



.....OMISSIS.....

Oggetto:

.....OMISSIS..... - Demolizione, bonifica e ricostruzione di un edificio scolastico di proprietà del
.....OMISSIS..... - art. 105, comma 18, d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0149-2025-FC

FUNZ CONS 35-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 maggio 2025, acquisita al prot. Aut. n. 77385, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 settembre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione richiedente comunica che in fase di esecuzione dell'appalto di lavori indicato in oggetto, finanziato con fondi PNRR ed affidato ai sensi del d.lgs. 50/2016, l'appaltatore ha presentato l'autorizzazione a sub affidare in regime di cottimo le opere di carpenteria, posa armatura e getti strutture in cemento armato (rientranti nell'ambito della categoria prevalente OG1), fornendo al sub affidatario il relativo materiale (calcestruzzo e ferro d'armatura).

La richiedente osserva al riguardo che per il ricorso al cottimo - oggi disciplinato dall'Allegato I.1 e dall'art. 119, comma 16, del d.lgs. n. 36/2023 - è previsto che il cottimista sia qualificato per l'importo complessivo della parte d'opera da realizzare (comprensivo, dunque, di lavorazioni, mezzi e materiali) e non soltanto per le lavorazioni sub affidate. Tuttavia, le disposizioni citate non chiariscono se ai fini della verifica dell'incidenza del cottimo sulla quota lavori subappaltabile, debba essere considerato/computato, l'importo totale delle lavorazioni affidate al cottimista (compresi i materiali e i mezzi forniti dall'appaltatore), oppure il solo importo del contratto di cottimo (che risulta inferiore, per effetto della fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore).

L'Amministrazione evidenzia al riguardo che sulla questione sopra indicata, si registra un diverso orientamento del MIT (parere n. 161/2018) rispetto a quello del giudice amministrativo (TAR Marche n. 252/2020), avendo affermato il primo che incide sulla quota subappaltabile l'importo totale delle lavorazioni affidate al cottimista, compresi materiali e mezzi forniti dall'appaltatore, mentre a parere del secondo incide su tale quota solo l'importo del contratto di cottimo.

Alla luce di quanto sopra, quindi, occorre chiarire quale sia il corretto importo da considerare ai fini della verifica dell'incidenza del cottimo sulla quota subappaltabile: se dunque deve essere considerato l'importo totale delle lavorazioni affidate dal cottimista, ossia la parte dell'opera da realizzare da parte del cottimista compresi i materiali e i mezzi forniti dall'appaltatore, oppure l'importo del contratto di cottimo.

Tale questione rileva ai fini del rispetto del limite posto dalla disciplina di settore e/o dell'eventuale limite alle prestazioni subappaltabili motivatamente posto dalla stazione appaltante, nonché con riguardo a possibili tentativi di aggiramento del predetto limite. Il legislatore, infatti, ha posto il divieto di integrale affidamento a terzi delle lavorazioni appaltate, nonché il divieto di affidare a terzi la prevalente esecuzione delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera (art.119, comma 1, del d.lgs. 36/2023). Pertanto, a parere dell'Amministrazione occorre definire la questione sopra illustrata anche ai fini del rispetto di tali limiti posti dal Codice.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, sembra opportuno osservare in via preliminare che l'appalto indicato in oggetto è disciplinato, *ratione temporis*, dal d.lgs. 50/2016, pertanto, è a tale decreto legislativo che occorre fare riferimento con riguardo alle disposizioni applicabili alla fattispecie (anche) in tema di subappalto e cottimo (come chiarito nel parere Anac Funz Cons 31/2024).

Si richiama, quindi, in primo luogo, l'art. 3, comma 1, lett. ggggg-undecies) del Codice, ai sensi del quale per «cottimo» si intende «l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore» (la definizione risulta attualmente confermata dall'art. 3, comma 1, lett. ee), All. I.1. del d.lgs. 36/2023).

A sua volta l'art. 105, comma 18, del d.lgs. 50/2016 dispone che «L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà» (anche tale disposizione risulta confermata dal d.lgs. 36/2023, all'art. 119, comma 16).

Dalle disposizioni sopra richiamate (*limitatamente ai profili di interesse ai fini del parere*) deriva quindi che il cottimo, a differenza del subappalto (nel quale l'operatore economico fornisce manodopera, materiali e strumenti necessari per realizzare la parte dell'opera oggetto del subcontratto), si caratterizza per avere ad oggetto l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile utilizzando in tutto o in parte materiali, apparecchiature e mezzi dell'appaltatore. Il cottimista deve essere in possesso di qualificazione SOA per l'intero importo dei lavori allo stesso affidati, comprensivo anche di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore. L'art. 105, comma 18, citato, dispone al riguardo che l'affidamento in regime di cottimo è soggetto alla stessa disciplina autorizzatoria prevista per il subappalto, pertanto, ai fini del rilascio della relativa autorizzazione, devono sussistere tutte le condizioni fissate dal Codice per il ricorso al subappalto.

