

Determinazione n. 8/2005 del 13 ottobre 2005

“Cessione del diritto di superficie su aree pubbliche per la realizzazione di parcheggi.”

Considerato in fatto

Sono pervenute a questa Autorità alcune richieste di parere relative alla fattispecie in oggetto, come di seguito rappresentate.

1) Un'Amministrazione comunale intende realizzare su un proprio terreno un parcheggio in cui costruire dei box/posti auto da cedere a soggetti proprietari - residenti e/o domiciliatari - di unità immobiliari nell'ambito di influenza di detta area.

A tal fine il Comune intende avvalersi di capitale privato ricorrendo ad un operatore, scelto con gara, cui concedere il diritto di superficie della durata di 90 anni nel sottosuolo della suddetta area pubblica. L'operatore costruirà con mezzi e capitali propri i box/posti auto, ottenendo come remunerazione la cessione di questi ultimi a terzi. Per espletare la suindicata procedura, l'Amministrazione intende dunque sapere se può ricorrere alla legge n. 122 del 24/03/1989, ed in particolare all' Art. 9, co. 4 della stessa, o se invece la fattispecie è suscumbibile nell'istituto della c.d. concessione di costruzione e gestione di cui alla legge n. 109/94.

2) Analogamente, un'Amministrazione provinciale intende cedere, in diritto di superficie, mediante gara vincolata alla realizzazione di un parcheggio interrato a più piani e sulla base di un progetto di massima redatto dall'Amministrazione, un ampio giardino di un edificio parzialmente adibito ad uffici provinciali e confinante con una via pubblica. L'acquirente pagherà il corrispettivo del diritto di superficie con la cessione alla Provincia di una parte dei parcheggi realizzati, sicché la porzione destinata all'Amministrazione avrà ingresso separato rispetto ai restanti piani della costruzione.

La stessa Provincia intende avvalersi di una simile procedura anche per altri interventi (analoga iniziativa è prevista, ad esempio, per la realizzazione di un campo di calcio). In particolare, intende concedere a terzi l'utilizzazione e la gestione di aree esterne di edifici scolastici imponendo alcuni “oneri contrattuali”: realizzazione di tensostruttura, in moduli prefabbricati di acciaio zincato, copertura in tessuto plastico a doppia membrana (oneri di esecuzione a carico del concessionario); pagamento di un canone di concessione, utilizzazione della struttura da parte della scuola in alcune fasce orarie con addebito alla Provincia delle spese generali (pulizia e utenze); acquisizione a titolo gratuito del bene al patrimonio provinciale al termine del periodo di concessione fissato in 15 anni.

Sulla base di quanto sopra, l'Amministrazione provinciale ritiene, nel primo caso, di escludere l'applicazione della legge n. 109/94 e s.m., trattandosi di alienazione del diritto “a titolo definitivo”, che si sostanzia, quindi, in un'operazione con valenza economica, in quanto la realizzazione dell'opera solo in parte sarebbe di proprietà dell'ente e puramente a titolo di corrispettivo. Nel secondo caso, invece, l'Amministrazione solleva dei dubbi in ordine alla riconducibilità dell'operazione alla normativa sui lavori pubblici, chiedendo all'Autorità un parere sulla corretta qualificazione delle operazioni sopra descritte e sulla disciplina da applicare alle relative procedure di attuazione.

3) Un'associazione di categoria ha richiesto un parere in ordine all'applicabilità del beneficio della riduzione della cauzione di cui all' Art. 8, co. 11- *quater*, della legge quadro in una procedura indetta da un Comune, ai sensi dell' Art. 7 della legge regionale Liguria n. 10/1997, per la cessione del diritto di superficie su aree di proprietà comunale per la realizzazione di parcheggi privati. Al riguardo, il bando prevede che:

- la domanda può essere presentata da società, anche cooperative, appositamente costituite, enti, società o imprese a partecipazione comunale, imprese di costruzione singole o in ATI o in consorzi;

- alla domanda dovranno essere allegati i seguenti documenti: documentazione comprovante l'affidabilità tecnico-economica del soggetto, e tra questa è richiesta la qualificazione SOA nella categoria OG1, mentre non è indicata la classifica in quanto l'importo presunto dei lavori è stimato dai concorrenti; per i concorrenti non in possesso di detta qualificazione, è prevista la possibilità di indicare nella domanda il soggetto incaricato della sola realizzazione dell'opera producendo per lo stesso la relativa documentazione; elaborati progettuali del parcheggio; stima dei costi dell'intervento, programma di manutenzione dell'opera, cauzione del 2% sull'importo lavori.

- le domande sono valutate da apposita commissione, con assegnazione di punteggi in ordine al merito tecnico della progettazione e del programma di manutenzione.

- all'esito della procedura verrà stipulata una convenzione per la cessione del diritto di superficie con la quale il concessionario si impegna a provvedere a proprie spese alla progettazione e realizzazione dell'opera, a versare un corrispettivo per il diritto di superficie e a subcedere quote di titolarità del diritto di superficie a determinate categorie di assegnatari di posti auto (proprietari di unità immobiliari ad uso abitativo o non abitativo, esercenti attività economiche, professionali, o non lucrative, residenti non proprietari etc.)

Traendo spunto dalle fattispecie in esame, appare opportuno un chiarimento di carattere generale sulla problematica rappresentata nonché sulla disciplina applicabile nel caso di cessione del diritto di superficie su aree pubbliche per la realizzazione di parcheggi.

Ritenuto in diritto

In primo luogo, sembra opportuno evidenziare che le suindicate fattispecie afferiscono per lo più ad interventi disciplinati dalla legge 24 marzo 1989 n. 122, (come successivamente modificata in particolare dalla legge n. 127/1997, D.P.R. n. 380/2001, legge n. 185/2002) recante *“disposizioni in materia di parcheggi, programma triennale per le aree urbane maggiormente popolate, nonché modificazioni di alcune norme del testo unico sulla disciplina della circolazione stradale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n. 393”*.

Detta legge, nell'istituire un fondo per gli investimenti nel settore dei parcheggi, disciplina il procedimento e gli adempimenti che le Amministrazioni interessate devono espletare per l'ammissione ai relativi contributi e, a tal fine, distingue tra realizzazione di parcheggi pubblici e realizzazione di quelli privati. Così, per i primi l' Art. 5 dispone che il comune interessato provvede alla progettazione ed alla esecuzione dei lavori, nonché alla gestione del servizio direttamente ovvero mediante concessione di costruzione e gestione con affidamento a società, imprese di costruzione anche cooperative, o loro consorzi. La concessione è subordinata alla stipula di una convenzione redatta secondo gli schemi-tipo predisposti dal Ministro per i problemi delle aree urbane di concerto con il Ministro del tesoro e diretta, tra l'altro, a garantire l'equilibrio economico della gestione; non può avere durata superiore a novanta anni e può prevedere la costituzione di diritti di superficie su parte o sull'intera area.

Per la realizzazione di parcheggi privati, invece l' Art. 9, commi 1 e 2, stabilisce che i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati, parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari. Tali parcheggi possono essere realizzati, ad uso esclusivo dei residenti, anche nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato, purché non in contrasto con i piani urbani del traffico, tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela dei corpi idrici.>L'esecuzione di tali opere ed interventi è soggetta a denuncia di inizio attività.

Ai sensi del successivo comma 4 della disposizione in esame, i Comuni, previa determinazione dei criteri di cessione del diritto di superficie e su richiesta dei privati interessati o di imprese di costruzione o di società anche cooperative, possono prevedere, nell'ambito del programma urbano dei parcheggi, la realizzazione di parcheggi da destinare a pertinenza di immobili privati su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse.

La costituzione del diritto di superficie è subordinata alla stipula di una convenzione nella quale siano previsti: a) la durata della concessione del diritto di superficie per un periodo non superiore a novanta anni; b) il dimensionamento dell'opera ed il piano economico-finanziario previsti per la sua realizzazione; c) i tempi previsti per la progettazione esecutiva, la messa a disposizione delle aree necessarie e la esecuzione dei lavori; d) i tempi e le modalità per la verifica dello stato di attuazione nonché le sanzioni previste per gli eventuali inadempimenti.

Si rileva, infine, che ai sensi dell' Art. 11 della legge regionale Liguria 25 marzo 1997 n. 10, recante “ *Interventi della Regione per la programmazione e attuazione di parcheggi e infrastrutture per la mobilità e per il traffico nelle aree urbane*”, l' Art. 9, comma 4, della legge n. 122/1989 (sopra illustrato) è stato sostituito dall' Art. 7 della stessa legge regionale, ai sensi del quale i Comuni individuano nell'ambito dei programmi integrati per la mobilità, le aree di loro proprietà entro le quali, mediante cessione del diritto di superficie, possono realizzarsi in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici vigenti, parcheggi privati anche non pertinenziali. I Comuni predispongono a tal fine apposito bando triennale che definisce i requisiti dei soggetti aventi diritto, le modalità di concessione del diritto di superficie sulle aree, l'ambito territoriale di riferimento per soddisfare il fabbisogno di parcheggio degli insediamenti, la documentazione tecnico-progettuale necessaria, le clausole riguardanti la cessione dei parcheggi non pertinenziali. La costituzione del diritto di superficie è subordinata alla stipula di una convenzione recante altresì l'impegno del soggetto attuatore e suoi aventi causa a non mutare la destinazione d'uso. I parcheggi pertinenziali non possono essere ceduti separatamente dall'unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale.

Il quadro normativo appena riportato persegue, dunque, la finalità di promuovere la realizzazione d'immobili destinati a parcheggi sia pubblici sia privati, anche al fine di decongestionare il traffico, prevedendo una serie di agevolazioni di natura finanziaria. Al fine di accedere alle suddette agevolazioni, le Amministrazioni interessate, come stabilito dall' Art. 3 della Legge n. 122/89, sono tenute a redigere ed approvare il piano urbano dei parcheggi (P.U.P.), indicando quindi le localizzazioni e i dimensionamenti dei parcheggi in relazione ai fabbisogni e al piano urbano del traffico.

Con particolare riferimento ai parcheggi definiti nelle suddette norme quali “privati” e “pertinenziali”, si rileva in particolare che, mentre quelli previsti dall' Art. 9, commi 1 e 2, sono privati in senso stretto, in quanto realizzati nel sottosuolo o nel piano terreno di immobili privati, e soggetti a denuncia di inizio attività, quelli disciplinati dal comma 4, sopra riportato, non possono ritenersi tali in quanto pur previsti -previa determinazione dei criteri di cessione del diritto di superficie - per essere destinati a pertinenza di immobili privati, gli stessi vengono realizzati su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse.

Sicché, il termine “pertinenzialità” sta solo ad indicare il rapporto di servizio fra il parcheggio e l'immobile privato, per cui l'Amministrazione deve stabilire e indicare precisi criteri per valutare in concreto l'esistenza di tale rapporto di servizio (zona delimitata o distanza dell'immobile dal parcheggio). Inoltre, la normativa prevede l'inalienabilità della pertinenza dall'immobile principale, essendo considerato il parcheggio stesso “asservito”, quindi indispensabile all'uso dell'unità immobiliare

Appare, dunque, evidente che il parcheggio è definito nella normativa *de qua* “privato” solo perché “asservito” ad un'immobile privato, ma non può essere ritenuto tale giuridicamente, in quanto realizzato su aree pubbliche, cedute al privato esclusivamente in diritto di superficie.

Al riguardo giova ricordare che il diritto di superficie è un diritto reale di godimento su cosa altrui regolato dal combinato disposto degli artt. 952 e 954 c.c. come il diritto di fare e mantenere una costruzione al di sopra o al di sotto di aree di *proprietà altrui*, sicché allo scadere del termine pattuito tra le parti, il diritto di superficie si estingue ed il proprietario del suolo diventa proprietario anche della costruzione.

Pertanto, sebbene nella fattispecie in esame l'opera è realizzata per essere asservita ad un'unità immobiliare privata, la stessa è senz'altro un'opera di pubblico interesse perché soddisfa esigenze d'interesse generale (il decongestionamento del traffico) e come tale è inserita in un atto di programmazione territoriale (P.U.P.); è opera d'urbanizzazione ed è destinata a ritornare, al termine della durata del diritto di superficie, nella disponibilità comunale.

Conseguentemente, la costruzione di parcheggi, quali quelli in argomento, in quanto opere di interesse generale, realizzate su aree pubbliche destinate a tornare in regime di “piena proprietà”

nel patrimonio dell'ente interessato allo scadere del termine di durata del diritto superficario, rientrano nella nozione di "opere pubbliche".

E' quanto peraltro affermato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons.Stato sent. del 15/03/2001 n. 1514) ad avviso della quale si deve ritenere pubblica, ove finalizzata allo svolgimento di un pubblico servizio, anche l'opera comunque destinata a passare in mano pubblica e non soltanto quella che sia tale *ab origine* (alla stregua di tale principio il giudice amministrativo ha ritenuto illegittima la concessione di terreno comunale per la realizzazione e la gestione di impianti sportivi per la durata di 99 anni, senza il previo esperimento di gara ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario). Laddove per servizio pubblico si intende, sul piano oggettivo, un'attività esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale e collocata in un ordinamento di settore al vertice del quale è posta un'autorità pubblica di vigilanza, indirizzo e controllo.

Da quanto sopra consegue, dunque, che per la realizzazione dei parcheggi *de quibus* non può essere costituito *sic et simpliciter* un diritto di superficie in favore di privati, i quali realizzano a propria cura e spese le relative opere, ma deve necessariamente trovare applicazione la disciplina sui lavori pubblici di cui alla legge n. 109/1994 e s.m.i., con conseguente scelta del costruttore con le procedure ivi contemplate. Se così non fosse, infatti, ci sarebbe una palese violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, principi che si traducono nella necessità di espletare una procedura ad evidenza pubblica nella forme indicate dalla suddetta normativa di settore.

In tal senso si è espressa anche questa Autorità con determinazione n. 22 del 30.7.2002, nella quale è stata, tra l'altro, richiamata la tassatività del disposto di cui all' Art. 19, c. 1, della legge quadro che prevede l'indicazione dei tipi di contratto ammessi (contratto di appalto e di concessione).

Le fattispecie sottoposte all'attenzione dell'Autorità da parte delle Amministrazioni richiedenti sembrano invece riferibili ad una mera concessione amministrativa di area pubblica, che si caratterizza di norma per l'utilizzazione soltanto privata del bene, dietro corrispettivo di un canone proporzionato a tale utilizzazione e che si concretizza nell'affidamento diretto al richiedente dell'area. Appare evidente che non può detto istituto essere utilizzato per la realizzazione di opere pubbliche, nel senso anzidetto, in quanto costituirebbe elusione delle specifiche procedure indicate dalla normativa di settore.

E'quanto altresì affermato dall'Autorità per fattispecie analoghe in particolare nelle deliberazioni n n. 95/2001, 110/2001, 400/2001, 80/2004, concludendo per la necessità di applicare sempre la disciplina di cui alla legge n. 109/1994 e s.m.i., ove si intenda realizzare un'opera per il soddisfacimento di specifici interessi pubblici e da costruirsi su un'area di proprietà pubblica.

Occorre peraltro considerare che legge n. 122/1989, come modificata da successivi interventi normativi, non contiene deroghe espresse alle disposizioni della legge n. 109/94 e s.m.i., né in tal senso può essere interpretato il richiamo all'istituto del diritto di superficie (anche da parte della legge regionale Liguria n. 10/1997), che sembra invece riferito alla costituzione del diritto reale di godimento in favore del concessionario.

Si rileva infatti, che detto istituto è contemplato anche nella legge quadro con riferimento alla concessione di costruzione e gestione - modalità di aggiudicazione che correttamente dovrebbe essere applicata alle fattispecie in esame - ed in particolare nell' Art. 19, comma 2, ove si legge che *"(...)qualora necessario, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara. A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione (...)".*

In base alle suddette considerazioni si è dell'avviso che:

- a) la legge 24 marzo 1989 n. 122 e s.m. e la legge regionale Liguria 25 marzo 1997 n. 10 perseguono entrambe la finalità di promuovere la realizzazione d'immobili destinati a parcheggi sia pubblici sia privati, anche al fine di decongestionare il traffico, prevedendo una serie di agevolazioni di natura finanziaria;
- b) per accedere alle suddette agevolazioni, le amministrazioni interessate, come stabilito dall' Art. 3 della legge n. 122/89, sono tenute a redigere ed approvare il piano urbano dei parcheggi (P.U.P.), indicando le localizzazioni e i dimensionamenti dei parcheggi in relazione ai fabbisogni e al piano urbano del traffico;
- c) i parcheggi definiti "privati" e "pertinenziali", previsti dai commi 1 e 2 dell' Art. 9 della legge n. 122/89 sono privati in senso stretto, in quanto sono realizzati nel sottosuolo o nel piano terreno di immobili privati e sono soggetti a denuncia di inizio attività;
- d) i parcheggi disciplinati dal comma 4 del medesimo articolo non possono ritenersi tali, in quanto, pur previsti per essere destinati a pertinenza di immobili privati, gli stessi vengono realizzati su aree pubbliche e rientrano nella nozione di "opere pubbliche", che soddisfano esigenze d'interesse generale (il decongestionamento del traffico), sono inserite in un atto di programmazione territoriale (P.U.P.) sono opere di urbanizzazione cedute al privato esclusivamente in diritto di superficie e destinate a ritornare, allo scadere del termine di durata del diritto superficario, in regime di piena proprietà nel patrimonio dell'ente interessato;
- e) trattandosi di opere pubbliche, per la realizzazione di parcheggi con le caratteristiche appena analizzate non può essere costituito *sic et simpliciter* un diritto di superficie in favore di privati, i quali realizzano a propria cura e spese le relative opere, ma deve necessariamente trovare applicazione la disciplina sui lavori pubblici di cui alla legge n. 109/94 e s.m.i., con conseguente scelta del costruttore con le procedure ivi contemplate; la concessione di costruzione e gestione è la modalità che correttamente trova applicazione per le fattispecie in esame;
- f) gli interventi che interessano aree esterne ad edifici scolastici, impianti sportivi e un parcheggio da cedere in parte allo stesso ente interessato sono qualificabili come opere pubbliche, in quanto direttamente finalizzati alla loro fruibilità da parte della collettività e realizzabili, pertanto, con le procedure indicate nella stessa legge quadro.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Alessandro Botto

IL PRESIDENTE

Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 ottobre 2005

Il Segretario