

Ante a necesidade de evitar prácticas contractuais que, en ocasións, dan lugar a promover condicións que poden ser interpretadas como de laboralidade ou de cesión ilegal de traballadores, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia considerou a conveniencia de emitir unha recomendación co fin de establecer, nos pregos de cláusulas administrativas dos contratos de servizos, especificacións adecuadas e obxectivas que eviten as devanditas situacións nas prestacións que impliquen contratación de persoal.

No transcurso dos traballos de elaboración e aprobación deste documento publicouse no BOE do 18 de xaneiro de 2011 a Resolución das Cortes Xerais de 27 de outubro de 2010, aprobada pola Comisión Mixta para as Relacións co Tribunal de Contas, en relación coa Moción presentada, co mesmo obxecto, por este Alto Tribunal.

A citada Resolución insta ás administracións públicas a que nos pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas dos contratos de servizos, se determinen, coa maior precisión posible, as prestacións a realizar, a relación entre os xestores da administración e o persoal da empresa, e o estrito cumprimento do prazo de duración e as súas prórrogas co fin de evitar o risco de que se consolide como persoal do organismo contratante o procedente desas empresas.

A vista do anteriormente exposto, a Xunta Consultiva de contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia adoptou, en sesión de 8 de febreiro de 2011 o seguinte acordo:

Aprobar, como Recomendación dirixida aos diferentes órganos de contratación, as especificacións contidas no seguinte documento:

RECOMENDACIÓN 1/2011, SOBRE AS CLÁUSULAS QUE DEBEN INCLUIRSE NOS CONTRATOS DE SERVIZOS QUE IMPLIQUEN CONTRATACIÓN DE PERSOAL.

1.- Adecuada definición do obxecto do contrato

Debe poñerse especial coidado en identificar claramente as prestacións e actividades específicas que se pretenden contratar. Non deben ter carácter difuso ou ser actividades meramente accesorias dificilmente diferenciadas das actividades ordinarias da administración e non deben concibirse como contratacións destinadas a integrar persoal nos equipos de traballo de persoal propio.

2.- Execución do contrato

A autonomía das actividades contratadas respecto do conxunto de actividades que a administración realiza debe ser concretada expresamente nos pregos. A tal fin establécense de seguido unha serie de cláusulas modelo que, adaptadas convenientemente á finalidade contractual, poden servir de referencia.

2.1 Estudo organizativo do servizo:

Recoméndase solicitar nas ofertas, como documentación de avaliación dun criterio de adxudicación, que a empresa adxudicataria elabore un estudo organizativo do servizo que comprenda a metodoloxía dos mesmos e, de ser o caso, os manuais de procedemento para a prestación do servizo. Neste documento describírase en particular as funcións do persoal propio da empresa e a forma de realizalas.

Cláusulas modelo:

- *“A empresa aportará un estudo organizativo do servizo que comprenda a metodoloxía dos traballos e os manuais de procedemento para a prestación do servizo. Neste documento describírase en particular as funcións do persoal propio da empresa e a forma de realizalas.”*
- *“O contrato executarase con suxeición ás súas cláusulas e de acordo co estudo organizativo presentado polo contratista.”*

De non ser solicitado na oferta, recoméndase que se esixa a súa presentación na fase de execución do contrato, con carácter previo ao inicio dos traballos e aprobación do órgano de contratación.

▪ *“O contrato executarase con suxeición ás súas cláusulas e de acordo co estudo organizativo presentado polo contratista e aprobado polo órgano de contratación.”*

2.2- Dirección e xestión do contrato

Os pregos de contratación deben indicar expresamente que o contratista achega a súa propia dirección e xestión do contrato, que dirixe os medios organizativos que pon a disposición do contrato e que asume o risco empresarial.

Cláusulas modelo:

- *“O contratista achega a súa propia dirección e xestión ao contrato, sendo responsable da organización do servizo, da calidade técnica dos traballos que desenvolva e das prestacións e servizos realizados, nos termos do artigo 281.2 da LCSP.”*
- *“A empresa contratista dispoñerá para a execución do contrato dunha estrutura xerarquizada, que se precisará no estudo organizativo do servizo, que se fará responsable de impartir aos seus traballadores as correspondentes ordes, criterios de realización do traballo e directrices de como distribuílo.”*
- *“Corresponderanlle á Administración os poderes de verificación e control da contrata establecidos na LCSP.”*

2.3.- Supostos de presenza necesaria nas dependencias administrativas

En relación ao lugar de traballo, e sempre que non sexa imprescindible polo obxecto do contrato a executar, débese procurar que os traballos asociados ao contrato se realicen dende as instalacións do contratista.

a) En caso de que sexa imprescindible e necesaria a súa presenza puntual nas dependencias administrativas recoméndase a redacción dunha cláusula delimitando o obxecto a acadar e/ou as actuacións e prestacións concretas que haberán de executar:

Cláusula modelo:

- *Os traballos realizaranse normalmente nas oficinas do adxudicatario, exceptuando aquelas actuacións que requiran interacción directa co persoal da Administración, como as seguintes:*
 - *Detallar especificamente as actuacións que o requiran, segundo a tipoloxía de contrato....*

b) Cando sexa necesario que parte do equipo de traballo dispoña dun local nas oficinas públicas, debe constar expresamente nos pregos de contratación qué medios materiais corresponde achegar ao contratista e qué medios achegará a administración, indicándose a obrigaón de que o contratista dispoñerá dun seguro de responsabilidade civil que cubra os posibles danos aos bens públicos. Ademais, neste suposto, os pregos deberán facer mención expresa á figura do **Delegado/a do contratista** que, designado/a por este e aceptado/a polo órgano de contratación, deberá ter capacidade suficiente para:

- ostentar a representación do contratista, cando sexa necesaria a súa actuación ou presenza, así como noutros actos derivados do cumprimento das obrigas contractuais,
- organizar a execución do servizo e interpretar e pór en práctica as ordes recibidas da dirección, colaborando con ela na resolución dos problemas que xurdan durante a execución do contrato,
- e dirixir e organizar a actividade do equipo da empresa, marcando as ordes, directrices e criterios de realización dos traballos encomendados.

Cláusulas modelo:

- *“A contrata dispoñerá dun local nas oficinas de... para a realización do traballo. A dotación deste local, a organización física das instalacións, sen prexuízo das limitacións que poida impoñer a Administración, e a provisión de medios materiais deste (mobiliario, material de oficina, material informático e de comunicacións) corresponde á contrata.*
- *A empresa contratista dispoñerá neste local dun delegado/a do contratista, que dirixirá e organizará a actividade dos traballadores da empresa alí destacados, controlando, ademais, a execución do servizo. A través deste delegado/a canalizaranse as posibles incidencias que se formulen na execución dos traballos.*
- *É responsabilidade da empresa contratista facilitar aos seus traballadores os medios materiais necesarios para levar a cabo o seu traballo.*
- *O contratista deberá concertar ou acreditar que dispón dun seguro de responsabilidade civil que cubra todas as súas posibles responsabilidades ante a Administración derivadas da execución do contrato. Así mesmo deberá constituír un seguro de responsabilidade civil que cubra os posibles danos nos bens públicos que se ocupen ou que se utilicen.”*

c) Os pregos deberán recoller que o establecemento de horarios e o outorgamento de licencias e permisos do equipo de traballo son facultades do empregador, e por tanto competen exclusivamente ao delegado/a do contratista.

Cláusula modelo

- *“É responsabilidade da empresa contratista e dos seus delegados/as impartir todas as ordes, criterios de realización do traballo e directrices aos seus traballadores, sendo a Administración pública de todo allea a estas relacións laborais. Corresponde así mesmo á empresa contratista a vixilancia do horario de traballo dos traballadores, as posibles licenzas horarias ou permisos ou calquera outra manifestación das facultades do empregador. En todo caso, na forma establecida nestes pregos, o servizo deberá quedar sempre convenientemente cuberto.”*

d).- Prevista no prego a necesidade de que persoal da empresa adxudicataria desenvolva o seu traballo en oficinas administrativas, recoméndase a inclusión nos pregos das penalizacións e posibles causas de resolución derivadas do previsto no artigo 17 do Decreto 230/2008, de 18 de setembro, polo que se establecen as normas de boas prácticas na utilización dos sistemas de información da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, que regula as normas de utilización dos seus sistemas de información e de comunicacións, establecendo os dereitos e os deberes das persoas usuarias destes sistemas no relativo a súa seguridade e bo uso.

2.3.- Responsable do contrato en contratos de servizos

Neste tipo de contratos recoméndase a designación, ao amparo do art. 41 da LCSP, dun responsable do contrato que, en nome da entidade administrativa, e con carácter xeral, supervisará a execución do contrato, adoptará as decisións oportunas e ditará as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada. O responsable do contrato poderá ser unha persoa física ou xurídica, vinculada ao ente contratante ou allea a él, e, entre as súas funcións se establecerá, expresamente, a supervisión da execución do contrato comprobando que a súa realización se axusta ao establecido nos pregos. En concreto, enténdese conveniente atribuírle expresamente nos pregos algunhas das seguintes funcións:

- a) Promover e convocar as reunións que resulten necesarias ao obxecto de solucionar calquera incidente na execución do obxecto do contrato nos termos que mellor conveña aos intereses públicos.
- b) Propoñer ao órgano de contratación a resolución das incidencias xurdidas na execución do contrato, seguindo o procedemento establecido no art. 97 do RGCAP.
- c) Propoñer a imposición de penalidades.
- d) Propoñer, de ser lo caso, a prórroga do contrato.
- e) Propoñer o exercicio das prerrogativas contidas no art. 194 e ss. da LCSP.

f) Establecer as directrices oportunas en cada caso, podendo requirir ó adxudicatario, en calquera momento, a información que precise acerca do estado de execución do obxecto do contrato, das obrigas do adxudicatario, e do cumprimento dos prazos e actuacións.

g) Asistir aos actos de recepción e subscribir a/s acta/s de recepción (ou documento que acredite a conformidade ou desconformidade no cumprimento) e de ser o caso dar ou non a conformidade coas facturas presentadas.

h) Dirixir instrucións ao contratista sempre que non supoña unha modificación do obxecto do contrato nin se opoña ás disposicións en vigor ou ás derivadas dos pregos e demais documentos contractuais.

i) Inspeccionar e ser informado, cando o solicite, do proceso de realización ou elaboración do servizo que haxa de ser entregado, ou se estea a prestar.”

Cláusula modelo

▪ *“Obrigas do contratista.*

O contrato se executará con estrita suxeición ás estipulacións contidas no presente prego de cláusulas administrativas particulares, observando fielmente o establecido no prego de prescricións técnicas, así como as instrucións que, no seu caso, dera o responsable do contrato designado polo órgano de contratación.”

▪ *“De acordo co artigo 41 da LCSP, o órgano de contratación designa como responsable do contrato a _____ ao que corresponderá supervisar a súa execución e adoptar as decisións e ditar as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada, así como reforzar o control do cumprimento deste e axilizar a solución das diversas incidencias que poidan xurdir durante a súa execución, e en particular:*

-(relacionaranse funcións concretas)

▪ *O responsable do contrato velará pola axeitada xestión contractual de modo que na súa execución non se dean situacións que poidan propiciar a existencia dunha cesión ilegal de traballadores ou dar lugar á declaración de relacións de laboralidade entre a Administración e o persoal da contrata. En concreto, velará especialmente porque:*

-o contratista achegue a súa propia dirección e xestión ao contrato e sexa responsable da organización do servizo

- a empresa contratista, a través dos delegados/as por ela designados, sexa responsable de impartir aos seus traballadores as correspondentes ordes, criterios de realización do traballo e directrices de cómo distribuílo, de tal xeito que o órgano contratante sexa allea a estas relacións laborais

- se canalicen, a través dos delegados/as do contratista, as posibles incidencias que se formulen na execución dos traballos

O responsable do contrato deberá corrixir inmediatamente calquera incidencia ou desviación na execución que poida supoñer infracción das regras mencionadas, así como dar parte ao órgano de contratación de tal situación.

▪ *“Abonos ao contratista*

O pagamento realzarase contra factura, expedida de acordo coa normativa vixente, debidamente conformada polo designado como responsable do contrato.”

2.4.- Director técnico do proxecto.-

No caso de que o obxecto do contrato o requira, o órgano de contratación, ademais do responsable do contrato, poderá nomear un Director técnico do proxecto, con titulación adecuada e suficiente, que

asumirá as funcións de comprobación, coordinación e vixilancia da correcta realización do servizo contratado nos seus aspectos técnicos.

O Director técnico do proxecto realizará sempre a interlocución co equipo de traballo a través do Delegado do contratista. Todas as tarefas de xestión do equipo: baixas, vacacións, e calquera outra incidencia será sempre responsabilidade do Delegado do contratista, que informará ao Director técnico do proxecto cando estas incidencias afecten á execución do servizo.

Co obxectivo prioritario de asegurar a calidade dos traballos realizados, o Director técnico do proxecto designado velará para que a organización do proxecto e a súa execución sexa realizada de tal forma que permita obter un seguimento formal do avance do proxecto.

As súas competencias principais serán as seguintes:

- Verificará que cada función e a designación da persoal encargado do seu cumprimento aseguren o cumprimento dos obxectivos do contrato.
- Velará por que o equipo de traballo dispoña da adecuada cualificación e nivel de dedicación para a realización dos traballos derivados da contratación.
- Propoñerá ao órgano de contratación e ao responsable do contrato, de estar este nomeado, á adopción das medidas concretas necesarias para conseguir ou restablecer a boa orde na execución do pactado cando o adxudicatario, ou persoas del dependentes, incorran en actos ou omisións que comprometan ou perturben a boa marcha do contrato.
- Efectuará o seguimento e coordinación operativos das actividades técnicas a realizar ao amparo do contrato, e determinará, xunto co responsable do contrato, os procedementos e ferramentas a utilizar para poder levar a cabo a planificación, seguimento e control dos traballos.

En Santiago de Compostela, a 8 de febreiro de 2010.