

Pubblicato il 02/03/2018

N. 01322/2018REG.PROV.COLL.
N. 06706/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6706 del 2017, proposto dalla Regione Basilicata, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maddalena Bruno, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della Regione Basilicata, in Roma, via Nizza, 56;

contro

Marisa Labella, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Micocci, Alberto Micocci, con domicilio eletto presso lo studio Fortunato Picerno in Roma, via Lungotevere degli Inventori, 30;

nei confronti di

Antonio Cesare Leopoldo Fiorito, Filomena Anna D'Alessio, Francesco Addabbo, non costituiti in giudizio;

Pietro Buldo, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonia De Lisio, con domicilio eletto presso lo studio Laura Giordani in Roma, via G.Avezzana 51;
Dario Gallotta, Teresa Faragò, Rita Valentina Ammirati, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonia De Lisio, con domicilio eletto presso lo studio Laura Giordani in Roma, via G.Avezzana N.51;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Monica Trecroci, Paola Marino, Francesco Di Benedetto, rappresentati e difesi dall'avvocato Rossella Gallo, con domicilio eletto presso lo studio Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

Viviana Bartella, rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Jorio, Federico Jorio, con domicilio eletto presso lo studio Gianluca Anastasio in Roma, via Lungotevere della Vittoria 10;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata – Potenza - Sezione I, n. 592/2017, resa tra le parti, concernente deliberazione della Giunta regionale, n. 453 del 29/4/2016, di approvazione graduatoria unica finale per l' assegnazione di n. 26 sedi farmaceutiche.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Marisa Labella, Pietro Buldo, Dario Gallotta, Teresa Faragò e Rita Valentina Ammirati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Maddalena Bruno, Carmine Bencivenga, su delega dichiarata di Alberto Micocci, Federico Jorio e Antonia De Lisio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La dott.ssa Labella Marisa chiedeva di partecipare al concorso pubblico regionale straordinario per titoli per l'assegnazione di numero 26 sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio nella Regione Basilicata, di cui alla D.G.R. n. 520/2013.

Nella domanda di partecipazione la medesima dichiarava di aver svolto attività di collaboratrice presso farmacie aperte al pubblico a carattere rurale

per un tempo superiore ai cinque anni. Si collocava, tuttavia, in posizione non utile, sicchè impugnava la graduatoria.

A supporto del gravame la ricorrente deduceva, tra l'altro, la mancata attribuzione della maggiorazione prevista in favore degli esercenti una farmacia rurale, di cui all'art. 9 della legge n. 221 del 1968.

Il TAR ha accolto il suddetto motivo di ricorso.

Avverso la sentenza ha proposto appello la Regione Basilicata.

Nel giudizio si è costituita la dott.ssa Labella Marisa.

Sono intervenuti i dott.ri Monica Trecroci Paola Marino e Francesco Di Benedetto, nella qualità di controinteressati in quanto concorrenti al concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche per cui è giudizio, con collocazione nella graduatoria definitiva alla posizione n. 8. I medesimi hanno chiesto l'accoglimento del proposto appello.

E' altresì intervenuta ad adiuvandum la dott.sa Viviana Bartella. Anch'essa ha chiesto l'accoglimento dell'appello

Si sono costituiti i dott.ri Pietro Buldo, Gallotta Dario, Teresa Faragò, Rita Valentina Ammirati i quali hanno invece chiesto la reiezione del gravame.

La causa è stata infine trattenuta in decisione alla pubblica udienza dell'1 febbraio 2018.

DIRITTO

Dev'essere preliminarmente esaminata la posizione della dott.sa Viviana Bartella, interventore *ad adiuvandum* in appello, posto che la medesima non ha partecipato al concorso straordinario oggetto della presente cause (ma a quelli banditi dalle regioni Puglia e Calabria).

Ritiene il collegio che l'intervento sia comunque ammissibile.

Per l'intervento *ad adiuvandum* in appello è sufficiente la circostanza che l'interessato possa risentire, in via giuridica, degli effetti riflessi derivanti dall'emanazione della decisione del Consiglio di Stato.

La giurisprudenza è attenta a delimitare la facoltà di intervento nei casi in cui l'interventore sia stato parte del primo giudizio, distinguendo tra la posizione

giuridica legittimamente l'intervento in quanto tale, e la posizione giuridica che consente all'interventore la proposizione dell'appello. Infatti l'art. 28, comma 2 c.p.a., subordina l'intervento alla titolarità di un qualsiasi interesse, purché non di mero fatto (e, dunque, giuridicamente rilevante), alla conservazione (intervento *ad opponendum*) o alla rimozione (intervento *ad adiuvandum*) del provvedimento impugnato; l'art. 102, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010 (nel disciplinare l'appello dell'interventore, pone un filtro più rigoroso, richiedendo in capo al terzo la titolarità di un interesse di consistenza tale da integrare una posizione giuridica autonoma.

Nel caso di specie, tuttavia, si tratta di intervento ai sensi dell'art. 28 comma 2 c.p.a.. L'interesse giuridico (non autonomo ma neanche di mero fatto) è pacificamente sussistente in capo all'interveniente, posto che un'eventuale decisione della Sezione che confermi la sentenza di prime cure validandone il principio affermato, potrebbe legittimare l'esercizio di un potere di autotutela da parte delle Regioni che hanno invece ispirato la loro condotta al principio opposto (ivi comprese, evidentemente, le Regioni di interesse concorsuale dell'interveniente)

Risolti i problemi relativi alla dinamica del contraddittorio, può senz'altro passarsi al merito dell'appello.

Come esposto in narrativa, l'appello ha ad oggetto una sentenza del Tar Basilicata che ha accolto il ricorso proposto avverso la graduatoria del concorso indetto per l'assegnazione di sedi farmaceutiche nella Regione Basilicata, a motivo della mancata applicazione della maggiorazione del 40%, prevista dall'art. 9, l. 8 marzo 1968, n. 221 per il servizio prestato in farmacie rurali a chi ha già conseguito il punteggio massimo (35 punti) per l'attività professionale svolta.

La sentenza di prime cure ha accolto il ricorso affermando che "... il punteggio massimo di punti 6,5 previsto dall'art. 9 della legge n. 221 del 1968 si aggiunge a quello massimo di 35 punti d'ordinario spettante per l'attività professionale svolta. In tal senso, il Collegio richiama, condividendolo,

l'indirizzo del giudice d'appello - formatosi peraltro in relazione a un bando di concorso in cui era stato espressamente previsto che la maggiorazione di cui si discorre non potesse comportare il superamento del punteggio massimo complessivo da attribuirsi per l'attività professionale svolta – secondo cui l'art. 9 della legge n. 221 del 1968 è «da considerarsi “lex specialis” rispetto alla normativa generale - L. n.362/1991 e D.P.C.M. n.298/1994 – la quale non può essere, in forza dei principi di gerarchia e di specialità delle fonti normative, disapplicata dal bando di concorso che ha stabilito come l'applicazione della maggiorazione - art.9 L.n.221/1968 - non potesse comunque superare il punteggio massimo complessivo di sette punti per ciascun commissario...”.

Il Collegio è di diverso avviso, in ciò condividendo la tesi della Regione appellante.

Si ritiene infatti - a seguito di un approfondimento della complessa vicenda contenziosa - di non poter condividere le conclusioni alle quali è giunta la III Sezione nel 2015, con sentenza n. 5667/2015, richiamata in motivazione dal TAR. Le stesse infatti si fondano sull'assunto - non dimostrato, ma dato per pacifico - che l'art. 9, l. n. 221 del 1968 (secondo cui “ai farmacisti, che abbiano esercitato in farmacie rurali per almeno 5 anni come titolari o come direttori o come collaboratori verrà riconosciuta una maggiorazione del 40 per cento sul punteggio in base ai titoli relativi all'esercizio professionale, fino ad un massimo di punti 6,50”) abbia previsto solo un tetto massimo di 6,50 punti per il servizio presso farmacie rurali, ma non anche che questo punteggio, sommato a quello assegnato per l'esperienza professionale, non possa comunque superare i 35 punti (con 7 punti massimo per ognuno dei 5 componenti la commissione di concorso) previsti dalla l. n. 362 del 1991 e dall'art. 5, d.P.C.M. n. 298 del 1994.

Da qui, a fronte di un ritenuto contrasto tra le due norme – di cui una (art. 9, l. n. 221 del 1968) speciale e l'altra (l. n. 362 del 1991 e, quindi, art. 5,

d.P.C.M. n. 298 del 1994 alla quale la prima rinvia) generale – il richiamo e l'applicazione del brocardo "*lex specialis derogat generali*".

Il Collegio ritiene non condivisibile il presupposto da cui muove la sentenza del 2015, non essendo in alcun modo evincibile, dalla lettura dell'art. 9, che il legislatore del 1968 abbia inteso individuare, quale unico limite all'incremento premiale per i farmacisti rurali, quello del massimo di 6,50 punti.

Dalla attenta lettura delle due disposizioni e dalla ratio alle stesse sottesa il Collegio ritiene di dover concludere che non ci si trova di fronte a norme di contenuto antitetico - di cui la speciale (che prevederebbe l'attribuzione di punti in deroga al tetto dei 35 punti per l'esperienza professionale) debba prevalere sulla generale (che prevede, invece, il tetto massimo di 35 punti), - ma a norme che si integrano, nel senso che la maggiorazione premiale si applica sommandosi ai punti attribuiti al concorrente per l'esperienza professionale, nell'ambito della quale va ascritta anche l'anzianità di servizio svolto presso una farmacia rurale, ferma restando che la somma dei due punteggi non può superare il totale di 35.

Il combinato disposto della l. n. 221 del 1968 e della l. n. 362 del 1991, lungi dal vanificare l'intento del legislatore di attribuire un "premio" al farmacista che ha lavorato in sedi disagiate (id est, quelle rurali), conferma il sistema su cui si fonda il concorso per l'assegnazione di sedi farmaceutiche, che è certamente quello di valorizzare l'esperienza professionale, ma entro limiti determinati, come dimostra l'esclusione della valutazione dei periodi di esercizio professionale superiori a venti anni (art. 5, comma 2, d.P.C.M. n. 298 del 1994).

A queste conclusioni è di recente pervenuto anche il C.G.A. (sentenza 11 dicembre 2017, n. 546), che ha altresì escluso che si possa porre una questione di gerarchia tra le diverse fonti normative, sul condivisibile presupposto che il regolamento approvato con il d.P.C.M. n. 298 del 1994 è stato abilitato dall'art. 4, comma 9, della legge di riordino del sistema farmaceutico n. 362 del 1991 a fissare criteri e limiti per l'attribuzione dei

punteggi, e tanto la fonte secondaria ha puntualmente eseguito in aderenza ai principi di riordino contenuti nella legge di autorizzazione. Ha aggiunto – il medesimo - che non v'è ragione di porre una relazione di specialità tra la legge del 1968 e quella del 1991, posto che è stata la legge del 1991 (ed il suo regolamento attuativo recato dal d.P.C.M. n. 298 del 1994) ad avere disciplinato *ex novo* il regime del cumulo massimo dei punti attribuibili in ragione dei titoli professionali, di guisa che non par dubbio come sia la legge anteriore a doversi leggere e coordinare con quella successiva, avente portata parzialmente abrogativa (se e nella misura in cui un candidato dovesse aver titolo, in ragione del riconoscimento della maggiorazione per ruralità, a più di 35 punti e tanto non potesse ottenere in applicazione del tetto massimo di legge).

A tali argomentazioni circa il rapporto tra le fonti normative, possono affiancarsi considerazioni in punto di ragionevolezza dell'opzione esegetica.

Rileva infatti il Collegio che una diversa conclusione farebbe assumere al requisito dell'esercizio professionale in sede rurale, natura di criterio selettivo (pressochè) dirimente, anche a detrimento di altri criteri espressamente presi in considerazione dalla legge istitutiva della sessione straordinaria per l'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche.

L'attribuzione di un peso ponderale sproporzionato al requisito della ruralità nell'attribuzione dei punteggi per titoli professionali, esporrebbe del resto il sistema regolatorio a dubbi di compatibilità con il diritto eurounitario, nella misura in cui suscettibile di risolversi in un vantaggio competitivo in favore dei cittadini residenti (i soli, tendenzialmente, ad aver potuto maturare il requisito della ruralità) ed in una discriminazione dissimulata in danno dei non residenti, in violazione del diritto di stabilimento (cfr., in un caso analogo, Corte UE 1° giugno 2010 in cause C 570/07 e 571/07).

Vale la pena infine di rilevare, quale ulteriore argomento sistematico, che nelle more del presente giudizio è intervenuta la pubblicazione, in Gazzetta Ufficiale, della legge 11 gennaio 2018 n. 3, contenente “*Delega al Governo in*

materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute”, al cui art. 16 è previsto: “(Disposizioni in materia di concorso straordinario per l’assegnazione delle sedi farmaceutiche) 1. Il punteggio massimo di cui all’articolo 5, comma 1, lettera b), del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 1994, n. 298, è da intendersi comprensivo dell’eventuale maggiorazione prevista dall’articolo 9 della legge 8 marzo 1968, n. 221”.

La nuova disposizione, non ancora in vigore al momento della discussione del ricorso in esame, assume la fisionomia della norma di interpretazione autentica, verosimilmente orientata a superare alcune oscillazioni della giurisprudenza amministrativa, indicando con chiarezza il criterio di computo del punteggio aggiuntivo per l’esercizio dell’attività nelle farmacie rurali.

Ma l’opzione ermeneutica indicata dalla norma corrisponde perfettamente al corretto esito interpretativo cui il Collegio ritiene di pervenire, indipendentemente dalla possibile applicazione della legge n. 3/2018 ai giudizi in corso.

L’appello è in conclusione accolto.

Avuto riguardo alle novità delle questioni e alla sussistenza di precedenti giurisprudenziali di segno contrario, appare equo compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie. Per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso introduttivo di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2018 con l’intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulio Veltri

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO