

3 settembre 2008

**Oggetto :** Azienda Sanitaria Locale TO1 – Realizzazione poliambulatorio con parcheggi – Cessione del diritto di superficie sostitutiva del prezzo per la realizzazione dei parcheggi.

In esito a quanto richiesto con nota n. 44734 del 8 aprile 2008 si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 3 settembre 2008 ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente, stante l'opportunità di esaminare la fattispecie prospettata dalla richiedente ASL anche alla luce dei riferimenti da essa citati e, dunque, di una possibile configurabilità del pagamento del corrispettivo mediante la cessione di beni immobili di proprietà pubblica, si delinea il relativo quadro normativo di riferimento.

Detto istituto non costituisce una novità nell'ordinamento giuridico nazionale, in quanto già previsto dalla legge n. 109 del 1994 all'articolo 19, comma 5-ter, nel testo modificato a seguito della legge n. 415 del 1998, c.d. Merloni-ter.

La previsione, abrogata a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 163 del 2006, era la seguente: "In sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo dell'appalto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'appaltatore della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice già indicati nel programma di cui all'articolo 14 in quanto non assolvono più a funzioni di interesse pubblico; fermo restando che detto trasferimento avviene non appena approvato il certificato di collaudo dei lavori, il bando di gara può prevedere un momento antecedente per l'immissione nel possesso dell'immobile".

L'articolo 14, comma 4, della legge n. 109 del 1994, già disciplinante la programmazione per i lavori pubblici, prevedeva che: " Nel programma triennale sono altresì indicati i beni immobili pubblici che, al fine di quanto previsto all'articolo 19, comma 5-ter, possono essere oggetto di diretta alienazione anche del solo diritto di superficie, previo esperimento di una gara; tali beni sono classificati e valutati anche rispetto ad eventuali caratteri di rilevanza storico-artistica, architettonica, paesaggistica e ambientale e ne viene acquisita la documentazione catastale e ipotecaria."

Analoghe previsioni sono contenute nel decreto legislativo n. 163 del 2006, in particolare l'articolo 53, comma 6 prevede che "In sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma di cui all'articolo 128 per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. Possono formare oggetto di trasferimento ai sensi del presente comma anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione del patrimonio pubblico, purchè non sia stato già pubblicato il bando o avviso per l'alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo".

Inoltre, l'articolo 128, comma 4, in tema di programmazione, ha previsto che: "Nel programma triennale sono altresì indicati i beni immobili pubblici che, al fine di quanto previsto dall'articolo 53, comma 6, possono essere oggetto di diretta alienazione anche del solo diritto di superficie, previo esperimento di una gara; tali beni sono classificati e valutati anche rispetto ad eventuali caratteri di rilevanza storico-artistica, architettonica, paesaggistica e ambientale e ne viene acquisita la documentazione catastale e ipotecaria."

In dottrina, è stata richiamata l'interpretazione sistematica proposta già nel vigore della legge Merloni, relativamente alla possibilità di prevedere la cessione del diritto di superficie, non espressamente previsto a titolo di corrispettivo ex articolo 53 comma 6 del codice né già dall'articolo 19, comma 5-ter, accanto al diritto di proprietà, come al contrario espressamente previsto nell'art. 128, comma 4 del codice e dell'art. 14, comma 4 della legge n. 109 del 1994 (si cfr. Trattato sui contratti pubblici, III, "Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione", M. Lombardo, "Il pagamento del corrispettivo mediante cessione dei beni immobili") .

Riprendendo le elaborazioni dottrinarie nel vigore della legge Merloni, secondo cui il difetto di coordinamento era imputabile ad una "svista" del legislatore, frutto di un errore non corretto neanche in occasione di approvazione del regolamento attuativo, secondo il citato Autore, "l'antinomia attualmente riprodotta, comunque, era ed è superabile aderendo alla tesi dominante che configura il diritto di superficie alla stregua di una <<particolare forma del diritto di proprietà>>. Il contraente privato, quindi, in qualità di superficiario, potrebbe acquisire il diritto di edificare su un terreno di proprietà dell'amministrazione, divenendo successivamente proprietario dell'eventuale opera realizzata, oppure potrebbe acquisire la proprietà di un preesistente fabbricato disgiunta da quella dell'area su cui l'immobile insiste (art. 952 c.c.).".

Tutto ciò premesso in ordine all'ambito oggettivo di applicabilità della norma, si evidenzia, altresì, che il legislatore impone alcuni requisiti affinché possa essere prevista la cessione sostitutiva di beni in luogo del corrispettivo.

In primo luogo, l'indicazione dei beni immobili nella programmazione triennale costituisce una condizione necessaria per l'applicabilità dell'istituto; oltre che alle funzioni "istituzionali" previste per legge, la programmazione assolve alla funzione necessaria di "stima" del bene, aspetto questo che appare imprescindibile in un'operazione in cui il valore dell'area in relazione agli immobili costruendi costituisce il corrispettivo dell'appalto e che potrebbero realizzare un effettivo valore di mercato superiore a quanto previsto a titolo di corrispettivo, con conseguente arricchimento ingiustificato dell'appaltatore.

Vero è che allo scadere del termine di 99 anni il diritto di superficie si estinguerebbe ed il proprietario del suolo (il Comune di Torino) diverrebbe proprietario della costruzione, riespandendosi il principio generale dell'accessione dell'immobile all'immobile (articolo 934 codice civile, derogato dall'articolo 952 sul diritto di superficie), ma l'aspetto programmatico appare, comunque, requisito ineludibile.

Sul punto, l'Autorità si è pronunciata con la deliberazione n. 179 del 24.11.2004, secondo cui: «Nessun rilievo è da formularsi relativamente alla previsione nel bando del corrispettivo rappresentato unicamente dagli immobili, considerato che il trasferimento dei beni può avvenire in sostituzione anche totale delle somme di denaro (articolo 19, co. 5-ter, L. 109/94). Peraltro, condizione necessaria per l'applicazione dell'istituto è rappresentata dal preventivo inserimento nel programma triennale di cui all'articolo 14 della legge 109/94, come strumenti finanziari per la realizzazione dei lavori, e quindi che siano stati indicati come beni che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. ...».

Inoltre, come già sopra rilevato per incidens, il legislatore prevede, quale ulteriore requisito, che la cessione dei beni immobili, o la costituzione dei diritti reali di godimento su di essi a titolo sostitutivo del prezzo possa avvenire unicamente mediante beni che non "assolvono più a funzioni di interesse pubblico".

Da quanto sopra esposto, si può ritenere che la prospettazione della Azienda Sanitaria Locale di Torino di bandire un'unica gara di appalto per la realizzazione di un Poliambulatorio e dei relativi parcheggi, con la previsione della cessione a terzi del diritto di superficie per la parte del corrispettivo relativa ai parcheggi eccedenti la quota pertinenziale, possa essere condivisibile al ricorrere delle seguenti condizioni:

1. la cessione a terzi del diritto di superficie dell'area relativa ai parcheggi eccedenti la quota pertinenziale deve essere inserita nella programmazione triennale delle opere pubbliche della Azienda Sanitaria Locale To1, nonché della Città di Torino, con l'espressa indicazione che detta area non assolve più a funzioni di pubblico interesse e, come tale, il relativo diritto di superficie sia suscettibile di essere trasferito a terzi con il vincolo della realizzazione dei parcheggi;
2. la cessione a terzi del diritto di superficie per la parte del corrispettivo relativa ai parcheggi eccedenti la quota pertinenziale deve essere prevista e disciplinata nel successivo atto, stipulato di intesa tra la Azienda Sanitaria Locale To1, e la Città di Torino, cui rinvia espressamente la deliberazione del Consiglio comunale del 15 ottobre 2007 n. 2007/004842, avente ad oggetto la costituzione del diritto di superficie novantanovenne in favore della Azienda Sanitaria Locale To1.