RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ANDALUCÍA EMPRENDE, FUNDACIÓN PÚBLICA ANDALUZA, POR EL QUE SE INICIA EL PROCEDIMIENTO PARA LA INCAUTACIÓN DE GARANTÍA CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 2021/171 OBRAS DE ADECUACIÓN DE LOCAL PARA OFICINAS EN ROTA (CÁDIZ). (Lote 1).

Vistas las circunstancias concurrentes en el cumplimiento del contrato de obra de adecuación de local para oficinas en Rota (Cádiz) (Lote 1), suscrito entre Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza (en adelante Andalucía Emprende) y Construcciones Gallardo Barrera, S.L, se han apreciado los siguientes:

ANTECEDENTES

I.- Con fecha 9 de noviembre de 2021, se dicta por la Dirección de Andalucía Emprende Resolución por la que se adjudica contrato de obras de adecuación de local para oficinas en Rota (Cádiz) (Lote 1) a favor de Construcciones Gallardo Barrera S.L., por importe de ciento cuarenta mil ciento noventa y siete euros con veintiún céntimos IVA excluido. (140.197,21 € IVA excluido). Dicha Resolución fue publicada igualmente en el perfil de contratante.

Las acciones objeto de esta contratación están cofinanciadas en un 80% con recursos procedentes del Programa Operativo Fondo Europeo de Desarrollo Regional de Andalucía 2014-2020 en el marco de la Inversión Territorial Integrada para la Provincia de Cádiz (ITI de Cádiz).

II.-El contrato entre ambas entidades se formaliza el día 15 de noviembre de 2021, siendo la fecha de inicio 12 de enero de 2022, estableciéndose un plazo de ejecución de cuatro meses y ascendiendo el contrato a ciento cuarenta mil ciento noventa y siete euros con veintiún céntimos (140.197,21 €), impuestos excluidos, importe al que corresponde un I.V.A. de veintinueve mil cuatrocientos cuarenta y un euros con cuarenta y un céntimos (29.441,41€), ascendiendo el total de la ejecución a ciento sesenta y nueve mil seiscientos treinta y ocho euros con sesenta y dos céntimos (169.638,62€).

Previamente, a fin de responder al cumplimiento del contrato, la mercantil Construcciones Gallardo Barrera S.L. constituye válidamente a favor de Andalucía Emprende, el día 22 de octubre de 2021 en la Caja Depósitos de la Delegación Provincial de Cádiz. Modelo 804 Resguardo de Garantía Const. Seguro de Caución. Concepto: D200 Código de organismo: 61001. Código Territorial: EH1101. 8042500425766 y 8042500425775 por importe respectivamente de siete mil nueve euros con ochenta y seis céntimos (7.009,86 €), con la aseguradora COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN S.A. Ascendiendo el total de la garantía constituida a CATORCE MIL DIECINUEVE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (14.019,72 €) correspondiente al 10% del precio de adjudicación, impuestos excluidos, tras exigirse un 5% de garantía complementaria por tratarse de una oferta considerada anormal o desproporcionada.

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN

FIRMADO POR	DANIEL ESCACENA ORTEGA	03/12/2024
VERIFICACIÓN	Pk2jmRTBQA5AAWTGP9DRZGWLKTGH6T	PÁG. 1/6

Con fecha 10 de mayo de 2022, previa petición de la contratista, Andalucía Emprende y Construcciones Gallardo Barrera S.L. firman documento por el que acuerdan la ampliación del plazo contractualmente pactado hasta el día 12 de julio de 2022, quedando inalterables el resto de las estipulaciones contenidas en el contrato firmado el día 15 de noviembre de 2021.

III.- Con fecha 16 de junio de 2022 Construcciones Gallardo Barrera S.L. notifica la renuncia al contrato alegando subida de costes tanto de materiales como de mano de obra.

IV.- Con fecha 29 de diciembre de 2022 la Dirección de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza dicta Resolución por la que resuelve contrato formalizado correspondiente al Expediente nº2021/171 OBRAS DE ADECUACIÓN DE LOCLA PARA OFICINAS EN ROTA (CÁDIZ) (Lote 1), notificándose la misma al contratista, así como publicándola en el Perfil de Contratante.

V.- Con fecha 17 de febrero de 2023, Andalucía Emprende firma contrato de prestación de servicios con el arquitecto D. Francisco Borja Ruiz-Castizo Mirabent, al objeto de obtener informe pericial sobre la obra inacabada donde se acrediten las partidas realmente ejecutas y las pendientes de ejecutar.

VI.-Con fecha 27 de septiembre de 2024, de acuerdo con lo establecido en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Responsable del Contrato informa que:

"En el momento de la resolución del contrato, la empresa Construcciones Gallardo Barrera, S.L. había recibido el pago de las certificaciones de obras número una, dos y tres por un importe total de 45.229,42 euros (impuestos incluidos). La 1ª certificación de 3.390,12 € (impuestos incluidos) se abona el 04/03/2022; la 2ª de 19.934,69 € (impuestos incluidos), se abona el 27/05/2022 y la 3ª de 21.904,61€ (impuestos incluidos) se abona el 04/06/2022."

"Undécimo.- El 07/12/2023 se le notificó mediante burofax a la empresa Construcciones Gallardo Barrera, S.L., la reclamación de la devolución de la cantidad de 22.647,23€ (impuestos incluidos) en relación a partidas indebidamente abonadas y no ejecutadas de varios capítulos de las certificaciones número una, dos y tres. En concreto, se le había abonado en total 45.229, 42 € (impuestos incluidos), pero según Informe de Auditoría de marzo de 2023 del Arquitecto D. F. Borja Ruíz-Castizo Mirabent sólo se había ejecutado obra por importe de 22.582,19€ (impuestos incluidos). En concreto, según el referido informe, "EL ESTADO REAL DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS a día de la fecha es de TRECE CON TRESCIENTOS DOCE (13,312) POR CIENTO del total, restando por ejecutarse un ochenta y seis con seiscientos ochenta y ocho (86,688) por ciento del total.

Duodécimo.- El 22/12/2023 la empresa Construcciones Gallardo Barrera, S.L. presentó (…) contestación al burofax de reclamación de devolución notificado el 07/12/2023, y en el que entre otras cosas alegaba que {"3. Sin la previa liquidación del expediente por parte del organismo de contratación y habiendo iniciado el procedimiento de incautación de las garantías definitivas y sin emitir un informe de los posibles daños y perjuicios causados transcurrido un año desde la resolución por parte de la administración se ha de liquidar previamente el contrato para saber el saldo real pendiente}. Y solicitaba: {1. Se realice la liquidación de la obra para saber con exactitud las cantidades a devolver en el caso de que así sea, incluyendo las partidas certificadas y no abonadas y los posibles daños y perjuicios ocasionados.. }"

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN

FIRMADO POR	DANIEL ESCACENA ORTEGA	03/12/2024
VERIFICACIÓN	Pk2jmRTBQA5AAWTGP9DRZGWLKTGH6T	PÁG. 2/6

Decimotercero.- Debido a la renuncia presentada por la empresa Construcciones Gallardo Barrera, S.L., Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, se vio en la necesidad de iniciar un nuevo expediente de licitación para contratar la terminación de la obra, el expediente número 2023/058, que quedó desierto, por lo que, posteriormente, tuvo que iniciar otro nuevo expediente, el 2023/086 que terminó con resolución de adjudicación a favor de la entidad PLAZA SISTEMAS SL. Por importe 255.559,40 euros (impuestos excluidos), que con el 21%del IVA ascienda a 309.226,87 euros.

Decimocuarto.- La contratista PLAZA SISTEMAS, S.L. emite una quinta certificación adicional al cierre de la obra por importe del 9,39% sobre el precio de su contrato, equivalente a 29.023,79 euros (impuestos incluidos), que supone un coste total de la obra de 338.250,67 € (impuestos incluidos)."

Decimoquinto.- Con fecha 8 de julio de 2024, los verificadores de FFEE determinan la no elegibilidad del total del gasto propuesto a certificar de expediente nº2021/171 (Lote 1, Rota) exponiendo que:

{"Puesto que no tenemos certeza de la no imputación de partidas ejecutadas en ambos proyectos o que, si fuese el caso, se hayan realizado en el proyecto ejecutado por CONSTRUCCIONES GALLARDO BARRERA, unidades de obra que no puedan tener una funcionalidad o no sen de aprovechamiento para la obra objeto de certificación, con el fin de evitar que se certifiquen dichos gastos se propone la no elegibilidad del total del gasto propuesto a certificar del expediente nº2021/171 (Lote1, Rota) OBRAS DE ADECUACIÓN DEL LOCAL PARA OFICINAS EN ROTA, SANLÚCAR DE BARRAMEDA Y LA LÍNEA DE LA CONCEPCIÓN".}"

Por todo lo anterior, el Responsable del Contrato propone:

"1ºIniciar el procedimiento de incautación de garantía. La garantía depositada corresponde al 10% de la base imponible del contrato (5%+5%por baja temeraria)=14.019,72 €. Dicha garantía se encuentra depositada en la caja general de depósito.

2º Iniciar el procedimiento de reclamación de cantidades por daños y perjuicios calculados de la siguiente manera:

-Coste final de la obra realizada por el segundo contratista "Plaza Sistemas, S.L." facturada a Andalucía Emprende: 338.250,67€ = 309.226,87€ (cuatro certificaciones ordinarias) + 29.023,79 € (correspondiente a la 5ª certificación adicional).
-Adjudicación recaída sobre el primer contratista "Construcciones Gallardo Barrera, S.L": 169.638,62 € (total contrato aunque sólo se abonaron tres certificaciones por valor de 45.229,42€ (26,66%).
*-Diferencia: **168.612,05 €** (338.250,67€ - 169.638,62€).*
*-Informe pericial de auditoría de la obra realizado por el arquitecto Ruíz-Castizo Mirabent, Fco. Borja: **13.024,62 €** (facturados).*
-Cantidad reclamada por burofax a Construcciones Gallardo Barrera según informe de auditoría: 22.647,23 € (diferencia entre lo facturado (26,66%) y lo que según el informe de auditoría realmente han ejecutado (13,312%))
*-La cantidad total facturada por "Construcciones Gallardo Barrera, S.L." ha sido objeto de descertificación por parte de KPMG, lo que podría resultar en un perjuicio adicional a la Fundación al no haber sido capaz de explicar la existencia de unidades obra certificadas y no ejecutadas, por lo que la cantidad a reclamar podría ascender a **45.229,42 Euros** (22.582,19 Euros correspondientes a unidades obra certificadas y ejecutadas más 22.647,23 Euros de unidades de obra certificadas y no ejecutadas).*
*-Esto supone: **226.886,09€.***
-La garantía depositada en la caja general de depósito es de 14.019,72.
*-Cantidad a reclamar de daños y perjuicios detrayendo el importe incautado en concepto de garantía: 226.866,09€ - 14.019,72€ = **212.846.37 €"***

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN

FIRMADO POR	DANIEL ESCACENA ORTEGA	03/12/2024
VERIFICACIÓN	Pk2jmRTBQA5AAWTGP9DRZGWLKTGH6T	PÁG. 3/6

FUNDAMENTACIÓN

PRIMERO.- Andalucía Emprende es, conforme con lo establecido en el artículo 52.1 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, una entidad perteneciente al sector público andaluz, cuyo régimen jurídico se regula conforme con lo establecido en el artículo 78 de la citada Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía en los artículos 55 y ss. de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

SEGUNDO.- Andalucía Emprende está adscrita a la Dirección General de Fomento del Emprendimiento, de acuerdo con el artículo 8.2 del Decreto 158/2022, de 9 de agosto por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación, modificado por el Decreto 574/2022, de 27 de diciembre.

TERCERO.- En cuanto a la incautación de la garantía se refiere, según lo establecido en la cláusula 26.2 del PCAP en caso de resolución del contrato, en relación con el párrafo 1 del artículo 212 de la LCSP:

"El acaecimiento de cualquiera de estas causas, en los términos establecidos, conllevará la resolución del contrato, debiendo indemnizar la persona contratista a la entidad contratante de los daños y perjuicios ocasionados, con los demás efectos que procedan conforme a la normativa aplicable. El importe de garantía responderá de todo ello, en cuanto al alcance, y sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad de la persona contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada."

Así, de acuerdo con el artículo 213.3 de la LCSP: *"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".*

Es conveniente insistir en que al manifestar el contratista que renuncia al contrato, éste incumple la obligación principal o esencial de ejecutar las obras, así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a través de Informe número 27/1999 de 30 de junio: *"la renuncia expresa del contratista a la ejecución de un contrato de obras debidamente formalizado debe considerarse causa de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial del mismo de ejecutar las obras, sin perjuicio de que pueda apreciarse el incumplimiento de obligaciones concretas que operen el mismo efecto y sin que, en consecuencia, proceda esperar a que se produzca demora en la ejecución de las obras".*

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN

FIRMADO POR	DANIEL ESCACENA ORTEGA	03/12/2024
VERIFICACIÓN	Pk2jmRTBQA5AAWTGP9DRZGWLKTGH6T	PÁG. 4/6

Por otro lado, en cuanto al carácter potestativo o no de proceder a la incautación de la garantía por incumplimiento culpable del contratista, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en Informe número 4/1998 de 7 de abril, establece: *"Que en el supuesto de resolución del contrato acordada por la Administración y fundada en causa imputable al contratista o por incumplimiento culpable de éste, procede en todo caso la incautación de la garantía, ya sea la provisional o la definitiva".* Igualmente, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, a través de Dictamen 055/2022 de 9 de febrero destaca el automatismo en la incautación de la garantía derivado del artículo 213.3 de la LCSP.

Por tanto, en este caso el órgano de contratación debe acordar la incautación de la garantía ya que la causa de resolución se debe al incumplimiento culpable del contrato.

CUARTO.- En cuanto a la indemnización se refiere, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, a través del anteriormente citado Informe número 4/1998 de 7 de abril, concluye que *"si como consecuencia de la resolución del contrato, por la causa expuesta en la conclusión anterior* (incumplimiento culpable del contratista), *se hubiesen ocasionado daños y perjuicios a la Administración, ésta deberá cuantificarlo y exigirlos en todo caso".*

Por tanto, la exigibilidad de indemnización al contratista, en este caso, constituye un deber y no una libre opción del órgano de contratación.

Respecto de los criterios para determinar los daños y perjuicios, el artículo 113 del RGLCAP en relación con el artículo 26.2 del PCAP y el artículo 213 de la LCSP establece: *"En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".* Precisamente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, en el citado Informe número 27/1999 de 30 de junio, apostaba por la valoración del criterio que implica el mayor gasto que ocasione a la Administración, cuantificado según *"la diferencia entre el importe del contrato resuelto y el importe del nuevo contrato a celebrar para la ejecución de las obras".*

QUINTO.- El artículo 112 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, regula el régimen de garantías prestadas por terceros.

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN

FIRMADO POR	DANIEL ESCACENA ORTEGA	03/12/2024
VERIFICACIÓN	Pk2jmRTBQA5AAWTGP9DRZGWLKTGH6T	PÁG. 5/6

SEXTO.-El artículo 16 del Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, regula el procedimiento de incautación de las garantías.

SÉPTIMO.- El artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula el trámite de audiencia en cuanto a la participación de los interesados en los procedimientos, con objeto de que exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.

En virtud de los antecedentes de hechos y fundamentos jurídicos expuestos,

RESUELVO

I.- Iniciar el procedimiento de incautación total de la garantía, constituida en virtud del expediente 2021/171 OBRAS DE ADECUACIÓN DE LOCAL PARA OFICINAS EN ROTA (CÁDIZ). (Lote 1) en la cantidad de CATORCE MIL DICEINUEVE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (14.019, 72€), sin perjuicio de reservar las acciones que procedan para exigir el importe que no cubra dicha garantía a todos los responsables solidarios, concediéndole el pertinente trámite de audiencia tanto a la entidad contratista CONSTRUCCIONES GALLARDO BARRERA S.L., como a la entidad aseguradora COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN S.A.

II.- Conceder plazo de CINCO DÍAS hábiles, contados a partir del día siguiente al de la publicación de la resolución en el perfil de contratante de Andalucía Emprende, Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, a fin de que CONSTRUCCIONES GALLARDO BARRERA S.L. a fin de que la parte interesada alegue lo que a su derecho convenga.

III.- Conceder asimismo plazo de CINCO DÍAS hábiles contados a partir del día siguiente al de la recepción de la notificación de la presente resolución, remitida por correo certificado con acuse de recibo, a fin de que la entidad aseguradora alegue lo que a su derecho convenga.

IV.- Dicho procedimiento deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de tres meses desde la firma de la presente resolución de inicio de expediente.

V.- Publicar dicha resolución en el perfil de contratante de Andalucía Emprende, en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, y notificar la presente resolución al interesado y a la parte aseguradora.

En Sevilla, a fecha de firma electrónica.

Fdo.: D. Daniel Escacena Ortega.
Director General.
Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza.

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de una copia de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN		
FIRMADO POR	DANIEL ESCACENA ORTEGA	03/12/2024
VERIFICACIÓN	Pk2jmRTBQA5AAWTGP9DRZGWLKTGH6T	PÁG. 6/6