Con specifico riferimento all'aspetto relativo all'incidenza del cottimo sulla quota lavori subappaltabile (come fissata nel bando di gara), il giudice amministrativo – chiamato a pronunciarsi (tra l'altro) su un provvedimento di diniego dell'autorizzazione al subappalto in regime di cottimo, adottato dalla stazione appaltante sul presupposto che ai fini dell'incidenza dello stesso sulla quota subappaltabile (e non solo ai fini della qualificazione), rilevarebbe non il valore del contratto in sé considerato ma il maggior valore della lavorazione (al lordo, cioè, dei mezzi e materiali forniti dall'appaltatore) – ha osservato che laddove il legislatore avesse voluto effettivamente sancire un simile principio «la norma avrebbe presentato una formulazione ben diversa. Infatti, il legislatore ha collegato espressamente la capacità

tecnico-economica del subappaltatore (sintetizzata nella SOA) all'importo complessivo delle opere che egli è chiamato ad eseguire (il che risponde al criterio generale a cui è informato il sistema di esecuzione dei lavori pubblici, ossia che l'appaltatore può eseguire solo i lavori per i quali è qualificato, sia in termini qualitativi che quantitativi), e non anche alle modalità di determinazione della quota subappaltabile. Questo è tanto vero che la norma in commento [art. 3, comma 1, lett. ggggg-undecies del d.lgs. 50/2016] prende in esame l'*id quod plerumque accidit*, ossia che l'importo del contratto di subappalto possa essere inferiore a quello delle opere (materiali + posa in opera) che il subappaltatore è chiamato ad eseguire. Se fosse vera la tesi sostenuta [...dalla *Stazione appaltante*] la norma avrebbe semplicemente previsto che l'importo del contratto di subappalto deve essere uguale a quello delle lavorazioni eseguite dal subappaltatore; - dal punto di vista sostanziale, poi, non può dirsi che oggetto del subappalto sia anche la fornitura dei materiali e delle attrezzature, visto che questa prestazione è eseguita direttamente dall'appaltatore; (...). Naturalmente, come si è detto, ciò non incide in alcun modo sulla necessità che il subappaltatore debba possedere la qualificazione SOA corrispondente all'importo delle opere che egli deve eseguire, il quale comprende anche valore dei materiali e delle attrezzature messi a disposizione dall'appaltatore».

Dunque, a parere del giudice amministrativo, fermo l'obbligo per il subappaltatore in regime di cottimo di essere qualificato per l'importo delle opere che deve eseguire, comprensivo anche del valore dei materiali e delle attrezzature messi a disposizione dall'appaltatore, ai fini della determinazione della quota lavori subappaltabile, rileva il solo importo del contratto di cottimo.

Occorre evidenziare al riguardo che successivamente al parere n. 161/2018 del MIT citato dalla richiedente nell'istanza in esame, lo stesso ministero ha accolto l'avviso giurisprudenziale sopra richiamato nel successivo parere n. 1288/2022, osservando che «(...) il contratto di cottimo si differenzia dal subappalto in quanto il primo ha ad oggetto l'affidamento della sola lavorazione (o della sola posa in opera), mentre i materiali vengono forniti direttamente, in tutto o in parte, dall'appaltatore. Al riguardo, il TAR Marche Sez. I, sent. 23 aprile 2020, n. 59 ritiene legittimo che l'appaltatore - ai fini dell'esecuzione di un appalto di lavori - si riservi la fornitura del materiale affidando a terzi la posa in opera, nel presupposto che il cottimista sia qualificato per l'intera lavorazione. Secondo i giudici, "il legislatore ha collegato espressamente la capacità tecnico-economica del subappaltatore (sintetizzata nella SOA) all'importo complessivo delle opere che egli è chiamato ad eseguire (il che risponde al criterio generale a cui è informato il sistema di esecuzione dei lavori pubblici, ossia che l'appaltatore può eseguire solo i lavori per i quali è qualificato, sia in termini qualitativi che quantitativi), e non anche alle modalità di determinazione della quota subappaltabile"(...)». Il MIT - rispondendo a specifico quesito in materia - ha quindi ritenuto che nell'ambito degli appalti di lavori, il subappalto della sola manodopera può ritenersi consentito nel rispetto di quanto previsto per il cottimo, ai sensi dell'art. 3 comma 1, lettera ggggg - undecies del Codice, specificando che «il cottimista deve possedere la qualificazione SOA in una classifica di importo almeno corrispondente alla totalità dei lavori che egli deve eseguire e dunque comprendente anche il valore dei materiali e delle attrezzature messi a disposizione dall'appaltatore. Ai sensi dell'art. 105 comma 13, è disposta la corresponsione diretta al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni, mentre, in base al comma 18 dello stesso art. 105, il cottimo deve essere autorizzato e copia autentica del contratto va trasmessa alla stazione appaltante con allegata la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del cottimo. Infine si ricorda che la stazione appaltante è tenuta alle verifiche e controlli dei lavoratori impiegati nell'ambito del cantiere».

Per quanto sopra, alla luce delle caratteristiche del contratto di cottimo, come desumibili dalle previsioni dell'art. 3, comma 1, lett. ggggg - undecies, del d.lgs. 50/2016 [oggi confermate dall'art. 3, comma 1, lett. ee), All. I.1. del d.lgs. 36/2023] e dei chiarimenti offerti dal giudice amministrativo nella decisione sopra richiamata, si ritiene conclusivamente che - fermo l'obbligo per il sub affidatario in regime

cottimo di essere qualificato per l'importo delle opere che deve eseguire, comprensivo anche del valore dei materiali e delle attrezzature messi a disposizione dall'appaltatore - ai fini della determinazione della quota lavori subappaltabile (come definita nel bando di gara) rileva il solo importo del contratto di cottimo nei termini sopra indicati (sulla disciplina in tema di subappalto dettata dal d.lgs. 50/2016 a seguito della decisione della CGE del 26 settembre 2019, causa C-63/18, si rinvia al parere Funz Cons 31/2024 cit.; anche parere Prec n. 25/2024 e parere Funz Cons 64/2024).

Si rimette pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente