

Publicato il 07/04/2020

N. 02312/2020REG.PROV.COLL.
N. 06191/2019 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 6191 del 2019, proposto dalla Dott.ssa Annamaria Foletto, rappresentata e difesa dagli Avvocati Alessio Petretti, Andrea Maria Valorzi e Giacomo Bernardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, n. 268 A;

contro

Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Nicolo' Pedrazzoli, Francesco Saverio Bertolini e Viviana Biasetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Francesco Bertolini in Roma, via Ferrero di Cambiano, n. 82;

nei confronti

Sig.re Monica Manferdini, Luisa Bonetta, Martina Cortelletti, Donatella Di Palma, non costituite in giudizio;

per l'ottemperanza

alle sentenze del T.R.G.A. della Provincia di Trento n. 249/2017 e del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1319/2018, concernenti il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche per il privato esercizio nella Provincia Autonoma di Trento.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2020 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Alessio Petretti e Francesco Saverio Bertolini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Col ricorso in esame, la ricorrente chiede che sia data corretta ottemperanza alla sentenza del T.R.G.A. – della Provincia di Trento n. 249/2017, in parte modificata dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez.. III n. 1319 del 2018.

La ricorrente chiede anche l'annullamento della delibera n. 781 del 9.5.2018 con cui la Provincia di Trento ha inteso eseguire il giudicato.

Avverso tale atto ritenuto elusivo era stato proposto ricorso in ottemperanza al T.R.G.A. di Trento, che ha dichiarato la propria incompetenza in favore di quella del Consiglio di Stato.

A seguito di regolamento di competenza, con sentenza di questa Sezione del 14.5.2019 n. 3132, è stata dichiarata la competenza del Consiglio di Stato.

2.- Il T.R.G.A. di Trento, con sentenza n. 249 del 2017, aveva accolto i due motivi del ricorso proposto dalla ricorrente avverso la graduatoria definitiva del concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche per il privato esercizio nella Provincia di Trento, approvata con delibera n. 348 del 2016 della Giunta provinciale di Trento, nella quale la ricorrente era collocata al 135° posto con punti 40.

Il T.R.G.A. di Trento, accogliendo il primo motivo di ricorso, ha dichiarato illegittimo il criterio adottato nel concorso quanto al punteggio da attribuirsi nella valutazione dell'esperienza professionale acquisita dal socio di società di persone operanti nel settore farmaceutico.

Ha, quindi, riconosciuto il diritto della ricorrente all'attribuzione del maggiore punteggio di 3,5 punti (complessivamente 35 punti in luogo dei 31,5 riconosciuti dalla Commissione per "esperienze professionali /titolare di farmacia"), avendo la ricorrente dimostrato di aver esercitato in qualità di socia della società A. Foletto di Foletto Alberto & C. l'attività farmaceutica con le prerogative e responsabilità di "titolare" di farmacia.

Il T.R.G.A., con riguardo al secondo motivo di ricorso, ha anche ritenuto illegittima l'esclusione della maggiorazione del 40% del punteggio per i titoli per esercizio professionale fino ad un massimo di 6,50, per i farmacisti che abbiano esercitato in farmacie rurali per almeno 5 anni come titolari, direttori o collaboratori, ex art. 9 della l. n. 221/1968.

3.- Avverso la sentenza del T.R.G.A. di Trento n. 249/2017, con ricorso r.g.n. 6678/2017, proponeva appello la Dott.ssa Venanzi Catia Nadia, controinteressata non costituita in primo grado, relativamente al solo accoglimento del secondo motivo di ricorso concernente il

punteggio per la titolarità di farmacia rurale (per la quale l'odierna ricorrente aveva comunque conseguito punti 3 da parte della Commissione, in luogo dei punti 6,50 attribuibili).

4.- Con la sentenza n. 1319 del 2018, questa Sezione accoglieva l'appello della Dott.ssa Venanzi e affermava che il combinato disposto della legge n. 221 del 1968 e della legge n. 362 del 1991 consente di attribuire la maggiorazione del punteggio al farmacista titolare di farmacia rurale entro limiti determinati e che il punteggio massimo attribuibile per l'esperienza professionale ex art. 5, comma 2, DPCM n. 298 del 1994 (non oltre venti anni) comprende l'eventuale maggiorazione di cui all'art. 9 della legge n. 221 del 1968, come si deduce anche dall'art. 16 della legge 11 gennaio 2018 n. 3, norma di interpretazione autentica, non applicabile direttamente alla fattispecie, perché successiva, ma adottata in seguito a varie oscillazioni interpretative intervenute sull'argomento e perciò indicativa per l'interprete.

5.- In data 15.12.2017, nel frattempo, l'odierna ricorrente, in conseguenza dell'accoglimento del ricorso proposto al T.R.G.A. di Trento, e pendente l'appello della dott.ssa Venanzi, aveva provveduto alla notifica della sentenza n. 249/2017 del T.R.G.A., affermandone il parziale passaggio in giudicato con riguardo all'accoglimento del primo motivo e al riconoscimento del maggior punteggio di punti 3,5 per "titolarità" di farmacia, oltre che con riguardo al punteggio di 3 punti riconosciuto dalla Commissione per "ruralità" della sede farmaceutica.

6.- Con atto di diffida del 5 aprile 2018, pertanto, la ricorrente invitava l'Amministrazione ad attribuirle il punteggio di 43,50 punti, in ragione del giudicato, ovvero il punteggio pieno per il requisito di "titolarità" di farmacia (31,5 + punti 3,5 riconosciuti dal T.R.G.A. di Trento), oltre al punteggio già assegnato dalla Commissione per la "ruralità" della farmacia (punti 3,50) e il punteggio non contestato per titoli di studio (punti 5).

7.- In ottemperanza al giudicato formatosi a seguito della pronuncia del giudice di appello, l'Amministrazione ha adottato la delibera n. 781 del 9 maggio 2018 con cui attribuisce alla ricorrente il punteggio per titoli professionali di 35 (e non più 31,5) in qualità di titolare di farmacia.

Poiché in tal modo viene raggiunto il limite massimo di punteggio attribuibile a tale titolo, la delibera non attribuisce alla ricorrente la maggiorazione del 40% per la "ruralità" della sede, tenuto conto che la sentenza del C.d.S. n. 1319/2018 ha determinato che tale punteggio massimo non è comunque superabile.

8.- Secondo la tesi della ricorrente, la delibera del 9 maggio 2018 sarebbe elusiva del giudicato, in quanto ha confermato la precedente delibera impugnata, n. 348/2016, e le ha ingiustamente attribuito il medesimo punteggio complessivo (per titoli professionali e titolo di studio) già assegnatogli dalla Commissione di 40 punti.

Ciò ha comportato, sul piano pratico, erroneamente la conservazione da parte della ricorrente della posizione n. 135 in graduatoria, nonostante la definitività della sentenza del T.R.G.A. con

riguardo all'accoglimento del primo motivo di ricorso.

9.- Resiste in giudizio la provincia di Trento, che chiede il rigetto del ricorso e, con memoria del 18 febbraio 2020, chiede anche che la ricorrente sia condannata al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 96 c.p.c. per lite temeraria, oltre che alle spese di giudizio.

10.- Alla camera di consiglio del 5 marzo 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il ricorso non è fondato.

2.- Con il ricorso in ottemperanza in esame, la ricorrente sostiene che, a seguito della notifica della sentenza T.R.G.A. di Trento, eseguita in data 18.12.2017, passata in giudicato in relazione all'accoglimento del primo motivo di ricorso, è divenuto intangibile il punteggio riconosciuto dalla sentenza per "esperienze professionali-titolarietà di farmacia" (punti 3,5).

Con riguardo alla maggiorazione di punteggio per "ruralità" della sede di titolarità, la sentenza del C.d.S. avrebbe, a suo dire, decurtato la maggiorazione di ulteriori 3 punti attribuibili secondo il T.R.G.A. (la maggiorazione del 40% è possibile sino al massimo di punti 6,5), tuttavia, senza incidere né sul punteggio complessivo di 40 punti già riconosciuto dalla Commissione, né sugli ulteriori 3,5 punti riconosciuti dal T.R.G.A. in accoglimento del primo motivo di ricorso, ad altro titolo, punteggi entrambi cristallizzati e divenuti intangibili.

La ricorrente lamenta, quindi, che la delibera n. 781 del 2018 adottata dalla Provincia di Trento, confermando il punteggio complessivo di 40 punti e la sua collocazione al 135° posto in graduatoria, sia elusiva del giudicato.

Secondo la ricorrente, la Commissione aveva già attribuito alla ricorrente il punteggio di 35 punti in ragione del rispetto del limite nei confronti della maggiorazione del 40% per la "ruralità" (per tale maggiorazione erano stati conferiti solo 3,5 punti anziché i 6,5 conferibili).

In esecuzione della sentenza del T.R.G.A., non impugnata sul punto, a tale punteggio di 35 punti avrebbe dovuto essere, pertanto, sommato (non sostituito) il maggior punteggio per "titolarità" di farmacia (3,5 punti).

Ad avviso della ricorrente, *"i punti assegnati per la ruralità dalla Commissione non possono sparire costituendo diritto quesito"*; del pari non possono sparire i 3,5 punti riconosciuti dal TRGA per la "titolarità" di farmacia, non essendo stata impugnata la relativa statuizione.

3.- La tesi della ricorrente non è condivisibile e la questione del punteggio attribuibile per effetto del giudicato, come risultante dalle sentenze del T.R.G.A. e di questo Consiglio, deve essere correttamente prospettata.

I due punteggi rivendicati dalla ricorrente a titolo di esperienze professionali, per "titolarità" di farmacia e "ruralità" della sede farmaceutica, non sono autonomi tra loro e l'incremento premiale previsto per chi ha lavorato in sedi disagiate non soggiace all'unico limite massimo di punti 6,5, ma anche al tetto massimo di punti 35 attribuibili per esperienze professionali, ai

sensi dell'art. 5, comma 2, del d.P.C.M. 298/1994, al cui interno si colloca la detta maggiorazione del 40% per "ruralità" della sede.

Come ha ben chiarito la sentenza di questa Sezione n. 3119 del 2018, l'art. 9 della l. n. 221 del 1968 e la legge n. 362 del 1991 e quindi l'art. 5, comma 2, del d..P.C.M. 298/1994, sono "*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 legge n. 221/1968 e della legge n. 362/1991, 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. 298/1994).".

A tali argomentazioni circa il rapporto tra le fonti normative, la sentenza del C.d.S. affianca considerazioni in punto di ragionevolezza dell'opzione esegetica.

La sentenza del C.d.S. rileva, infatti, che una diversa conclusione farebbe assumere al requisito dell'esercizio professionale in sede rurale natura di criterio selettivo (pressoché) dirimente, anche a detrimento di altri criteri espressamente presi in considerazione dalla legge istitutiva della sessione straordinaria per l'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche.

La sentenza osserva, inoltre, che "*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, rischiando di risolversi in un vantaggio competitivo in favore dei cittadini residenti.*"

Infine, la sentenza richiama la 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 norma, pur non direttamente applicabile alla fattispecie, risolve i dubbi interpretativi che avevano caratterizzato le precedenti oscillazioni giurisprudenziali e orienta in questo caso l'interprete.

La maggiorazione per la “ruralità” non è un punteggio aggiuntivo, ma una maggiorazione da calcolarsi nei limiti in cui il punteggio per esperienza professionale non abbia raggiunto il tetto massimo di 35 punti.

Pertanto, nessun effetto di giudicato intangibile in conseguenza dell'accoglimento del I motivo del ricorso al TRGA di Trento e per effetto della notifica della sentenza n. 249/2017 è utilmente invocabile dalla ricorrente.

Né può ritenersi che sia così vanificato l'esito dell'accoglimento del motivo di ricorso concernente la titolarità di farmacia, anche se, di fatto, nessun vantaggio concreto la ricorrente consegue per effetto del predetto accoglimento.

Il rispetto del punteggio massimo attribuibile per titoli professionali di 35 punti, come ribadito dal C.d.S., comporta infatti che, anche se conseguito un maggior punteggio per il requisito professionale della “titolarità”, il punteggio complessivo per esperienza professionale non possa poi essere ulteriormente incrementato del premio della maggiorazione del 40% per “ruralità” della sede. Né è condivisibile la prospettazione della ricorrente secondo cui il punteggio già attribuito dalla Commissione (3,5 punti) per la “ruralità” non sarebbe modificabile in peius per effetto della decisione del C.d.S., ancora in fieri al momento in cui fu notificata all'Amministrazione la sentenza del T.R.G.A..

E' evidente che la pendenza dell'appello in relazione al capo della sentenza n. 249/2017 concernente la questione interpretativa delle norme concernenti la rivendicata “maggiorazione” del 40%, rendeva impossibile la formazione di giudicato sul punto e la cristallizzazione del punteggio attribuito dalla Commissione per tale requisito.

4.- In conclusione il ricorso va rigettato.

5.- Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni di diritto trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), pronunciando sul ricorso per ottemperanza (n.r.g. 6191/2019) lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO