

Pubblicato il 14/09/2021

N. 06288/2021REG.PROV.COLL.
N. 01042/2021 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 1042 del 2021, proposto da Fallimento Farmacia San Bartolomeo di Angela Belinci e C. S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfonso Tordo Caprioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto come in atti;

contro

Regione Umbria, Comune di Passignano sul Trasimeno, Comune di Umbertide, Ordine dei Farmacisti della Provincia di Perugia, Fallimento della Società Luca della Robbia S.n.c. dei Dottori Angela Belinci, Giuliano Sisti e Massimiliano Vezzosi, non costituiti in giudizio;

Ufficio Territoriale del Governo di Perugia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Farma San Bartolomeo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Buchicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Rampini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 630/2020, resa tra le parti, concernente il provvedimento di decadenza dalla titolarità della farmacia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ufficio Territoriale del Governo di Perugia, di Farma San Bartolomeo S.r.l. e dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2021 il Cons. Stefania Santoleri; quanto alla presenza degli avvocati si fa rinvio al verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con il ricorso di primo grado, la ricorrente ha esposto che:

- la società “Farmacia San Bartolomeo s.a.s. di Angela Belinci” era titolare dell'autorizzazione all'esercizio della farmacia omonima sita in Passignano sul Trasimeno, fraz. Castel Rigone, nonché del dispensario farmaceutico collocato nella vicina frazione di Preggio del Comune di Umbertide.
- la predetta società è costituita dai soci Angela Belinci, accomandataria

e titolare del 50% delle quote per un importo di euro 5.000, e Giuliano Sisti, accomandante e titolare del 50% delle quote per un importo di euro 5.000.

- con atto a rogito del Notaio Luigi Sconocchia Silvestri del 3.3.2020, rep. 3019, racc. 2195, registrato a Perugia il 6 successivo, n. 5607, la Farmacia San Bartolomeo s.a.s. e la società ABIMOG S.R.L., con sede in Terni, hanno costituito una società, denominata Farma San Bartolomeo S.r.l. nella quale, a liberazione del capitale sottoscritto, la Farmacia San Bartolomeo ha conferito il ramo d'azienda costituito dalla titolarità e dall'esercizio della farmacia sita in Passignano sul Trasimeno, fraz. Castel Rigone, e del dispensario farmaceutico sito in Comune di Umbertide, fraz. Poggio;

- il conferimento del ramo d'azienda da parte della Farmacia San Bartolomeo veniva effettuato sotto la condizione sospensiva del rilascio del provvedimento di trasferimento della gestione della farmacia da parte della competente USL e, comunque, delle necessarie autorizzazioni amministrative;

- in data 16.3.2020, la società Farma San Bartolomeo ha chiesto alla ASL l'autorizzazione al trasferimento in proprio favore della titolarità della farmacia oggetto del conferimento e l'autorizzazione all'esercizio della stessa e del dispensario farmaceutico di Poggio;

- nelle more, con sentenza del Tribunale di Perugia del 12.3.2020 n. 21, è stato dichiarato il fallimento della società Luca della Robbia S.n.c. dei dottori Angela Belinci, Giuliano Sisti e Massimo Vezzosi, nonché dei soci illimitatamente responsabili Angela Belinci, Giuliano Sisti e Massimo Vezzosi.

- poiché i dottori Belinci e Sisti erano rispettivamente socio accomandatario e socio accomandante di Farmacia San Bartolomeo sas, dal 12.3.2020 il socio accomandatario ed unico amministratore Belinci

Angela è stato escluso di diritto dalla società, ai sensi dell'art. 2288 c.c. applicabile alle società in accomandita semplice per il rinvio operato dall'art. 2315 c.c. all'art. 2293 c.c.;

- l'art. 2288, comma 1, c.c. dispone "è escluso di diritto il socio che sia dichiarato fallito"; a norma dell'art. 2318, comma 2, c.c. "l'amministrazione della società può essere conferita soltanto a soci accomandatari"; inoltre l'art. 2323, comma 2, c.c. dispone "se vengono a mancare tutti gli accomandatari per il periodo indicato nel comma precedente (6 mesi n.d.a.), gli accomandanti nominano un amministratore provvisorio per gli atti di ordinaria amministrazione. L'amministratore provvisorio non assume la qualità di socio accomandatario";

- pertanto la società è così risultata priva dell'unico socio accomandatario (Dott.ssa Belinci) e dell'amministratore unico, nonché legale rappresentante e, come tale, impossibilitata ad agire ed esprimere la propria volontà negoziale.

2. - La ASL, con nota del 3.4.2020, ha dettato disposizioni contingibili ed urgenti alla Farmacia San Bartolomeo s.a.s. al fine di garantire comunque l'assistenza farmaceutica e le prestazioni sanitarie connesse, "tenendo conto delle limitazioni consequenziali alla sentenza di cui all'oggetto relativamente alla posizione dei due soci e comunque nel rispetto di tutte le disposizioni della Curatela Fallimentare".

2.1 - Con deliberazione del Commissario Straordinario del 25.6.2020 n. 754, allegata alla nota prot. 102755/2020 inviata il 26.06.2020, veniva dichiarata la decadenza dell'autorizzazione rilasciata alla Farmacia San Bartolomeo s.a.s. a causa della chiusura non autorizzata dell'esercizio per un periodo superiore a quindici giorni, ai sensi dell'art. 113, comma 1, lett. d, del Testo Unico delle Leggi Sanitarie, approvato con R.D. 27.7.1934 n 1265;

2.2 - Con nota della USL del 29.6.2020 prot. 102755, veniva dichiarata la improcedibilità dell'istanza di trasferimento a favore della neo costituita società Farma San Bartolomea s.r.l., in base, tra l'altro, alla dichiarata decadenza della titolarità della Farmacia in capo alla ricorrente con determina 754/2020.

3. - Avendo interesse all'impugnazione di tali atti, la ricorrente – ormai priva del socio accomandatario, proprio legale rappresentante (dott.ssa Belinci) – ha presentato istanza al Presidente del T.A.R. Umbria, evidenziando che la società Farmacia San Bartolomeo s.a.s., stante il fallimento della socia accomandataria Belinci Angela, non aveva rappresentante legale e quindi, nella prospettiva di impugnare gli atti amministrativi ritenuti lesivi, non vi era soggetto con potere di rappresentanza della società ricorrente e, quindi, legittimato a conferire mandato alle liti, chiedendo i provvedimenti ritenuti necessari ed urgenti, e la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art.78 c.p.c..

3.1 - Con provvedimento del 14 settembre 2020, comunicato a mezzo pec in pari data, il Presidente del T.A.R. Umbria ha declinato la giurisdizione a favore del Tribunale ordinario, disponendo tuttavia, in via cautelare, la sospensione del termine decadenziale per ricorrere in via giurisdizionale come indicato nel provvedimento sopra richiamato.

L'istante ha notificato il provvedimento alle controparti entro il termine di 5 (cinque giorni); ha quindi presentato una nuova istanza ai sensi dell'art. 78 c.p.c. al Presidente del Tribunale Ordinario di Perugia che con provvedimento del 20 ottobre 2020 ha nominato “curatore speciale” l'Avv. Monica Benedetti, a cui tuttavia la Cancelleria non ha notificato/comunicato la nomina.

L'avv. Monica Benedetti, appreso aliunde della nomina, solo in data 19 novembre 2020 la ha accettata (stante anche le problematiche ed i provvedimenti connessi alla emergenza Covid); quindi ha conferito

mandato in data 23 novembre 2020 al legale per presentare ricorso al Tribunale

Amministrativo regionale dell'Umbria.

3.2 - Il ricorso è stato notificato in data 24 novembre 2020 con istanza cautelare di sospensione.

3.3 - In esito alla iscrizione a ruolo, il Tribunale adito ha fissato la camera di consiglio del 15 dicembre 2020 per la discussione e la decisione sulla richiesta sospensiva. Si è costituita in giudizio la AUSL Umbria con una corposa memoria depositata in data venerdì 11 dicembre 2020 alle ore 12.20 (allegando 24 documenti), con cui, in via preliminare, ha eccepito la tardività e quindi la irricevibilità del ricorso e comunque, la infondatezza dello stesso.

Si è costituita in giudizio, quale cointeressata, la Farma San Bartolomeo s.r.l., chiedendo il rinvio dell'udienza e la riunione con altro proprio ricorso, avente ad oggetto l'impugnazione degli stessi atti amministrativi.

3.4 - Come si evince dalla sentenza appellata, alla camera di consiglio del 15 dicembre per la discussione della domanda cautelare, il Collegio ha deciso di convertire il rito e di trattenere, ai sensi dell'art.60 c.p.a., la causa per la sua immediata decisione in forma semplificata, "ricorrendone i presupposti di legge".

3.5 - Con la decisione gravata il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria ha ritenuto fondata la eccezione preliminare formulata dalla AUSL Umbria, dichiarando la irricevibilità del ricorso, con compensazione delle spese.

4. - Avverso tale decisione la ricorrente ha proposto appello, deducendo due motivi di impugnazione avverso la sentenza di irricevibilità, reiterando anche le doglianze dedotte in primo grado ed assorbite dal giudice di prime cure.

4.1 - Si è costituita in giudizio la AUSL che ha replicato alle doglianze proposte chiedendone il rigetto.

4.2 - Si è costituita anche la Farma San Bartolomeo aderendo alle tesi difensive dell'appellante.

4.3 – Con sentenza n. 33 del 14/5/2021 il Tribunale di Perugia, Sezione Fallimentare, ha dichiarato il fallimento della ricorrente Farmacia San Bartolomeo S.a.s.

La AUSL appellata ha quindi chiesto la declaratoria di interruzione del giudizio.

4.4. – Con comparsa del 24/6/2021 il Fallimento Farmacia San Bartolomeo S.a.s. si è costituito in prosecuzione del giudizio, insistendo per la definizione della controversia all'udienza pubblica già fissata del 29 luglio 2021.

4.5 - Le parti hanno depositato scritti difensivi a sostegno delle rispettive tesi.

5. - All'udienza pubblica del 29 luglio 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

6. - L'appello è fondato e va, dunque, accolto.

7. – Va dato atto, preliminarmente, che la costituzione del Fallimento Farmacia San Bartolomeo S.a.s. consente la definizione del giudizio senza ricorrere all'interruzione.

8. - Con il primo motivo l'appellante ha dedotto le doglianze di *“Violazione del contraddittorio, violazione del diritto di difesa e degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione della Repubblica Italiana”* rappresentando che il Tribunale aveva fissato l'udienza camerale per discutere la istanza di sospensiva per il giorno 15 dicembre 2020; la Ausl Umbria si era costituita in giudizio in data 11 dicembre (venerdì) con memoria depositata telematicamente alle 12.20, e dunque prodotta, ai fini dell'esercizio dei diritti difensivi della controparte, il giorno

successivo.

La decisione di “convertire il rito” e decidere la causa immediatamente con sentenza semplificata avrebbe leso il suo diritto di difesa impedendole di controdedurre sulla corposa memoria della resistente, e di proporre motivi aggiunti in conseguenza della produzione documentale effettuata dalla resistente AUSL.

La tempistica del deposito della costituzione avversaria (avvenuta 2 giorni liberi prima dell’udienza camerale) le avrebbe impedito anche di richiedere la discussione in presenza, con istanza da depositare 5 gg. prima della udienza.

Ha quindi dedotto che il disposto di cui all’art. 25 d.l. 137/2020, poi convertito in legge, secondo cui il Tribunale può “senza avviso” decidere la causa con sentenza semplificata, non potrebbe che essere interpretato in senso costituzionalmente orientato, poiché in difetto, ove applicato pedissequamente a tutte le fattispecie, integrerebbe un evidente vulnus al diritto di difesa, al contraddittorio ed alla effettività della tutela giudiziaria.

Nella fattispecie in esame il TAR avrebbe dovuto tenere conto della particolarità della situazione e differire la udienza, e/o comunque non convertire il rito, tanto più che era stata già presentata dalla Farma San Bartolomeo l’istanza di riunione con il ricorso da essa avanzato.

L’appellante ha quindi chiesto al Collegio di valutare la sussistenza dei presupposti per disporre il rinvio al primo giudice ai sensi dell’art. 105 c.p.a. per violazione del diritto di difesa, ovvero di

di ritenere ammissibile, anche ex art. 37 c.p.a., la proposizione dei motivi aggiunti (ove tali siano considerati dal Giudice adito), in seguito sviluppati e specificati, in conseguenza dei documenti prodotti dalla resistente AUSL Umbria sub 7, 8 e 9 , relativi alle note inviate dal Curatore fallimentare del Fallimento Luca della Robbia s.n.c..

8.1 - Tale doglianza non può essere condivisa.

Condivisibilmente la AUSL Umbria n. 1 ha rilevato che la propria costituzione e memoria difensiva è intervenuta nei termini. Il legislatore ha previsto all'art. 4, comma 1, del D.L. n. 28/2020 (applicabile al giudizio di primo grado) che la richiesta di trattazione dell'udienza da remoto per gli affari cautelare deve essere proposta 5 giorni prima dell'udienza: ne consegue che la ricorrente in primo grado era ben consapevole che la AUSL avrebbe potuto costituirsi (con deposito di memorie e documenti) entro 2 giorni liberi prima dell'udienza camerale; non a caso il legislatore ha previsto nello stesso art. 4 la possibilità di depositare note di udienza entro le ore 12.00 del giorno antecedente l'udienza, al fine di consentire alle parti di rappresentare al giudice le circostanze che avrebbe potuto esporre nell'udienza svolta in presenza delle parti.

L'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020 prevede espressamente che “gli affari in trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, omissis ogni avviso”.

Ne consegue che l'appellante avrebbe potuto rappresentare al giudice di primo grado le proprie esigenze difensive (chiedendo la discussione orale, cautelativamente, nell'ipotesi di costituzione della controparte, ovvero semplicemente depositando note difensive nelle quali rappresentare l'esigenza di proporre motivi aggiunti).

8.2 - Ne consegue che non sussiste la violazione del diritto di difesa dell'appellante e, dunque, non ricorrono i presupposti per disporre l'annullamento con rinvio ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

8.3 - Per quanto concerne la pretesa ad introdurre ulteriori motivi di ricorso in grado di appello, è sufficiente rilevare il difetto di interesse

dell'appellante a coltivare tale richiesta alla luce dell'accoglimento del ricorso per i motivi già ritualmente dedotti.

9. - Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto la censura di *“Infondatezza ed erroneità della declaratoria di irricevibilità del ricorso introduttivo violazione dell'art.61 e 29 c.p.a.; violazione degli artt. 3, 24 e 111 della costituzione; in subordine sussistenza presupposti per applicazione dell'art.37 c.p.a. e rimessione in termini”* contestando la pronuncia di irricevibilità del ricorso di primo grado.

Secondo il TAR, infatti, il ricorso sarebbe tardivo perché notificato il 24 novembre 2020, sebbene il termine ultimo per l'impugnazione sarebbe maturato *“al 09 ottobre 2020”*.

Il decreto presidenziale del 14/9/2020, infatti, aveva disposto la sospensione del termine decadenziale di impugnazione *“subordinatamente alla presentazione dell'istanza prevista dall'art. 78 e sino alla data del provvedimento del giudice sulla stessa, ove intervenga entro il 15.mo giorno dalla data del presente decreto, e comunque non oltre sessanta giorni dalla data stessa ai sensi del comma 5 dell'art. 61, c.p.a.”*

Il TAR ha ritenuto che, quanto alla efficacia temporale del provvedimento presidenziale del 14 settembre 2020, di sospensione del termine di impugnazione, *“ l'art. 61 comma 5 c.p.a. dispone che il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso la misura concessa ai sensi del presente articolo perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa”*.

Pertanto, secondo il Tribunale, il termine decadenziale – in forza del decreto presidenziale del 14 settembre, sarebbe stato sospeso fino al “28 settembre (quindici giorni), e quindi il termine di impugnazione dei provvedimenti gravati, ricominciando a decorrere dal 29 settembre sarebbe “venuto a scadere in data 9 ottobre 2020” (pag.6 sentenza appellata).

9.1 - Tale statuizione è stata contestata dall'appellante deducendo la non correttezza del calcolo, anche alla luce della tempistica relativa alla nomina del curatore speciale a cui si è fatto cenno in precedenza; l'appellante ha anche dedotto, che in ogni caso – tenuto conto del ritardo con il quale il curatore era stato nominato ed aveva accettato l'incarico – il TAR avrebbe dovuto riconoscere l'errore scusabile ex art. 37 c.p.a., essendo di fatto impossibilitato a proporre ricorso fino al 19 novembre 2020, data in cui il curatore speciale ha accettato la nomina.

9.2 - La censura è condivisibile.

A prescindere dalla correttezza dell'interpretazione del decreto presidenziale e, di conseguenza, dalle modalità di computo del calcolo dei giorni di sospensione, resta incontestato che:

- il curatore speciale è stato designato dal Presidente del Tribunale di Perugia il 20 ottobre 2020;
- quest'ultimo ha accettato la nomina solo in data 19/11/2020;
- la procura ad litem è stata conferita in data 23/11/2020;
- il ricorso al TAR è stato notificato il 24/11/2020.

Poiché fino al momento dell'accettazione da parte dell'Avv. Monica Benedetti dell'incarico di curatore speciale la società non poteva conferire mandato ad un difensore e proporre l'azione, ricorrono i presupposti per il riconoscimento dell'errore scusabile ex art. 37 c.p.a., ricorrendo il presupposto del “grave impedimento di fatto” alla proposizione del ricorso.

Ne consegue che la sentenza di primo grado va riformata.

10. - Vanno quindi esaminati i motivi di ricorso di primo grado, assorbiti dal TAR, e riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

10.1 - Con il primo motivo riproposto l'appellante ha dedotto la censura di *“Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10 bis della l. 7.8.1990 n. 241 anche in relazione all'art. 7 della stessa l. 241/1990”*; con il secondo motivo, ha quindi dedotto il vizio di *“Violazione dell'art. 7 della 8.8.1990 n. 241 – violazione e/o falsa e/o errata applicazione dell'art. 113, comma 1, lett. d, del r.d. 27.7.1934 n. 1265 - eccesso di potere per difetto di motivazione – eccesso di potere per omessa e/o errata valutazione dei presupposti– eccesso di potere per difetto di istruttoria”* evidenziando che la Azienda USL non avrebbe consentito il contraddittorio in sede procedimentale, né prima di adottare il provvedimento di decadenza, né prima di emettere il rigetto della domanda di trasferimento dell'autorizzazione in favore della Farma San Bartolomeo S.r.l.: secondo l'appellante la mancata osservanza delle suddette modalità procedurali avrebbe viziato in maniera irrimediabile i provvedimenti impugnati, poiché avrebbe impedito al destinatario di evidenziare profili utili ai fini dell'adozione di atti aventi un contenuto diverso, come rappresentato con le argomentazioni illustrate nell'atto di appello.

10.2 - La AUSL Umbria 1 ha controdedotto tale doglianza sostenendo che si sarebbe trattato di atti vincolati per i quali avrebbe potuto omettersi la comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della L. 241/90 ed il preavviso di rigetto ex art. 10 bis della stessa legge: l'appellante, infatti, avrebbe volontariamente chiuso la farmacia senza ottemperare alle prescrizioni dell'Amministrazione che le imponevano di tenerla aperta; alla luce di tale circostanza, il vizio sarebbe solo formale, e come tale superabile ai sensi dell'art. 21 octies

L. 241/90, atteso che l'esito del procedimento non avrebbe potuto mutare a seguito della partecipazione procedimentale.

Tali ragioni, secondo l'appellata, consentirebbero di respingere anche la doglianza relativa al provvedimento di diniego di trasferimento dell'autorizzazione, adottato in via derivata rispetto all'atto decadenziale ex art. 113, comma 1, lett. d) del R.D. n. 1265/1934.

10.3 - La tesi dell'Amministrazione non può essere condivisa alla luce della particolarità del caso di specie, caratterizzato dalla circostanza che la Farmacia San Bartolomeo si era trovata – a causa del fallimento dell'altra società Luca della Robbia S.n.c. – senza l'amministratore (dott.ssa Belinci) che fungeva anche da direttore tecnico.

Ritiene il Collegio che tenuto conto della singolarità della vicenda verificatasi, sarebbe stato necessario un approfondimento in contraddittorio tra le parti, consentendo alla Farmacia San Bartolomeo di rappresentare le proprie ragioni prima di adottare il provvedimento di decadenza dall'autorizzazione, fondato sulla chiusura non autorizzata della farmacia per oltre 15 giorni, senza tener conto della specifica situazione che si era creata.

Nelle proprie difese la dott.ssa Belinci, infatti, ha rappresentato che, a causa della dichiarazione di fallimento della società Luca della Robbia e dei soci, non poteva più svolgere l'attività di amministratore e legale rappresentante della farmacia; solo con la nomina del curatore speciale da parte del Presidente del Tribunale di Perugia, ha avuto la possibilità di impugnare gli atti lesivi della propria sfera giuridica; pertanto non avrebbe potuto impugnare il provvedimento del 3/4/2020 prot. n. 61968 e la diffida del 27/5/2020, nei confronti dei quali – secondo l'Amministrazione – avrebbe prestato acquiescenza; la decadenza dalla qualità di socio accomandatario e legale rappresentante avrebbe avuto – a dire della ricorrente in primo grado – ripercussioni sulla sua

condizione di direttore tecnico della farmacia e sulla possibilità di provvedere alla nomina di un soggetto in sua sostituzione.

10.4 - In sintesi, l'appellante ha sostenuto che gli atti con i quali la AUSL le aveva ordinato di tenere aperta la farmacia si scontravano la sua specifica condizione; ha anche rilevato che la ASL avrebbe potuto assumere provvedimenti alternativi a tutela della salute pubblica, anziché procedere alla declaratoria di decadenza dall'autorizzazione.

In sostanza, l'appellante ha fornito in giudizio elementi che avrebbero dovuto essere valutati dall'Amministrazione in sede procedimentale, prima di addivenire all'adozione del provvedimento decadenziale.

10.5 - Ritiene, dunque, il Collegio che, tenuto conto della complessità della situazione e della gravità degli effetti derivanti dal provvedimento di decadenza, dovevano essere assicurate le garanzie partecipative al procedimento, prima tra tutte la comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della L. 241/90; le stesse garanzie partecipative dovevano essere osservate prima del diniego di autorizzazione al trasferimento dell'autorizzazione richiesto dalla società Farma San Bartolomeo S.r.l.

10.6 - La natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse come quella in questione; la giurisprudenza più avveduta afferma la sussistenza dell'obbligo di avviso dell'avvio anche nella ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa (cfr. C.d.S. sez. VI 20.4.2000 n. 2443; C.d.S. 2953/2004; 2307/2004 e 396/2004).

Invero, non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che

possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19/10/2006, n.8683).

Tale principio è stato riaffermato di recente dalla giurisprudenza sostenendo che “È illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva “comunicazione di avvio del procedimento” ex art. 7 l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerga che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso” (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 26/08/2020, n.750).

11. - L'appello va quindi accolto, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

12. - Le spese del doppio grado di giudizio possono compensarsi tra le parti, tenuto conto dell'alternativo esito dei giudizi e della complessità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO