Pubblicato il 21/11/2017

N. 05413/2017REG.PROV.COLL.
N. 08953/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8953 del 2016, proposto da:

, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittore Davini e , con domicilio eletto presso lo studio Mario Cervone in Roma, via dei Gracchi 56;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Sonia Sau e Alessandra Camba, con domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della Regione Sardegna in Roma, via Lucullo 24;

Assessorato dell'Igiene e Sanità e dell'Assistenza Sociale della Regione Sardegna, non costituito in giudizio;

nei confronti di

dall'avvocato Enrico Salone, con domicilio eletto presso lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

per l'ottemperanza

alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza n. 5667/2015, passata in giudicato il 13.06.2016;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Autonoma della Sardegna e di

C

Viste le memorie difensive;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2017 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Vittore Davini, Sonia Sau ed Enrico Salone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 5667/2015, passata in giudicato il 13.06.2016, questa Sezione ha accolto l'appello proposto dall'attuale ricorrente per ottemperanza, dott.ssa avverso la sentenza Tar Sardegna-Sez. I n. 1457/2009 e, in riforma della stessa, ha annullato:

- il bando del concorso pubblico per titoli ed esami (approvato con determinazione n. 1615 del 27.10.2005) per la predisposizione di una graduatoria regionale di farmacisti idonei da utilizzare per il conferimento di sedi farmaceutiche vacanti e di nuova istituzione nella regione Sardegna, 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;
- la relativa graduatoria di concorso, pubblicata il 17.11.2007.

2. A tali conclusioni la sentenza è giunta alla stregua delle seguenti considerazioni:

a) il citato art. 9 L. 221/68, richiamato dal bando di concorso, prevede - al fine di consentire il mantenimento di farmacie in piccole comunità rurali - la maggiorazione del punteggio professionale nei concorsi pubblici per l'assegnazione di sedi farmaceutiche vacanti, nella misura del 40% del punteggio attribuito per i titoli relativi all' esercizio professionale, fino ad un massimo di punti 6,50;

b) è da condividere la tesi dell'appellante, secondo cui deve ritenersi illegittima la clausola del bando in base alla quale: "la maggiorazione deve essere calcolata sul punteggio riportato dal candidato in relazione all'attività prestata in sede farmaceutica rurale, ma in ogni caso la predetta maggiorazione non può comportare il superamento di punteggio massimo complessivo da attribuirsi per l'attività professionale svolta", pari a sette punti per ciascun commissario;

c) invero, la normativa *de qua* - 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 del principi di gerarchia e di specialità delle fonti normative, disapplicata dal bando di concorso, il quale - avendo specificato che il punteggio massimo di 35 punti è relativo a tutti i titoli attinenti all'esperienza professionale - si è attenuto a quanto stabiliscono la legge e il DPCM citati (in ordine al punteggio attribuibile per tale attività), ma non ha tenuto conto che la maggiorazione prevista dal predetto art. 9 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;

d) un'interpretazione difforme, oltre a privare di contenuto la norma agevolativa di cui all'art. 9, finirebbe col privilegiare coloro che hanno una minore anzianità di servizio nelle farmacie rurali, alterando il rapporto proporzionale tra esercizio di attività professionale e corrispondente punteggio conseguibile;

e) in sostanza, applicando la 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, oltre a porsi in contrasto con la legge, condurrebbe a conseguenze abnormi sul piano della razionalità e dell'imparzialità;

f) nella specie, è incontestato che all'appellante spettassero, per l'esercizio professionale, punti 34,85 i quali, maggiorati di 6,50 per titolarità di farmacia rurale, avrebbero determinato un punteggio complessivo di 41,35, con probabile effettivo conseguimento, in base a tale punteggio, di una posizione più favorevole in graduatoria.

3. Con il presente ricorso per ottemperanza, depositato il 25/11/16, la dott.ssa Corso espone che:

* l'attribuzione del suddetto punteggio la colloca al 13° posto in graduatoria con punti complessivi 88, 50 (42,50 per le prove; 4,65 per titoli di studio e

carriera; 34,85 per titoli professionali; 6,50 la per maggiorazione ex art. 9 l. 221/68 nel limite massimo consentito);

* nonostante ripetute richieste, la Regione Sardegna non ha, ad oggi, dato esecuzione alla sentenza ottemperanda, "mediante riformulazione della graduatoria, relativamente alla posizione della , ricollocazione della stessa al 13° posto ed assegnazione della sede che le sarebbe spettata ove le fosse stato attribuito originariamente il punteggio spettante, in base alle preferenze dalla stessa formulate nella scheda di interpello";

* proprio in sede di interpello la d aveva indicato, quale sua prima scelta, una sede farmaceutica di nuova istituzione prevista nella città di Sassari nel quartiere di Monte Rosello/via Baldedda;

* tale sede fu assegnata nel 2010 alla dot che nella graduatoria definitiva si era collocata al 15° posto con punti 88,20 e che ha aperto detta farmacia il 27 novembre 2010, salvo poi chiuderla in data 16 aprile 2016, avendo optato per altra sede vinta nel concorso ordinario della Regione Lazio;

* da allora la farmacia è chiusa e la sede è scoperta, mentre la ha confermato alla Regione Sardegna la sua disponibilità per tale sede, già indicata prioritariamente in sede di interpello;

* la riformulazione della graduatoria, a seguito della sentenza di annullamento 5567/2015, riguarderebbe solo la posizione della così come chiarito nella recente sentenza di questa Sezione n. 3005/2016.

In conclusione, si chiede al Giudice dell'ottemperanza di:

I) dichiarare l'obbligo della Regione Sardegna di riformulare la graduatoria del concorso pubblico ordinario per titoli ed esami per la formazione di una graduatoria regionale di farmacisti idonei da utilizzare per il conferimento di sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione nel territorio della Regione Sardegna (pubblicata il 17.11.07), per la parte relativa alla posizione della dott.s , riconoscendo alla stessa il maggior punteggio di 88,50 che la collocherebbe al 13° posto della graduatoria medesima.

II) dichiarare, altresì, l'obbligo della Regione Sardegna di procedere, sulla base della graduatoria riformulata, all'assegnazione alla do della sede farmaceutica spettante, secondo l'ordine della graduatoria e in base alle preferenze dalla stessa espresse in sede di interpello;

III) disporre l'eventuale nomina di un Commissario *ad acta*.

4. Con memoria del 31 agosto 2017, l'intimata Regione Autonoma della Sardegna rappresenta che:

- ad oggi non è stata data esecuzione alla sentenza, in quanto non sussisterebbe un orientamento giurisprudenziale univoco sulle conseguenze dell'annullamento delle graduatorie concorsuali;

- dopo la pubblicazione della sentenza di che trattasi, ha ricevuto numerose diffide perché si procedesse all'annullamento integrale della graduatoria "con le intuibili devastanti conseguenze" (sulla base della graduatoria, pubblicata il 17.11.2007, centinaia di farmacisti hanno aperto la propria sede investendo ingenti risorse);

- "*pur condividendo l'interpretazione fornita dalla ricorrente circa l'obbligo della* Regione *di riformulare la graduatoria limitatamente alla posizione dell'unica concorrente che l'ha impugnata*

(in parte qua), l'odierno ricorso, come peraltro rappresentato ai difensori della dott. ssa Corso, era l'unica via per avere indicazioni su come operare evitando l'instaurazione di ulteriori contenziosi".

5. Costituitisi in giudizio (atto del 30.1.2017), anche gli altri farmacisti indicati in epigrafe hanno precisato che tale costituzione era effettuata "*per aderire al ricorso proposto nei limiti delle prospettazioni e delle conclusioni assunte dalla ricorrente*"; e con successiva memoria del 3 ottobre 2017 si sono anch'essi richiamati alla menzionata sentenza n. 3005/2016 di questa Sezione, sostenendo, altresì, che:

- "il maggior punteggio per la ruralità debba essere attribuito alla sola dott.ssa Corso e non anche agli altri concorrenti inseriti nella medesima graduatoria che non hanno proposto ricorso";

- per effetto di detta rettifica della sua posizione in graduatoria, la dott.ssa Corso passerebbe dal 69° posto (con punti 82,15) al 13° posto (con punti 88,50), con facoltà di scegliere le farmacie indicate nella sua domanda con priorità rispetto ai successivi graduati;

- in definitiva, la sentenza n. 5667/2015 può e deve essere eseguita nel senso di attribuire alla (la richiesta sede di Sassari, lasciando inalterato il resto della graduatoria e delle assegnazioni già effettuate a favore dei farmacisti in essa inseriti.

6. Ciò premesso, il Collegio rileva che il presente ricorso per ottemperanza merita accoglimento nei sensi che seguono.

6.1. Invero, esso si fonda espressamente sul principio affermato da questa Sezione con la richiamata sentenza n. 3005/2016, secondo cui <*qualora il giudice amministrativo annulli una graduatoria, accogliendo il ricorso di chi abbia lamentato l'illegittimità dei criteri applicati per la redazione della graduatoria,* (…) *l'annullamento si deve intendere disposto nei soli confronti di coloro che abbiano proposto il ricorso, poi accolto.*

Infatti, per la scindibilità delle posizioni dei candidati, nei confronti di coloro che non abbiano proposto ricorso la graduatoria è suscettibile di divenire inoppugnabile, per acquiescenza>.

6.2. Si tratta, peraltro, di un principio fatto proprio da questo Consiglio, in sede tanto giurisdizionale quanto consultiva e sia prima che dopo la citata pronuncia del 2016.

6.3. Già con sentenza 24/05/2013, n. 2826, relativa a una graduatoria concorsuale presso l'Agenzia delle Entrate, la Sezione Quarta aveva affermato "*la natura di atto plurimo (o a contenuto plurimo) della graduatoria di concorso, di modo che, laddove l'accoglimento di un ricorso avviene in relazione a motivi afferenti la posizione soggettiva di uno (o più) concorrenti, e non già per vizi inficianti globalmente l'atto (quale, ad esempio, la competenza ad emanarlo), l'annullamento disposto dal giudice non può che riguardare l'atto impugnato nei limiti della posizione di coloro che hanno ricorso contro il medesimo ed ottenuto la sentenza di annullamento*".

6.4. Recentemente, la Sezione Prima si è espressa sul ricorso straordinario proposto da un dipendente del Ministero dell'Interno che, al fine di ottenere l'utile inserimento nella graduatoria per l'ammissione a una selezione interna, chiedeva l'estensione in suo favore del giudicato derivante da una sentenza del Tar Lazio, e ha reso il parere n. 504/2017 del 24/02/2017, in cui ha ritenuto che - in applicazione dell'articolo 2909 c.c. sulla "cosa giudicata" ("L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa") - il ricorrente non potesse pretendere che la sentenza avesse effetti nei suoi confronti, in quanto egli non era stato parte del giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

6.5. Riguardando ora il caso di specie alla stregua delle enunciazioni sopra riportate, ne risulta che:

i) la sentenza ottemperanda ha disposto l'accoglimento dell'appello in relazione a motivi afferenti la sola posizione soggettiva dell'appellante (tanto è vero che ha ricalcolato espressamente il nuovo punteggio spettante alla sola, medesima appellante) e non già per vizi di carattere formale/procedurale inficianti globalmente la graduatoria, per cui il conseguente annullamento non poteva che riguardare l'atto impugnato nei limiti della posizione della medesima (arg. ex sentenza n. 2826/13), anche in mancanza di espresse statuizioni in tal senso: non può, dunque, che essere interpretata come esclusivamente *in parte qua* la pur generica espressione "annulla l'impugnata clausola del bando e la relativa graduatoria di concorso", contenuta nel dispositivo della sentenza stessa;

ii) tale interpretazione costituisce la necessaria risultante della concorrente applicazione di tutti i principi sopra richiamati, quali:

- la natura di atto plurimo (o a contenuto plurimo) della graduatoria di concorso;

- la conseguente scindibilità delle posizioni dei candidati, per cui nei confronti di coloro che non abbiano proposto ricorso la graduatoria diviene sempre inoppugnabile per acquiescenza;

- l'attitudine della cosa giudicata a fare esclusivo stato tra le parti del giudizio, senza alcuna possibilità di estensione a terzi cointeressati;

iii) in definitiva, il presente ricorso va accolto nel senso che la sentenza n. 5667/2015 deve essere eseguita così come convergentemente prospettato dall'appellante e dagli altri concorrenti graduati e qui costituitisi: e, cioè, nel senso di ricollocare la d nella posizione di graduatoria corrispondente al punteggio di 88,50 che le spetta sulla base della sentenza stessa, assegnandole conseguentemente la sede farmaceutica di Sassari per cui all'epoca aveva espresso la preferenza, lasciando inalterato il resto della graduatoria e delle assegnazioni già effettuate a favore dei farmacisti in essa inseriti e che avverso la stessa graduatoria non si erano gravati, prestandole così acquiescenza;

iv) non emerge, dalla sentenza passata in giudicato, alcun obbligo della Regione di riformulare la graduatoria in favore di altri soggetti che si trovino in posizioni sostanziali analoghe a quella dell'attuale ricorrente in ottemperanza.

6.6. Ma la peculiarità della presente controversia è che quello indicato sub iii) rappresenti l'esito della presente decisione cui dichiaratamente aspirino non solo le parti private costituite nel presente giudizio, ma anche la stessa Regione intimata che – come evidenziato al precedente capo 4 – ha espressamente asserito di condividere l'interpretazione della ricorrente circa l'obbligo della Regione medesima di riformulare la graduatoria solo *in parte qua*.

6.7. In proposito, la Sezione non può, tuttavia, esimersi dal rilevare come, se questa era la convinzione dell'Amministrazione soccombente nel giudicato e se la stessa era dubbiosa, come esposto nell'*incipit* della propria memoria 31.8.2017, in ordine al "come" dare esecuzione al giudicato stesso, era a sua disposizione il rimedio di cui all'art. 112 comma 5 c.p.a.: cioè – anziché rappresentare ai difensori della d , che la proposizione da parte di quest'ultima di una azione di ottemperanza "era l'unica via per avere

indicazioni su come operare" – ben avrebbe potuto (e dovuto) proporre autonomo ricorso ex art. 112, comma 5 c.p.a. "*al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza*", come recita tale disposizione.

6.8. Per tale ragione, appare inevitabile fare applicazione del principio della soccombenza nei riguardi della medesima Regione Sardegna, condannandola a risarcire le spese di lite (nella misura indicata in dispositivo) in favore della ricorrente; mentre può disporsi la compensazione delle spese di giudizio nei confronti degli altri farmacisti collocati in graduatoria, intimati e costituiti.

6.9. Conclusivamente, va ordinato alla Regione Sardegna di dare esecuzione alla sentenza n. 5667/2015 di questo Consiglio nel senso precisato alla lett. iii) del precedente capo 6.5.

La Regione dovrà a ciò provvedere entro il termine di giorni 60 (sessanta), decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza.

6.10. Stante la dichiarata disponibilità della Regione a dare esecuzione al giudicato una volta ottenuti i necessari chiarimenti sulle relative modalità attuative, non occorre disporre la nomina di un Commissario *ad acta*, come pure richiesto dalla ricorrente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), lo accoglie e, per l'effetto, ordina l'esecuzione della sentenza n. 5667/2015 di questo Consiglio, secondo i termini e le modalità di cui in motivazione.

Condanna la Regione Sardegna al pagamento delle spese di lite in favore della Dott. ssa , che si liquidano in complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge.

Spese compensate nei confronti delle altre parti intimate e costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Calderoni

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO