

Pubblicato il 28/04/2017

N. 02278/2017 REG.PROV.COLL.

N. 02323/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2323 del 2016, proposto da:
Raffaelina Sorrentino, rappresentata e difesa dall'avvocato Donato Pennetta, con
domicilio eletto in Napoli, alla via Andrea D'Isernia n. 20, presso lo studio legale
associato De Silva - Gargiulo;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente legale rappresentante p. t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Luigia Schiano di Colella Lavina, con
domicilio eletto in Napoli, presso l'Avvocatura regionale, alla via S. Lucia n. 81;

nei confronti di

Giorgio Basile Giannini, rappresentato e difeso dall'avvocato Gherardo Marone,
con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, alla via Cesario Console n. 3;
Giovanni Giffoni, Marina Parente, Clotilde Cacciapuoti, Tecla De Marco,
Giuseppe De Pasquale, Anna Pia Morra, Claudia Della Valle, Paola Paloschi,
Antonella Fimognari, Rosa Mormone, Francesco Paolo Franco, Rosaria Falco,

rappresentati e difesi dall'avvocato Ivan Del Giudice, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, alla via Massimo Stanzione n. 15; Mirella Costabile, rappresentata e difesa dall'avv. Brunella Merola e dall'avv. Marino Perongini, coi quali è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Marco Aurelio Severino n. 30, presso lo studio dell'avvocato Ciro Micera; Roberto Improta, Flaviano Pappalardo, Lucia Margiotta, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

- del decreto dirigenziale prot. n. 108 del 18.3.2016 con cui è stata approvata la graduatoria definitiva e l'elenco definitivo delle sedi farmaceutiche da assegnare al concorso unico regionale;
- del bando di concorso per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, limitatamente all'art. 7, nella parte in cui non consente di usufruire della maggiorazione del 40% a chi ha già conseguito il punteggio massimo per l'attività professionale svolta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e dei soggetti controinteressati specificati in epigrafe;

Vista l'ordinanza n. 1005/2016 pronunciata dalla Sezione;

Visto il ricorso incidentale proposto da Mirella Costabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi per le parti i difensori presenti nell'udienza pubblica del 21 marzo 2017, come da verbale, relatore il cons. Pierluigi Russo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 17 maggio 2016 e depositato il successivo giorno 20, la ricorrente ha esposto di aver partecipato al concorso unico regionale per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio, indetto con bando pubblicato sul BURC n. 18 del 16 marzo 2009, classificandosi al 126° posto, con punti 84,780 (di cui 35 per l'attività lavorativa, 3,780 per i titoli e 46 per la prova attitudinale) nella graduatoria definitiva approvata con decreto dirigenziale prot. n. 108 del 18 marzo 2016.

Reputando erroneo il punteggio attribuitole, la deducente ha impugnato sia la graduatoria che il bando, limitatamente all'art. 7, nella parte in cui non consente di usufruire della maggiorazione del 40% a coloro che abbiano esercitato in farmacie rurali per almeno 5 anni – come l'esponente, titolare di farmacia rurale presso il Comune di Montaguto (Av) dal 31.7.1985 al 10.10.2005 – ove abbiano già conseguito il punteggio massimo previsto per l'attività professionale (35 punti).

A sostegno della domanda di annullamento l'interessata ha proposto un solo motivo di diritto così formulato in rubrica: violazione e falsa applicazione dell'art. 9 L. 221/1968 – eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento.

Si è costituita in resistenza la Regione Campania.

Si è altresì costituito in giudizio, quale controinteressato, il dr. Giorgio Basile Giannini, il quale ha eccepito la tardività dell'impugnazione del bando di concorso. Con ordinanza pronunciata in esito alla camera di consiglio del 21 giugno 2016, la Sezione ha fissato l'udienza di discussione del merito del ricorso, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., ed ha ordinato alla parte ricorrente di integrare il contraddittorio con la notifica del ricorso agli altri soggetti controinteressati secondo le modalità e nei termini ivi specificati.

L'istante ha depositato il 22 luglio 2016 la documentazione comprovante l'adempimento del suddetto incombenza.

Nel costituirsi in giudizio, la dott.ssa Mirella Costabile, collocata al posto n. 84 della medesima graduatoria, con punti 86,30, ha proposto ricorso incidentale, notificato il 13 ottobre 2016 e depositato il successivo 4 novembre, lamentando di aver conseguito 35 punti per l'attività professionale, senza alcuna maggiorazione per la titolarità (dal 12.12.78 al 27.6.99) della farmacia rurale sita in Conca dei Marini; inoltre le sarebbero stati valutati solo 15 anni di servizio (dal 1978 al 27.9.94) e non 21, come da allegata tabella esplicativa.

Con successive memorie la Regione Campania ha eccepito la tardività dell'impugnazione del bando da parte di entrambe le ricorrenti e, comunque, l'improcedibilità del ricorso incidentale, atteso che la dr.ssa Costabile è stata esclusa dal concorso con provvedimento del 30 dicembre 2016 (per violazione dell'art. 12 L. 475/1968, avendo ceduto la propria farmacia e non essendo decorsi almeno 10 anni dal trasferimento).

La dott.ssa Sorrentino ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale, ai sensi dell'art. 42 c.p.a., in quanto le censure proposte avrebbero dovuto essere fatte valere in via principale mediante rituale gravame avverso la graduatoria finale.

Si sono costituiti in giudizio come controinteressati anche i dottori Giovanni Giffoni, Marina Parente, Clotilde Cacciapuoti, Tecla De Marco, Giuseppe De Pasquale, Anna Pia Morra, Claudia Della Valle, Paola Paloschi, Antonella Fimognari, Rosa Mormone, Francesco Paolo Franco e Rosaria Falco.

Le parti hanno depositato memorie difensive insistendo nelle rispettive richieste.

Alla pubblica udienza del 21 marzo 2017 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo, va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo, opposta dalle parti resistenti sulla base della asserita tardività dell'impugnazione del bando di concorso.

Invero, secondo la consolidata, condivisibile giurisprudenza, l'onere di immediata contestazione del bando di una procedura selettiva sussiste solo relativamente alle clausole escludenti riguardanti requisiti di partecipazione o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, dovendo le altre clausole, se ritenute lesive, essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (cfr., tra le tante, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8.3.2016, n. 3013; sez. II, 1.3.2016, n. 2733; Consiglio di Stato, sez. V, 1.8.2015, n. 3776 e 12.11.2015, n. 5181; sez. VI, 8.2.2016, n. 510).

Nel caso in esame, il comma 10 dell'art. 7 del bando – nel disporre testualmente che *“Verrà applicata l'agevolazione di cui all'art. 9 della legge n. 221/1968 (Ai concorrenti che usufruiscono dell'agevolazione prevista dall'art. 9 della legge n. 221 dell'8.3.1968 sarà attribuita una maggiorazione del 40% fino ad un massimo di punti 6,50 per l'intera Commissione. La maggiorazione deve essere calcolata sul punteggio riportato dal candidato in relazione alla sola attività prestata in farmacia rurale ed in ogni caso non potrà comportare il superamento del punteggio massimo complessivo (pari a 35 punti) da attribuirsi per l'attività professionale svolta)”* – disciplina solo le modalità di calcolo del punteggio per l'attività lavorativa cosicché, alla stregua del criterio sopra delineato, non rientra con tutta evidenza tra le clausole rispetto alle quali è configurabile un onere di tempestiva impugnazione.

Dunque, la previsione del bando è stata correttamente gravata insieme al provvedimento conclusivo.

2. Per la stessa ragione, non è configurabile un onere di impugnazione immediata neanche del verbale della commissione (n. 7 del 24.6.2011) con cui sono stati precisati, tra l'altro, i criteri di valutazione dei titoli relativi all'esercizio

professionale – che assume valenza endoprocedimentale (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11.7.2013, n. 3747) – per cui deve ribadirsi che nella procedura concorsuale in discussione l'interesse della ricorrente ad agire in giudizio, per contestare il punteggio attribuitole, è sorto solo nel momento in cui è stato adottato il provvedimento finale di approvazione della graduatoria, che pertanto risulta ritualmente gravato entro il termine generale di decadenza.

3. Sempre in via preliminare, in adesione alle eccezioni formulate *ex adverso*, ai sensi dell'art. 42 c.p.a., va dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalla dott.ssa Mirella Costabile, collocata al posto n. 84 della medesima graduatoria, con punti 86,30. Quest'ultima (con atto notificato il 13 ottobre 2016 e depositato il successivo 4 novembre), analogamente alla ricorrente principale, ha lamentato di aver conseguito solo 35 punti per l'attività professionale, senza alcuna maggiorazione per la titolarità (dal 12.12.78 al 27.6.99) della farmacia rurale sita in Conca dei Marini e, peraltro, senza la corretta valutazione degli effettivi anni di servizio (15 e non 21).

Infatti, come si è chiarito in giurisprudenza, il ricorso incidentale è uno strumento offerto al controinteressato per insorgere contro lo stesso provvedimento impugnato, o atti ad esso connessi in quanto appartenenti al medesimo assetto di interessi, con il ricorso principale, ma per profili diversi da quelli dedotti con quest'ultimo e tali da ampliare il *thema decidendum* originario, al fine di neutralizzare o almeno limitare l'incidenza di un eventuale accoglimento del ricorso principale sulla posizione di vantaggio derivante al medesimo controinteressato dal provvedimento oggetto di impugnativa in via principale (cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3.12.2009, n. 12456; *idem*, sez. II, 2.1.2012, n. 4; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 24.6.2010, n. 1093; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 13.3.2014, n. 83; Consiglio di Stato, sez. V, 22.7.2002 n. 4010).

Nel caso di specie, l'interesse posto a base del ricorso incidentale non può dirsi sorto "*in dipendenza della domanda proposta in via principale*", atteso che il mancato riconoscimento del punteggio aggiuntivo nella graduatoria definitiva, (tempestivamente) censurato dalla dott.ssa Sorrentino, legittimava anche la dott.ssa Costabile a proporre l'impugnazione in via autonoma del provvedimento lesivo con ricorso principale entro l'ordinario termine di decadenza, che nel caso di specie non risulta rispettato.

Il ricorso incidentale va, dunque, dichiarato inammissibile.

4. Nel merito la domanda principale è fondata e va, pertanto, accolta.

Sulla questione di diritto posta a base dell'odierna controversia il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalle conclusioni raggiunte di recente dal Giudice d'appello in analoga fattispecie (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 14.12.2015, n. 5667).

Giova rammentare che l'art. 9 della legge 8 marzo 1968, n. 221, recante *Provvidenze a favore dei farmacisti rurali*, prevede che "*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*".

E' anche noto che la legge 8 novembre 1991, n. 362 ha, poi, riorganizzato la materia concorsuale ed il D.P.C.M. n. 298/94 ha disciplinato i criteri di valutazione dei titoli e l'attribuzione dei punteggi nei concorsi pubblici per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche.

Al riguardo, la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5.2. 2009, n 635; cfr. anche quanto affermato, sia pure in via incidentale, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 448/2006) ha, innanzitutto, chiarito che tale ultima normativa non ha abrogato la disposizione di cui all'art. 9 della L. n. 221/1968, la quale, in quanto

"*lex specialis*", deve ritenersi prevalente rispetto alla nuova regolamentazione concorsuale e ad ogni eventuale previsione contraria del bando regionale.

In particolare, con la già citata sentenza n. 5667/2015 del Consiglio di Stato, è stata statuita l'illegittimità della previsione del bando di concorso, proprio nella parte in cui prevedeva che la maggiorazione di cui all'art. 9 della L. 221/1968, a favore dei farmacisti rurali, non avrebbe potuto comportare il superamento del punteggio massimo complessivo da attribuirsi per l'attività professionale svolta. Ciò in quanto *“la normativa in esame, da considerarsi lex specialis rispetto alla normativa generale – L. n.362/1991 e D.P.C.M. n.298/1994 – 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. Nella sostanza, il bando, avendo specificato che il punteggio massimo di 35 punti è relativo a tutti i titoli attinenti all'esperienza professionale, si è attenuto a quanto stabilisce la legge e il DPCM, citati, in ordine al punteggio attribuibile per l'attività professionale, ma non ha implicitamente tenuto conto, anche della maggiorazione prevista dal predetto art.9, la quale, si ricorda non poteva superare il limite massimo di punti 6,50 nei concorsi pubblici per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, considerato globalmente e non già riferito a ciascun commissario”*.

Inoltre, nella pronuncia da ultimo citata si è anche precisato che, osservando una siffatta clausola del bando, *“soltanto coloro che hanno un'anzianità di poco più di 13 anni di servizio nelle farmacie rurali potrebbero conseguire il massimo punteggio, mentre risulterebbero penalizzati coloro i quali sono in possesso di un'anzianità superiore – intorno ai 20 anni di servizio – il che naturalmente, oltre a porsi in contrasto con la legge, condurrebbe a conseguenze abnormi sul piano della razionalità e dell'imparzialità”*.

Le considerazioni che precedono, integralmente condivise dal Collegio, conducono all'accoglimento della censura proposta con l'unico motivo di gravame.

5. Ne discende, in definitiva, che:

- il ricorso principale deve essere accolto e, per l'effetto, annullata l'impugnata clausola del bando e, *in parte qua*, la relativa graduatoria del concorso;

- il ricorso incidentale, invece, va dichiarato inammissibile.

6. Le spese, considerata la relativa novità delle questioni poste, possono eccezionalmente compensarsi tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa R.G. n. 2323/2016, così statuisce:

- accoglie il ricorso principale proposto da Raffaelina Sorrentino e, per l'effetto, annulla l'impugnata clausola contenuta nell'art. 7 del bando e, *in parte qua*, la graduatoria del concorso;

- dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto da Mirella Costabile;

- compensa le spese di giudizio;

- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 21 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierluigi Russo

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO