;

VISTO il foglio di risposta del citato Ateneo (prot. Corte dei conti 36425 del 5 novembre 2012);

VISTA la relazione del Magistrato istruttore, che, non ritenendo esaustive le argomentazioni svolte dall'Amministrazione, ha proposto di deferire la questione alla Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato;

VISTA la richiesta di deferimento del Consigliere Delegato al controllo atti del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, depositata in atti (prot. Corte dei conti n. 37781 del 19 novembre 2012);

VISTA l'ordinanza Presidenziale, in data 20 novembre 2012, di convocazione per il giorno 27 novembre 2012 del Collegio della Sezione

per l'esame della questione proposta;

VISTA la nota della Segreteria della stessa Sezione (prot. Corte dei conti n. 37912 del 20 novembre 2012), con la quale la predetta ordinanza di convocazione è stata inoltrata all'Università di Sassari;

VISTA l'ulteriore memoria depositata dalla medesima Università (prot. Corte dei conti n. 38382 del 26 novembre 2012);

UDITO il relatore, Cons. Luigi CASO, e la rappresentante dell'Università, dott.ssa Sonia CAFFÙ;

con l'assistenza della dott.ssa Valeria MANNO in qualità di Segretario verbalizzante.

Ritenuto in

F A T T O

1. Con il contratto in oggetto, portato all'esame dell'Ufficio di controllo sugli atti del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali in data 8 ottobre 2012, l'Ufficio gestione del personale tecnico-amministrativo dell'Università degli studi di Sassari ha stipulato con la sig.ra Olena MAKUTRA, cittadina ucraina, un contratto di collaborazione coordinata e continuativa avente ad oggetto l'attività di supporto presso l'Area bilancio e politiche finanziarie dell'Ateneo.

Il contratto ha durata pari a diciotto mesi ed è previsto un compenso lordo pari a €.28.000,00.

2. Con foglio di osservazioni in data 18 ottobre 2012, il citato Ufficio di controllo ha rilevato che, nonostante l'art. 2 del bando di concorso indetto dall'Università di Sassari in data 10 agosto 2012,

finalizzato a selezionare il personale esterno con il quale stipulare il contratto *de quo*, richiedesse il possesso da parte dei candidati della cittadinanza italiana o di altro Paese dell'Unione europea, la signora Olena MAKUTRA risultava priva del predetto requisito, essendo in possesso del solo permesso di soggiorno.

3. Con nota in data 5 novembre 2012, l'Amministrazione rispondeva deducendo che dalla Convenzione sui lavoratori migranti O.I.L. n. 143/1975, dalla direttiva 2000/43/CE e dal d.lgs. n.215/2003, emergeva la *voluntas legis* di equiparare la posizione dei cittadini comunitari a quella degli extracomunitari, specie se in possesso del permesso di soggiorno.

In ragione di tale interpretazione, l'Amministrazione riteneva possibile stipulare il contratto superando la citata clausola del bando, considerata *tamquam non esset*.

4. Il Magistrato istruttore, con nota del 19 novembre 2012, condivisa dal Consigliere Delegato, riteneva di sottoporre la questione all'esame della Sezione perché valutasse l'ammissibilità dell'atto alla registrazione.

Deduceva l'Ufficio di controllo che - ferma restando la possibilità dell'Amministrazione di annullare in via di autotutela, in tutto o in parte, le clausole del bando ritenute non rispondenti (ovvero non più rispondenti) a principi di diritto ovvero all'interesse dell'amministrazione stessa, nei casi e nelle forme previste dalla legge (si vedano in tal senso gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241) - non potesse ritenersi conforme a canoni di legittimità la stipula del

contratto con un soggetto privo dei requisiti prescritti dal bando, in assenza di un provvedimento che ne disponesse la revoca in *parte qua*.

Ad avviso del Magistrato istruttore, la stipula del contratto, seppur sorretta dalle motivazioni addotte dall'Amministrazione, risulterebbe pregiudizievole degli interessi dei possibili candidati che si fossero astenuti dal partecipare alla procedura medesima in ragione dell'affidamento riposto nella validità e vincolatività della disposizione in esame.

5. Ai soli fini di completezza espositiva, si rilevava come il d.lgs. n.215/2003, cui faceva riferimento l'Università nella citata nota del 5 novembre 2012, abbia ad oggetto la più vasta (e diversa) materia dell'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e, peraltro, disponga espressamente (all'art. 3, comma 2) che esso "*non si applica alle differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti*".

Inoltre, veniva ricordato che l'articolo 38 del d.lgs. n.165/2001 stabilisce che i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche (fra i quali, comunque, rientra anche il contratto *de quo*) che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla

tutela dell'interesse nazionale, mentre non sussiste alcuna possibilità di simile accesso per quanto riguarda i cittadini non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea.

6. Con ulteriore nota depositata in data 26 novembre 2012, l'Amministrazione reiterava le proprie argomentazioni.

In particolare, rilevava la non congruenza tra l'art. 2 d.lgs. n.286/1998 - che dispone in tema di equiparazione tra cittadini italiani e comunitari, da un lato, e cittadini extracomunitari dall'altro - e il citato art. 38 d.lgs. n.165/2001 che, sebbene successivo, dovrebbe risultare recessivo rispetto al d.lgs. n.286/1998; a sostegno di tale tesi citava quanto statuito, seppure in un *obiter dictum*, dalla Corte costituzionale (Corte Cost. ord. 2 luglio 2002, n. 281).

Tuttavia la dott.ssa CAFFU', rappresentante dell'Università, riconosceva l'errore in cui l'Amministrazione era incorsa nella stesura del bando.

Considerato in

DIRITTO

1. La fattispecie sottoposta all'esame dalla Sezione richiede la preliminare valutazione in ordine alla legittimità del comportamento dell'Università che, al momento di esaminare le domande presentate ai fini di una procedura selettiva, ha deciso, senza provvedere alla rimozione in autotutela delle clausole di bando assertivamente ritenute illegittime e alla conseguente riapertura dei termini concorsuali, di disapplicarle e procedere alla proclamazione dei vincitori, considerandole *tamquam non essent*.

2. Com'è noto, il bando di gara costituisce *lex specialis* della procedura selettiva, in quanto atto con il quale l'amministrazione fissa e rende ostensibili ai terzi i criteri cui si atterrà nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa.

Ciò comporta un duplice tipo di conseguenze.

In primo luogo, l'Amministrazione può procedere, in autotutela, alla revoca delle clausole del bando non più condivise, sia per motivi di legittimità che di opportunità, ma deve farlo nei casi e nei modi previsti dalla legge (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241).

Le è, invece, preclusa la disapplicazione delle medesime clausole.

Infatti, premesso che il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo è espressamente riconosciuto al solo giudice e che ne è controversa l'attribuzione alla pubblica amministrazione, pare indubbio che una simile facoltà non possa essere riconosciuta in favore della stessa amministrazione che ha emesso l'atto in questione.

3. Un secondo profilo riguarda la posizione dei terzi destinatari del bando.

Com'è noto, principio cardine delle procedure selettive è la tutela della *par condicio* dei concorrenti, che non può essere alterata a favore di alcuni e a danno di altri.

Tale alterazione della *par condicio* conseguirebbe, invece, alla stipula del contratto con un soggetto la cui partecipazione alla procedura di gara era interdetta dalle clausole del bando.

In altri termini, l'Amministrazione, modificando, in sede di

approvazione della graduatoria, i principi della procedura selettiva da essa stessa stabiliti, avrebbe attribuito alla sig.ra MAKUTRA un ingiustificato vantaggio, rimuovendo - solo per lei ed *ex post* - un ostacolo che gli altri possibili candidati avevano ritenuto, in perfetta buona fede, non superabile, a motivo della non rilevabilità dell'errore tra quanto dichiarato nel bando rispetto a quanto in realtà voluto dall'Amministrazione.

Questi ultimi, se avessero saputo che l'Università intendeva non applicare le clausole del bando che pur aveva emanato, avrebbero potuto valutare se partecipare o meno alla procedura; una simile opzione è stata così negata a tutti coloro i quali hanno riposto un ragionevole affidamento nelle statuizioni del bando di concorso.

Più correttamente, invece, l'Amministrazione – una volta rilevata l'erronea formulazione del bando - avrebbe dovuto revocare in autotutela la clausola “de qua”, riaprendo i termini per la presentazione delle domande e, infine, procedendo alla selezione dei concorrenti.

In tal modo, inoltre, avrebbe consentito agli interessati anche di valutare se ricorrere o meno contro una simile interpretazione dell'ordinamento che, con riferimento alla specifica materia, parifica la posizione dei cittadini comunitari con quella degli extracomunitari.

4. Conclusivamente ritiene il Collegio che tale vizio della procedura rende illegittimo l'atto in esame e ne preclude l'ammissione al visto; al contempo, il medesimo vizio procedurale assorbe qualsiasi altra considerazione nel merito, relativamente alla questione sostanziale posta dalla asserita illegittimità delle clausole del bando.

PQM

La Sezione centrale del controllo di legittimità ricusa il visto e la conseguente registrazione al contratto specificato in epigrafe.

Il Presidente

Pietro De Franciscis

L'estensore

(Luigi CASO)

Depositata in Segreteria il 12 dicembre 2012

IL DIRIGENTE

Dott.ssa Paola Lo Giudice