



5: En la tramitació del present procediment han estat observades les prescripcions legals d'aplicació.

FONAMENTS DE DRET

ÉS CÒPIA

PRIMER. Constitueix l'objecte del present recurs la desestimació per silenci administratiu del recurs de reposició interposat per la recurrent contra l'acta de recepció de 19/12/2019; de la petició de la recurrent de data 31/1/2020 de resolució de diverses incidències en relació a l'execució d'obres; de l'escrit de 19/2/2020 en el que es sol·licitava la resolució del contracte de les obres de la coberta de la pista poliesportiva de [redacted] per causa imputable a l'Administració.

Exposa la recurrent en el seu escrit d'interposició del present recurs contenciós administratiu els següents actes administratius objecte de la present impugnació:

"PRIMER.- Que en data 14 de desembre de 2019 es va notificar resolució de la Junta de Govern de l'Ajuntament de Girona de 13 de desembre de 2019 pel qual es fixava el passat 19 de desembre de 2019, per tal de comprovar l'estat d'execució de les obres i si era possible procedir a la seva recepció.

En data 19 de desembre de 2019 es va celebrar acta de recepció per a comprovar l'estat d'execució de les obres i si era possible procedir a la seva recepció, essent el resultat desfavorable i iniciant-se el termini per a la medició general de l'obra.

Que presentant la susdita acta nombrosos defectes que vicien la seva eficàcia, aquesta representació o va interposar escrit de reposició i al·legacions al passat 15 de gener en temps i forma contra l'acta de recepció de 19 de desembre de 2019, que no ha estat resolt de forma expressa, entenent que era una acte de tràmit qualificat contra el qual es podia interposar recurs de reposició. S'acompanya com a DOC. 2 còpia del document presentat i acusament de presentació.

SEGON.- Que el passat 31 de gener de 2020, vista la intenció de l'Ajuntament de continuar les obres, es va presentar escrit per a la resolució de qüestions tècniques pendents de la Direcció Facultativa, pel que s'interposava el corresponent escrit de petició de resolució de diverses incidències per poder continuar l'execució de les obres, que tampoc ha estat resolt de forma expressa. S'acompanya com a DOC.3 còpia del document presentat i acusament de presentació.

TERCER.- Que finalment el passat 19 de febrer de 2020 aquesta representació va presentar escrit de resolució de contracte de les obres de coberta de la pista poliesportiva de [redacted] per causa imputable a l'administració, sense que l'Ajuntament de Girona hagi resolt tampoc en aquest cas de forma expressa. S'acompanya com a DOC. 4 còpia del document presentat i acusament de presentació.





I en el SOL·LICITO, "... que tingueu per interposat recurs contenciós administratiu contra la desestimació per silenci de l'escrit de resolució del contracte interposat per aquesta representació el 19 de febrer de 2020 (que de forma implícita comportava la impugnació contra l'Acord de la Junta de Govern de 13 de desembre de 2019 i la celebració de l'acta de recepció celebrada el 19 de desembre de 2019)".

TERCER.- Pel que fa a les pretensions, la part actora sol·licita que "(..) tingueu presentada la demanda rectora d'aquest recurs i després dels tràmits escaients, disposeu l'anul·lació de la resolució impugnada, reconegueu el dret de la recurrent a ser indemnitzada pels conceptes esmentats i en la quantia que s'acrediti en el ram de la prova amb imposició de les costes a la demandada".

SEGON, Tanmateix constitueixen antecedents de fets rellevants i no controvertits als efectes de resolució del present recurs:

és còpia

a) Antecedents

- 1.- En data 23 de novembre de 2018 es va aprovar definitivament per la Junta de Govern Local el Projecte de construcció de la coberta de la pista poliesportiva de r un import de 550.052,90 € IVA inclòs.
- 2.- En data 20 de desembre de 2018 per Acord de la Junta de Govern Local es va aprovar iniciar l'expedient de contractació de les obres de coberta de la pista poliesportiva de
- 3.- En data 17 d'abril de 2019, la Junta de Govern Local va adjudicar la contractació de les obres de construcció de la pista poliesportiva de l'empresa per l'import IVA inclòs, de 506,048,67 € i un termini de 4 mesos a comptar a partir de l'endemà de la signatura de l'acta de comprovació del replanteig.
4. En data 26 de maig de 2019 es signa l'acta de comprovació del replanteig, determinant com a data límit per a la finalització de les obres la del 28 d'octubre de 2019.
- 5.- En data 4 d'octubre de 2019, la Junta de Govern Local acorda atorgar una pròrroga de 24 dies a sol·licitud de l'empresa adjudicatària, establint com a nova data per l'acabament de les obres el dia 21 de novembre de 2019.
- 6.- En data 21 de novembre de 2019 d'acord amb les certificacions emeses per la direcció facultativa d'obres no estan acabades.
- 7.- La Junta de Govern Local a proposta del director de les obres i responsable del contracte convoca pel dia 18 de desembre de 2020 al Servei de Tributs i despesa de l'Ajuntament de Girona i a l'empresa adjudicatària per a dur a terme l'acta de recepció de les obres.





Es comprova en aquesta data que les obres no estan acabades i que l'import IVA inclòs de les obres executades fins a la data es de 77.719,31 € del total de l'import adjudicat, la qual cosa es equivalent a dir que tal sols s'ha construït un 15,32 % del total de l'obra.

8.- En data 19 de febrer de 2020 l'empresa adjudicatària - E
present al Registre General de l'Ajuntament de Girona la sol·licitud de resolució del contracte per a l'execució de les obres del projecte de coberta de la pista poliesportiva de per causes imputables a l'administració.

b) Fets

1.- El projecte de construcció de la coberta de la pista poliesportiva municipal redactat per l'empresa E, supervisat pels serveis tècnics municipals d'acord amb l'art. 235 de la Llei 9/2017, de 9 de desembre de Contractació del Sector Públic (LCSP) esdevé un projecte complet, apte per ser aprovat per a ser adjudicat i apte per ser construït.

2.- Es un projecte que té per objectiu la construcció d'un cobert de grans llums sobre una pista poliesportiva existent, format per quatre partides o unitats principals d'obra que són les següents: 1.- La construcció dels fonaments; 2.- La construcció de l'estructura vertical formada pels pilars; 3.- La construcció de l'estructura horitzontal formada per bigues i jàsseres de grans dimensions de forma laminada; 4.- La construcció de la coberta.

3.- L'adjudicació de l'obra està prevista per una empresa que disposi de la classificació o solvència tècnica sol·licitada a aquests efectes en el Plec de condicions administratives que regeixen la licitació de la construcció de la coberta de la pista poliesportiva de Fontajau, d'acord amb el Capítol II-Capacitat i solvència de l'empresari de la LCSP, i per tant és un requisit imprescindible per concórrer a la licitació.

4.- En dat 27 de juny de 2019 l'empresa adjudicatària E signa l'acta de comprovació del replanteig per a començar l'obra l'endemà sense manifestar cap reserva ni posar en dubte la viabilitat constructiva del projecte determinant com a data límit de finalització la del 28 d'octubre de 2019.

5.- En data 1 d'agost de 2019, 1 mes després d'haver començat les obres i dos mesos després d'haver formalitzat el contracte i i varis mesos després d'haver estudiat el projecte de la licitació, l'empresa contractista planteja a la direcció facultativa de l'obra dues qüestions: 1.- L'encavallada projectada no es construïble; 2: L'encavallada projectada no és transportable.

Fins aquesta data l'empresa contractista només havia executat els treballs previs preparatoris de l'obra consistint en la delimitació de la zona d'obres i retirant el focus i les torres d'enllumenat.





és còpia
5 / 19

- 6.- En data 13 d'agost de 2019, es fa una reunió amb l'Ajuntament de Girona entre l'empresa contractista el representant de l'empresa redactora del projecte havia plantejar a la direcció facultativa de les obres.
- 7.- En data 12 de desembre de 2019 la direcció facultativa fa una visita d'obres per a comprovar el replanteig de fonaments i pilotatge, un cop fet el rebaix del terrenys i comprova que durant el mes d'agost l'obra ha esta totalment aturada.
- 8.- Durant la primera setmana del mes de setembre s'ha efectua tan sols el rebaix de terres previst a la primera setmana de treball d'acord amb el programa de desenvolupament de treballs previst en el projecte aprovat. Per una àltra banda l'empresa contractista insisteix amb els dubtes exposats en data 1 d'agost de 2019 proposant una geometria de jàsseres diferent a la geometria de les jàsseres del projecte aprovat.
- 9.- En data 19 de desembre de 2019 es du a terme una visita d'obres per a comprovar l'estat d'execució de les pilones de la fonamentació i es comprova que encara no han estat executades. En aquesta visita l'empresa contractista manifesta que només té previst continuar els treballs de pilotatge i fonamentació i que la continuació de l'obra quedava supeditada a la proposta de variació de la geometria formulada per la qual cosa un cop acabats els referits treballs de les obres quedarien de nou aturades.
- 10.- L'empresa contractista mitjançant el seu Cap d'obra comunica mitjançant correu electrònic de data 3 d'octubre de 2019 que el dia 2 d'octubre varen iniciar els treballs de pilotatge conforme el projecte, la qual cosa evidencia l'endarreriment que l'obra va acumulant pel que fa al projecte del contractes.
- 11.- En data 10 d'octubre de 2019 el Cap d'obra comunica mitjançant correu electrònic en el que qüestiona l'alçada de la coberta (decisió presa en la redacció del projecte).
- 12.- En data 15 d'octubre de 2019 la direcció facultativa respon per correu electrònic al representant del contractista que l'alçada de la coberta es va tenir en compte durant la redacció del projecte i es correcte i es remet al projecte.
- 13.- En data 31 d'octubre de 2019 la direcció facultativa de l'obra fa una nova visita d'obra en a que es comprova que s'han finalitzat els treballs d'execució dels pilotatges, resta pendent d'execució de la fonamentació. Cal significar que als 21 dies del termini fixat per acabar les obres, es troba pendent l'execució de la totalitat de la part visible de l'edifici. I el contractista manifesta a la direcció facultativa de l'obra que un cop acabats els treballs de fonamentació no s'executaran la resta de partides sinó es resolen els dubtes plantejats de les encavallades.
- 14.- En data 4 de novembre de 2019 la direcció facultativa de l'obra comunica al Cap de l'obra mitjançant correu electrònic el resultat de la proposta de canvi de la geometria de les encavallades efectuada per l'empresa contractista





que augmenta l'alçada dels pilars de formigó per reduir el gàlib de les encavallades de fusta laminada.

La direcció facultativa respon a l'empresa contractista que la modificació de la geometria de les encavallades proposada unilateralment no és viable. I el rebuig tècnic de la proposta presentada de forma unilateral per l'empresa contractista es la següent: la proposta efectuada varia completament el càlcul de l'equilibri de forces estructurals del projecte adjudicat amb la conseqüència que per fer-lo possible cal ampliar 5 sabates de fonamentació i executar 10 pilotatges més d'unes unitats d'obra que ja estan executades per la qual cosa la proposta efectuada es inviable, perquè no té en compte la necessitat de modificar mitjançant la seva destrucció part de l'obra ja executada.

15.- En data 13 de novembre de 2019 8 dies abans que acabi el termini fixat de finalització de les obres s'aprova la primera certificació d'obra corresponents als treballs efectuats el mes de setembre de 2019, per import de 37.451,76 € IVA inclòs corresponent al 7.40 % de la totalitat de l'obra. Queda per tant per executar el 92,60 % del total de l'obra equivalent a 468.596,91 IVA inclòs. Es descriuen els treballs fets fins a la data de la certificació n.º 1 descrits.

16.- En data 14 de novembre de 2019 l'empresa contractista presenta un escrit al registre general de l'Ajuntament de Girona en el que demanda la suspensió del contracte d'obres d'acord amb el que disposa l'art. 208 de la LCS en base, entre altres, a la fonamentació i a la necessitat d'executar nous pilotatges derivats d'un canvi important de geometries i armadures, i també a la tramitació i aprovació de noves unitats d'obres no previstes en el projecte inicial, tot i que com diu l'empresa contractista ja estan executades per ordre de la direcció facultativa.

17.- En data 21 de novembre de 2019 acaba el termini d'execució de l'obra d'acord amb la prorroga atorgada per la Junta de Govern local del dia 4 d'octubre de 2019.

18.- En data 22 de novembre de 2019 un cop finalitzades les obres es reuneixen a l'Ajuntament de Girona el cap de l'àrea d'urbanisme, el cap del servei de projectes i obres, la direcció facultativa de l'obra i el tècnic redactor del projecte en representació de l'Ajuntament i representants de l'empresa contractista. L'objectiu de la reunió era proposar a l'empresa contractista a fi de garantir les necessitats derivades de l'execució de l'objecte del contracte -tot i posant de manifest que les empreses especialitzades per a la construcció de les encavallades consultades per la direcció facultativa havien manifestat que les encavallades amb la geometria definida en el projecte aprovat eren tècnicament construïbles i transportables a l'obra amb un transport especial les actuacions següents:

- 1.- Modificar el grau de curvatura de les encavallades establert en el projecte aprovat i licitat passant a ser de 8 metres de radi.
- 2.- Proposat la prorroga del termini contractual per un període de 4 mesos tenint en compte la modificació del projecte acordada.



3.- Aprovació dels preus contradictoris ja executats.

es còpia

7 / 19

19.- En data 28 de novembre de 2019 es fa una nova reunió a l'Ajuntament de Girona el cap de l'àrea d'urbanisme, el cap del servei de projectes i obres, la direcció facultativa de l'obra i el tècnic redactor del projecte en representació de l'Ajuntament i representants de l'empresa contractista per confirmar els punts anteriors de la qual la direcció facultativa manifesta el següent:

1.- L'empresa contractista mostra la seva disconformitat amb el preu del transport especial estigui inclòs en el preu de la partida i creu que s'ha de tramitar contradictori. La direcció facultativa i el calculista de l'estructura defensen que la partida es global, inclou la posada en obra, independentment que el preu descompost no ho especifiqui.

2.- El termini per executar del que queda d'obra hauria de ser 5 mesos atès que la fabricació de les encavallades de grans llums com les previstes en el projecte, no es poden fer fins passat Nadal, es preveu la seva posada en obra sobre el mes de març de 2020 i la finalització de la resta de treballs fins el 30 d'abril de 2020. L'empresa adjudicatària reitera sol·licitat una suspensió.

3.- L'empresa contractista vol deixar constància que les encavallades previstes en el projecte no es poden fabricar i que ha calgut variar la seva geometria i encoratges.

4.- L'empresa contractista requereix més detalls per a poder fabricar les encavallades els quals els hi son facilitats per la direcció facultativa i el calculista de l'estructura.

20.- Durant la segona quinzena del mes de novembre segons la direcció facultativa s'executen els encepats de la fonamentació ajornats per les pluges del mes d'octubre.

21.- En data 3 de desembre de 2019 la direcció facultativa envia un correu electrònic al cap d'obra sol·licitant el compromís real de la comanda d'encavallades per així poder gestionar una segona pròrroga. El mateix dia el cap d'obra dona la conformitat a la geometria de l'encavallada però demana més documentació relativa als detalls estructurals la qual cosa es repeteix els dies 5 i 11 de desembre de 2019.

22.- En data 19 de desembre de 2019 en du a terme l'acta de recepció de l'obra amb un informe desfavorable del Servei d'Inspecció de tributs i control intern conforme les obres no estan en condicions de ser rebudes per part de l'Ajuntament de Girona. De d'aquesta data es troba pendent d'aprovació la certificació núm. 2 per un import de 40.067,55 € IVA inclòs. Es descriuen els treballs fets fins a la data de la certificació núm. 2 son els descrits. L'import de l'obra pendent d'executar es de 428.529,36 € IVA inclòs equivalent al 84,68 % del total de l'obra adjudicada.

TERCER.- Pel que fa als motius d'impugnació exposats per la part recurrent son els següents:

- Sobre les dificultats i errors del projecte imputables a l'administració

2019



Assenyala la recurrent extraient fragments de l'informe de tancament d'obra que s'acompanya a doc. 3 de la demanda, on es posen de manifest les mancances a solventar/interpretar per la Direcció facultativa i que no ha permès executar l'obra en el termini previst allargant el termini d'execució i les despeses.

"A continuación enumeramos los defectos del proyecto más relevantes y la falta de respuesta por parte de la DF/Ajuntament de Girona, que han provocado retrasos en su ejercicio debido a la necesidad de una toma de decisiones ágiles que no ha sido aportada ni consta en la notificaciones municipales descritas. En detalle (...)

1. TRABAJOS NECESARIOS NO PREVISTOS EN PROYECTO (...)
2. ESTRUCTURA DE JÁCENAS PREFABRICADAS DE MADERA LAMINADA (...)
3. ESTRUCTURA METÁLICA (...)
4. INFRAESTRUCTURA E INSTALACION ELECTRICA (...)"

Discrepa la part recurrent de la conclusió establerta en l'informe de la direcció facultativa de 15 d'octubre de 2020 respecte a la manifestació de, *"no es deriva en cap cas de la Direcció facultativa que l'obra que sigui necessària la modificació el contracte per indefinicions o deficiències en el projecte, tenint en compte a més que és a aquesta i no al contractista a qui li correspon iniciar els tràmits per modificar el contracte d'obres en els termes de l'art. 234.3 del TRLCSP i la potestad d'interpretació del projecte"*.

Per fonamentar la dita al·legació cita doctrina jurisprudencial en concret, la STSJ de Múrcia de data 22 de novembre de 2013 sobre penalitzacions.

- *Sobre la resolució del contracte per impossibilitat de la seva execució. Desistiment encobert de l'Ajuntament*

Sosté la recurrent que resta acreditat per les respectives actes de visita d'obra que s'acompanyen que el projecte no es executable de conformitat amb allò aprovat per l'Ajuntament de Girona. I tot això vist que s'ha produït un canvi substancial de geometries i armadures tant de fonament com de la part d'arrencs dels pilars superiors era necessari una modificació del projecte per l'abast i importància dels canvis a introduir. Cita l'art. 242 de la LCSP pel que fa a la inclusió de "preus nous". I també l'art 42 del ROAS i l'art. 159 de la LCSP.

Es per això que sol·licita la resolució del contracte per impossibilitat de la seva execució per defectes del projecte, així com per incompliment del contracte imputable a l'administració que no ha complert amb les seves obligacions en quant a la direcció de l'obra entenent amb l'omissió de les seves obligacions, que l'Ajuntament desistia del contracte i intentà com en altre supòsits encobrir aquest desistiment amb una resolució imputable al contractista. Cita doctrina jurisprudencial (SAN 23-7-2019; STS 8-4-2013; STS 17-11-2011).

- *Sobre la responsabilitat patrimonial de l'administració pel funcionament anormal del personal al seu servei*





ÉS CÒPIA

9 / 19

Reclama la part recurrent també els danys i perjudicis a l'Ajuntament de Girona per les actuacions dels seus tècnics i de la direcció facultativa es a dir del personal al servei de l'Ajuntament pel funcionament anormal en la direcció facultativa de les obres i en ús de les seves potestats de direcció de l'obra i interpretació del contracte de conformitat amb allò previst a l'art. 106 de la CE i de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre del Procediment administratiu comú de les Administracions Públiques. Cita els arts. 233 i 238 de la LCSP tot adduint que la direcció facultativa no ha emès cap ordre o instrucció de forma escrita tal i com s'escau en aquests supòsits mitjançant llibre d'ordres. Cita doctrina jurisprudencial aplicable (STS 25-1-2005; 11-12-2017 i 13-2-2018 entre d'altres) a l'efecte d'acreditat la responsabilitat dels tècnics municipals en especial la direcció de l'obra. I quantifica els danys i perjudicis en base als imports i conceptes del quadre que consta en la contestació a la demanda "*Costes soportados por la UTE*".

Conclou que l'Ajuntament de Girona tampoc va seguir el procediment previst a la normativa -art. 243 LCSP- per a la recepció de l'obra en tant que no va atorgar cap termini per esmenar tal i com es preveien en els mateixos plecs de condicions.

Exposa la recurrent en la demanda un resum a mode de conclusió adduint: 1) Errors i omissions del projecte que han comportat que el termini d'execució no s'assolia; 2) Incidències en l'execució de l'obra que haurien comportat modificacions contractuals que confirmen la resolució per la via de l'art. 211 g) de la LCSP, essent causa de la resolució anterior a la "presumpta mora que forçarà l'Ajuntament o el incompliment d'obligacions ara essencials que mai van ser requerides; 3) Desistiment ocult en l'actuació de l'Ajuntament de l'obra d'aprovació de preus contradictoris, manca de seguiment del projecte del Director facultatiu qui ostenta aquesta potestat); 4) Incompliments essencials del contracte imputables a l'Ajuntament no realitzar certificacions mensuals de l'obra executada, realitzar l'amidament general de forma unilateral, defectes que aboleixen de nul·litat en el procediment realitzat en la recepció desfavorable de les obres; 5) L'Ajuntament ha acordat pròrrogues contractuals en comptes de la suspensió temporal del termini d'execució per evitar indemnitzar al meu representat; 6) S'ha executat obra que no s'ha inclòs en la certificació final; 7) S'han produït danys i perjudicis a la meva representada per causes imputables a l'Ajuntament a l'actuació del seus tècnics.

En el Sol·licito del Jutjat, "(...) es dicti sentència que estimi les pretensions de l'actora i declari contrari a dret l'acord impugnat i en concret declari el dret a la meva representada a la resolució contractual per causa imputable a l'Ajuntament de Girona i determini als efectes de la resolució (indemnització per l'obra que manca executar, danys i perjudicis, obra executada i no certificada i devolució de la garantia definitiva)".

L'administració demandada s'oposa a la demanda en base a les consideracions jurídiques exposades en la seva contestació de la demanda i reiterades en conclusions que es donen per reproduïdes, sol·licitant la desestimació del present recurs contenciós administratiu amb l'expressa imposició de costes a la recurrent.





Manifesta la viabilitat de l'obra a executar atès que el projecte de construcció de la coberta de la pista poliesportiva de Fontajau esdevé un projecte totalment construïble i els seus elements son transportables a peu d'obra per a ser ubicats en el seu lloc definitiu -contràriament allò assenyalat per la recurrent-.

Sosté la demandada que la direcció facultativa de l'obra no canvia de posicionament, doncs s'avé a canviar la geometria de les encavallades no perquè aquestes no siguin construïbles i tampoc transportables, sinó per reduir la dificultat de construcció de les encavallades- que no impossibilitat- per tal de satisfer -com posa de manifest l'Ajuntament- les necessitats públiques derivades de la contractació atès que es tracta d'una pista poliesportiva existent per a poder ser usada conjuntament per la pràctica de l'esport al carrer i per altres activitats promogudes per les associacions de veïns del barri amb majors prestacions que les actuals i posar-la a disposició del públic. Així la sol·licitud de resolució del contracte de construcció es desestima motivadament per l'informe tècnic emès pel Cap del servei de Projectes i obres d'acord amb l'informe emès pel responsable del contracte.

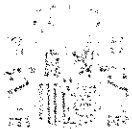
Pel que fa a la impugnació actora de la recepció d'obres desfavorable parteix de la Clàusula XXI del Plec de clàusules administratives particulars de la licitació regula la recepció d'obres una vegada acabades. En data 4 de desembre de 2019 el responsable del contracte s'adreça a l'òrgan de contractació perquè l'emplaci el 19 de desembre de 2019 a l'actora a comprovar l'estat d'execució de les obres atès que:

- La data de finalització de l'acta de recepció de les obres era el 21 de novembre de 2019.
- La data prevista per la finalització de les obres ja havia vençut.
- El contractista no ho ha comunicat per escrit.
- Es poc probable que es pugui procedir a la recepció final de les obres.

Consta que la formalització de l'acta de recepció de les obres es refusada pel Servei d'Inspecció de tributs i de control intern de l'Ajuntament de Girona perquè les obres no estan a punt de ser rebudes. Per tant, l'acta emesa pel director de les obres i responsable del contracte esdevé una comprovació de les obres efectuades en la que mai es proposa la recepció de les mateixes atès que les obres no estan executades. D'altra banda, consta que les obres executades fins a la data 19/12/2019 es de 77.519,31 € IVA inclòs corresponent al 15.32 € del total de l'obra adjudicada. I l'import de l'obra pendent d'executar es de 428.529,36 € equivalent al 84,68 € del total de l'obra adjudicada per causes alienes a la direcció facultativa de l'obra. A l'acta de comprovació de les obres efectuades consta el motiu pel qual no es va emetre l'acta de recepció de les obres, ja que no es troba executada l'estructura vertical, no es troba executada l'estructura de fusta laminada de la coberta i no es troba executada la coberta i la millora ambiental.

Sosté la part demandada que examinat l'informe sobre l'acte de comprovació de l'execució de les obres i si es possible procedir a la seva recepció segons la Junta de Govern Local de 13 de desembre de 2019, conclou, entre d'altres: "Comunicar la





és còpia

improcedència de la convocatòria de l'acte de recepció en un contracte on no s'ha satisfet l'entrega o realització total de la prestació del contracte manifestant el caràcter DESFAVORABLE de la comprovació material realitzada, tant en el fons com en la forma".

En aquest punt, com disposa la clàusula XXI del plec de clàusules administratives particulars de la licitació on es regula la recepció de les obres d'acord amb els apartats 1 i 2:

"Apartat 1 En el document sobre l'estat de les obres redactat pel director de les obres i amb la disconformitat expressa del representant del contractista, es comprova que les obres no estan acabades falta executar el 84,68 % del total de l'obra, que correspon a les partides més importants de l'obra per la qual en base a un intens i profund estudi tècnic i econòmic del projecte per part de l'adjudicatària, l'empresa actora fa una oferta a la baixa que resulta guanyadora.

Apartat 2 Les obres no es troben en condicions de ser rebudes perquè no està acabades. L'acta detalla que faltes les partides més importants del contracte quantificades en un 84,68 %.

No s'observen defectes d'execució sinó que el que s'observa és l'incompliment manifest del contracte la qual cosa no es esmenable, ja que el contracte es improrrogable a causa de la inactivitat del contractista.

Al·lega la demandada fent referència a l'informe desfavorable d'intervenció de data 23/12/2019, l'acta de comprovació d'una obra no es pot dur a terme si l'obra no està acabat. Per tant l'acta de recepció que es refereix l'art. 210 de la LCSP no existeix raó per la qual no es pot demanar la nul·litat. D'altra banda, l'art. 243 de LCSP regula la recepció i el termini de garantia de l'obra, obra que no es pot rebre per no trobar-se acabada i tampoc es pot esmentar perquè no hi concorren un "petits defectes" a esmenar, sinó pel contrari encara resta una gran part de la construcció que es xifra en el 84,68% de total de l'obra adjudicada per valor de 428.529,36 €.

Diu la part demandada que la recurrent al·lega les dificultats i errors del projecte imputables a l'administració extraient fragments de l'informe de tancament d'obra que s'acompanya a doc. 3 de la demanda, on es posen de manifest les mancances a solventar/interpretar per la Direcció facultativa i que no ha permès executar l'obra en el termini previst allargant el termini d'execució i les despeses. Sobre la referida al·legació exposa la part demandada que la recurrent actua d'igual forma que en una altra obra "II" que es segueix en el recurs ordinari 60/2010 d'aquest Jutjat CA 1 (doc. 1 adjunt a la contestació de la demanda) en la que posa de manifest que es la recurrent *"..la mercantil en qüestió es excel·lent licitant i consenteix amb tot, però just l'endemà del replanteig ja presenta ingents recursos per a intentar demostrar la manca de culpa en l'execució però sense buscar i cap ànim de buscar la part "operativa que comporta qualsevol pas en una execució d'obra "del paper a la realitat".*





Adverteix la part demandada que l'empresa adjudicatària –la recurrent- va presentar una plica en la licitació de les obres en construcció de la coberta de la pista poliesportiva de Fontajau en el marc d'una licitació reglada per la Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del sector públic, formant part, entre part de la licitació entre altres, els plecs de prescripcions tècniques el projecte aprovat i el plec de clàusules administratives particulars que regeix la licitació. Es cert que l'oferta econòmica presentada per l'empresa adjudicatària va ser el resultat de l'estudi tècnic del projecte constructiu efectuada pels serveis tècnics de l'empresa durant quinze dies (veure el quadre de despeses suportades per l'UTE). Durant aquest període l'enginyer tècnic industrial no va trobar cap anomalia al projecte, tant es així que l'empresa presenta una oferta econòmica a la baixa per a dur a terme l'objecte del contracte que no es altre que la construcció del cobert de la pista poliesportiva de [redacted] d'acord amb el projecte. Consta que l'empresa adjudicatària mostra la seva conformitat i signa el contracte d'obres i l'acta de comprovació del replanteig sense fer cap manifestació amb relació al projecte la qual cosa ve a significar que na la data aquella data la mercantil recurrent es veia capacitada per a construir l'obra d'acord amb el projecte i l'oferta que s'havia fet. Per tant, resulta evident que la condició essencial del contracte en el benentès que l'objecte del mateix es la construcció d'una coberta d'acord amb un projecte en forma –no qüestionat- que forma part de la licitació no ha variat durant la vigència del contracte d'obres.

Per tal conclou la demanda que no concorren les dificultats i errors del projecte imputables a l'administració, doncs l'empresa adjudicatària va presentar lliure i voluntàriament una oferta per concórrer a la licitació d'unes obres en base a un projecte que formava part de la documentació que les empreses licitadores –entre elles la recurrent- tenien a la seva disposició per estudiar a fons i prendre les decisions oportunes en el supòsit que hi detectés errors o deficiències –aspecte que no hi concorre ni va fer-.

Aquesta conclusió ve corroborada pel fet que el projecte constructiu de la construcció de la coberta de la pista poliesportiva de [redacted] va ser:

- Redactat per un tècnic competent d'acord amb la Llei 38/1999, de 5 de novembre d'ordenació de l'edificació, la LCSP i el ROAS.
- Projecte que va ser supervisat per un tècnic competent d'acord amb la LCSP.
- Projecte que va se aprovat inicialment en exposició pública, i aprovat definitivament el 23 de novembre de 2018-
- Projecte que va ser licitat d'acord amb LCSP.
- Projecte que va se estudiat pels serveis tècnics de l'empresa adjudicatària tal i com consta en el full de despeses suportades per la UTE durant 15 dies.
- Projecte que va ser adjudicat a la UTE aquesta signa el contracte en demostració que no ha trobat cap motiu per justificar més endavant la resolució del mateix.
- En data 27 de juny de 2019 la UTE signa l'acta de comprovació del replanteig sense fer cap objecció a la inviabilitat constructiva de l'obra com pretén.

Per tant conclou la part demandada que la recurrent en aquest acte de comprovació del replanteig reconeix –a tenor del l'art. 237 LCSP- que el projecte es viable.



és còpia

13 / 19

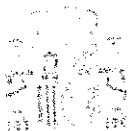
Per les circumstàncies descrites cal concloure que –contràriament allò afirmat per la recurrent el projecte era inexecutable- raó per la qual no concorren les deficiències i errors imputables a l'administració, com tampoc pot ser atesa la resolució fora de termini del contracte, atès que no es atribuïble a la impossibilitat de construir l'obra d'acord amb el projecte sinó per altres causes diferents a la que es refereix tals com de manera susceptible el preu ofert.

Exposa la part demandada la recurrent barreja diferents actes administratius independents no vinculats entre si. No poden ser preses les seves consideracions respecte a l'acta de recepció. L'acta de recepció de les obres es traca d'un acte amb entitat pròpia definit a l'art. 243 de LCSP que disposa: " A la recepció de les sobres quan finalitzin i als efectes que estableix aquesta llei, ha de concórrer un facultatiu designat per l'Administració representant d'aquesta, el facultatiu encarregat de la direcció de les obres i el contractista, assistit, si ho considera oportú, el seu facultatiu".

Així doncs, en data 19 de desembre de 2019 es du a terme l'acta de recepció de l'obra en la qual no es pot rebre perquè l'obra no està acabada i es deixa constància documental d'aquesta circumstància, mitjançant la comprovació de l'estat de les obres en data de l'acabament de les mateixes, que no és altra que la constatació de l'incompliment del contracte pel que fa al termini.

D'igual mode no es pot ser estimada la pretensió de la part recurrent de reclamació de la responsabilitat patrimonial de l'administració pel funcionament anormal del personal al seu servei pel que fa als danys i perjudicis a l'Ajuntament de Girona per les actuacions dels seus tècnics i de la direcció facultativa es a dir del personal al servei de l'Ajuntament pel funcionament anormal en la direcció facultativa de les obres i en ús de les seves potestats de direcció de l'obra i interpretació del contracte de conformitat amb allò previst a l'art. 106 de la CE i de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre del Procediment administratiu comú de les Administracions Públiques fixant les despeses suportades per la UTE en el quadre referenciat en 33.566,66 €. Sosté la part demandada que d'acord amb l'art. 233 de la LCSP el projecte ha estat redactat per un tècnic competent d'acord amb l'art. 10 de la Llei 38/1999, LOE d'acord amb l'art. 20 del Decret 179/1995, de 13 de juny que aprova el ROAS dels ens locals i supervisat d'acord amb l'art. 235 de la LCS, per tant, es tracta d'un projecte complet redactat per a ser adjudicat a l'administració.

Resta acreditat que l'Ajuntament va licitar el projecte amb totes les garanties que dimanen de la LCSP. Com s'ha exposat la recurrent Redactat per un tècnic competent d'acord amb la Llei 38/1999, de 5 de novembre d'ordenació de l'edificació, la LCSP i el ROAS. Projecte que va ser supervisat per un tècnic competent d'acord amb la LCSP, aprovat inicialment en exposició pública, i aprovat definitivament el 23 de novembre de 2018 i licitat d'acord amb LCSP. També consta que aquest projecte va se estudiat pels serveis tècnics de l'empresa adjudicatària tal i com consta en el full de despeses suportades per la UTE durant 15 dies i va ser adjudicat a la UTE aquesta signa el contracte en demostració que no ha trobat cap motiu per justificar més endavant la resolució del mateix. Per últim com s'ha dit en



és còpia

15 / 19

Cal posar de manifest que de la prova practicada a les presents actuacions ja avancem que s'escau estimar la pretensió actora pel que fa a la petició de resolució del contracte per impossibilitat de la seva modificació de conformitat amb l'art. 211.1 g) com també així ho ha resolt el dictamen núm. 307/2011 de la Comissió Jurídica Assessora en els termes que seguidament passem examinar.

En efecte, de la prova practicada a les presents actuacions documentals (adjuntades a la demanda i contestació a la demanda i expedient administratiu) així com les proves testificals-pericials practicades a les presents actuacions del Sr. arquitecte tècnic autor de l'informe pericial adjuntat com a doc. núm. 2 amb la demanda; i la testifical del Sr. (tècnic que formava part de la direcció facultativa).

Com consta en l'acord de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Girona de data 26 de novembre de 2021 com l'acord de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Girona de data 29 de gener de 2021 concorre la causa de resolució del contracte per impossibilitat de la seva modificació en els termes que seguidament passem a exposar.

Es resolt per part del referit acord "per tant és necessari procedir a dictar resolució sobre la resolució del contracte d'obres de referència. (...)

I es pren en consideració les consideracions jurídiques exposades en el referit Acord de 26-11-2021 que reproduïxen en part les consideracions de l'esmentat dictamen número 307/2021 de la Comissió Jurídica Assessora (folis 926 a 930 de l'ampliació de l'exp. adm.) en els següents termes:

"Vist el dictamen número 307/2021 de la Comissió Jurídica Assessora el qual informa favorablement en els termes i amb els efectes i amb els efectes previstos en l'apartat IV del Dictamen sobre la resolució del contracte subscrit per l'Ajuntament de Girona amb l'empresa J en relació amb les obres de coberta de la pista poliesportiva de Concretament i en relació amb la causa de resolució del contracte informa favorablement, mentre que en relació amb els efectes de la resolució contractual, i concretament en el que es refereix a la indemnització al contractista previst a l'art. 213.4 de l'LCSP, entén a diferència del criteri de l'Ajuntament que aquesta s'ha de satisfer a la contractista (...)

(...) En relació amb l'exposat vist el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora:

Pel que fa a la resolució del contracte, la mateixa entén que la causa que concorre en l'apreciada per l'Ajuntament de Girona, continguda a l'art. 211.1 g) de la LCSP, i que en cap cas existeix desistiment unilateral per part de l'Ajuntament. Per tant, el criteri de l'Ajuntament en relació a la causa de resolució del contracte és d'acord amb el contingut en el Dictamen emès per la Comissió Jurídica Assessora.

Pels que fa als efectes de la resolució del contracte en aquest aspecte el parer de la Comissió Jurídica Assessora dista del de l'Ajuntament en el que es refereix a





l'aplicació dels efectes continguts a l'article 213.4 de la LCSP, concretament la Comissió declara que:

"en l'escrit inicial, el contractista es refereix als efectes de la resolució contractual que considera procedent, que ja s'ha detallat: una indemnització pels danys i perjudicis irrogats al contractista (article 213.2 de la LCSP); una indemnització del 3% de l'import de la prestació deixada de realitzar (art. 213.4 de l'LCSP) i l'import que resulta del mesurament i la liquidació de les obres realitzades –tant les projectades com les no projectades, però que s'ha d'executar per ordre de la direcció facultativa- així com la provisió de material a peu d'obra (articles 246.1 de l'LCSP i 171 de l'RGLCAP).

S'inclou un informe a l'expedient, del responsable del contracte, de gener de 2021, sobre el final de les obres. S'informa que en l'acta de recepció de 19 de desembre de 2019, amb el resultat desfavorable, es va fixar la data per a comprovar l'amidament general de l'obra que es va dur a terme el mes següent. D'aquests treballs, efectuats pe la direcció facultativa, en presència del contractista, es va concloure que l'obra executada en un 15,31% amb el detall que es realitzava, i que el total de l'obra executada era de 77.519,31 euros –dels quals ja s'havia liquidat en la primera certificació de 13 de novembre de 2019 l'import de 37.451,76 euros.

En la proposta de resolució s'indica que en l'acord d'inici es va aprovar provisionalment la liquidació del contracte, i es determinava la part de l'obra realment executada i la Direcció facultativa, en l' informe de 21 de gener de 2021, va manifestar l'existència d'una part de l'obra executada, la certificació de la qual no es va aprovar, ni tampoc es va abonar.

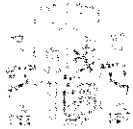
Pel que fa a la garantia l'Ajuntament esmenta l'article 111.1 de l'LCSP (...) i s'assenyala que es proposa la resolució del contracte sense culpa del contractista, per tant, en els termes exposats, en relació amb l'art. 213.5 de l'LCSP, procedeix en l'acord la resolució contractual a pronunciar-se sobre la garantia definitiva i a acordant-se la devolució.

La Comissió indica que no s'acredita l'incompliment per part de l'Administració de les obligacions del contracte, per la qual cosa no resulta d'aplicació l'art. 213.2 de l'LCSP al·legat pel contractista, que disposa que aquest incompliment "determina per a aquella, amb caràcter general el pagament dels danys i perjudicis que per tal causa s'irroguen al contractista".

Tampoc resulta d'aplicació l'article 213.3 de l'LCSP perquè no es dona l'incompliment culpable del contractista, i no es procedent doncs, confiscar la garantia definitiva ni el contractista ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats en l'impost que excedeixi de la garantia confiscada.

Es procedent aplicar l'art. 213.4 de l'LCSP que determina que "Quan la resolució s'acordi per les causes que recull la lletra g de l'art. 211, el contractista té dret a una indemnització del 3 per cent de l'import de la prestació deixada de realitzar, llevat





que la causa sigui imputable al contractista, o aquest rebutjo la modificació contractual proposada per l'administració a l'empara de l'art. 205".

Anteriorment, ja s'ha establert que no es considera que la causa de la resolució es pugui atribuir al contractista i que l'administració va considerar que la modificació del contracte requerida seria substancial i no va tramitar-ne l'expedient corresponent, ni es va pronunciar sobre la sol·licitud de modificació efectuada pel contractista.

En suma un cop acceptar que és procedent resoldre el contracte, les conseqüències econòmiques de l'extinció, d'acord amb les consideracions formulades anteriorment, ha de ser les següents:

- a) Abonament de la factura presentada al seu dia pel contractista, per valor de 40.067,55 euros (IVA inclòs) corresponents a la segona certificació que es va emetre però que no es va aprovar al gener de 2020, i als treballs realitzats durant els mesos d'octubre a novembre de 2019, en concepte de liquidació.
- b) Abonament de la quantitat de 1.010,25 euros IVA inclòs, en concepte d'obra executada fora de pressupost.
- c) Indemnització del 3% de l'import de la prestació deixada de realitzar. D'acord amb la segona certificació d'obra emesa el seu dia, i de l'informe del responsable del contracte de 15 d'octubre de 2020, es dedueix que la quantitat pendent d'executar es de 428.529,36 euros IVA inclòs, corresponent al 84,69 % del total de l'obra adjudicada. El contractista també accepta aquesta quantia com a base pel càlcul de la indemnització del 3 %, Per tant l'import d'aquesta indemnització ha de ser de 12.855,88 euros".

Examinat el referit acord municipal, si bé afirma que el projecte necessita de modificacions substancials i que s'aplica la causa de resolució del 211.1 g de la LCSP sense els efectes indemnitzatoris perquè al seu entendre la recurrent ha incorregut en incompliments, acollim les consideracions jurídiques exposades en el referit Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora al reconèixer que globalment es donen, "els requisits relatius a la causa de resolució del contracte recollida en la lletra d) de l'art. 211.1 de l'LCSP, relativa a la demora en el compliment dels terminis part del contractista..." per tant es reconeix que les obres no varen ser executades en termini per la contractista, si be diu que aquesta manca d'execució responia a un problema tècnics que va comportar que s'atuessin les obres"

En aquest sentit, consta en l'expedient administratiu l'Informe Jurídic del Secretari de la Corporació de 15 d'octubre de 2020 la manifestació respecte a la impossibilitat de modificar el projecte, i per tant, de la "imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato (211.g de la LCSP)". En el mateix, informe jurídic (foli 596 de l'exp. adm.) manifesta la conformitat a dret d'abonar a la recurrent la part de l'obra executada per evitar l'enriquiment injust de l'administració.

D'altra banda, si bé advertim que els acords municipals d'incoació i resolució contractual entén l'Ajuntament que no procedeix l'abonament del 3 % de la part d'obra no executada per presumpta concurrència d'incompliments, advertim que





és còpia

com resol la Comissió Jurídica Assessora (CJA) aquests incompliments no resten acreditats i per tant, no poden ser imputats a la recurrent en els termes anteriorment exposats.

Per tot això, resultant procedent resoldre el contracte, s'han de reconèixer les conseqüències econòmiques de tal extinció, prenent les consideracions jurídiques exposades pel referit dictamen núm. 307/2011 de la Comissió Jurídica Assessora com òrgan consultiu del Govern de la Generalitat de Catalunya el qual vetlla per la legalitat de l'actuació de les diverses administracions catalanes, i en algunes matèries –com les que aquí ens ocupa, dels ens locals- que exerceix les seves funcions amb autonomia orgànica i funcional i amb garantia de la seva objectivitat i independència, consideracions jurídiques que serveixen de base com a motivació de la present resolució judicial.

D'acord amb els raonaments jurídics exposats, s'escau estimar en part la present demanda, i conseqüentment, el present recurs contenciós administratiu en la forma que es disposarà en la part dispositiva de la present resolució.

ÚLTIM.- A tenor dels arts. 68.2 i 139.1 de la vigent Llei reguladora d'aquesta Jurisdicció modificat aquest últim per la Llei 37/2011 de 10 d'octubre de mesures d'agilització processal, les costes processals s'imposaran en primera o única instància a la part que hagi vist rebutjades totes les seves pretensions en la sentència o en la resolució del recurs o de l'incident a excepció que es justifiqui la seva no imposició. Sense que no obsti, en seu cas, la manca de sol·licitud expressa de condemna en costes per les parts, tota vegada que aquest pronunciament es sempre obligat o imperatiu per la decisió judicial, sense incorre per raó de tal vici d'incongruència processal *-ultra petita partium-* articles 24.1 CE i 33.1 i 67.1 LJCA-, al concernir l'esmentada declaració judicial a una qüestió jurídic processal de conformitat amb el dictat de l'art. 68.2 de la Llei Jurisdiccional i d'una reiterada jurisprudència tant contenciosa administrativa com constitucional (entre altres. STS Sala Contenciosa Administrativa, de 12 de febrer de 1991; i STC, Sala Primera, núm. 53/2007, de 12 de març, i 24/2010, de 27 d'abril).

Cal recollir, doncs, el principi de venciment mitigat, tot i que en el supòsit aquí examinat ens porta a concloure amb la no imposició de costes tota vegada que la singularitat de la qüestió aquí debatuda veta estimar que es trobi absent en el cas que ens ocupa *iusta causa litigandi* (series dubtes de fet o dret) tot això tenint en compte que per la jurisprudència recaiguda en supòsits similars per apreciar a aquests efectes que el cas era jurídicament dubtós tal i com assenyala l'art. 394 de la Llei 1/2000, d'Enjudiciament Civil.

DECISIÓ

Ateses les consideracions anteriors, i fent ús de la potestat que li ve conferida per l'art. 117 de la Constitució, aquest Jutjat ha resolt:





és còpia

19 / 19

1. ESTIMAR en part el present recurs contenciós administratiu núm. 184/2020-B interposat per U. contra l'AJUNTAMENT DE GIRONA, annulant els actes administratius impugnats per no ser ajustats a Dret i ACORDAR la resolució del contracte d'obres de la coberta de la pista poliesportiva de amb les conseqüències econòmiques que se'n deriven de la seva extinció, prenent les fixades pel dictamen de la CJA, sent les següents: a) Abonament de la factura presentada al seu dia pel contractista, per valor de 40.067,55 euros (IVA inclòs) corresponents a la segona certificació que es va emetre però que no es va aprovar al gener de 2020, i als treballs realitzats durant els mesos d'octubre a novembre de 2019, en concepte de liquidació; b) Abonament de la quantitat de 1.010,25 euros IVA inclòs, en concepte d'obra executada fora de pressupost; c) Indemnització del 3% de l'import de la prestació deixada de realitzar d'acord amb la segona certificació d'obra emesa el seu dia, i de l'informe del responsable del contracte de 15 d'octubre de 2020, es dedueix que la quantitat pendent d'executar es de 428.529,36 euros IVA inclòs, corresponent al 84,69 % del total de l'obra adjudicada. El contractista també accepta aquesta quantia com a base pel càlcul de la indemnització del 3 %, Per tant l'import d'aquesta indemnització ha de ser de 12.855,88 euros".

2.- Sense l'expressa imposició de costes.

Notifiqui's a les parts la precedent sentència fent constar que no és ferma, essent, per tant, susceptible de recurs d'apel·lació davant la Sala del Contenciós Administratiu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, a interposar a través d'aquest Jutjat en un termini màxim de quinze dies hàbils, comptadors des de l'endemà d'haver estat rebuda la notificació del veredícte.

Així, per aquesta la meua sentència, de la qual s'unirà testimoni a les actuacions, portant-se l'original al Llibre corresponent, ho pronuncio, mano i signo. S.S^a IL·LMA. RAMONA GUITART GUIXER, Magistrada Jutge substituta del Contenciós Administratiu núm. 1 de Girona.

PUBLICACIÓ. L' anterior sentència ha estat donada, llegida i publicada.



