



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 3 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de junio de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución de la resolución del Acuerdo Marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U. para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (EXP. 197/2015 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado el 11 de mayo de 2015 (registro de entrada de 14 de mayo de 2015) por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución, con forma de Orden, del procedimiento de resolución del acuerdo marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U. para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El expediente que se informa tiene como antecedente el 97/2015, sobre el que se emitió nuestro Dictamen 117/2015, de 31 de marzo.

En aquel nos pronunciamos, lo que se reitera ahora, sobre la legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión que se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

Se ha solicitado el dictamen haciendo constar la urgencia del mismo, lo que, sin embargo, no ha venido justificado en su solicitud.

II

Constan en el expediente que nos ocupa, como antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual, los siguientes:

- El 3 de febrero de 2014, se dictó Orden de la Consejera de Sanidad nº 50, por la que se adjudicaron los acuerdos marco para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La empresa licitadora E.M., S.L.U., S.L.U. resultó adjudicataria del lote 3, con su centro E.M.; del lote 4, con su centro E.V., y del lote 6, con su centro E.N.

- Mediante Orden de la Consejera de Sanidad nº 58, de 6 de febrero de 2014, se corrigieron los errores materiales de omisión detectados en el antecedente noveno y en el resuelto segundo de la referida Orden de adjudicación de 3 de febrero y, posteriormente, mediante Orden nº 78, de 17 de febrero de 2014, se corrige la puntuación asignada en dicha orden al licitador R.M.A., S.A., pasando de 69,25 puntos a 51,25 puntos.

- El 14 de febrero de 2014, se suscribieron los correspondientes acuerdos marco con todas las empresas adjudicatarias de los mismos, entre ellas E.M., S.L.U., quien suscribió diversos contratos, referidos a cada centro y lote.

La Empresa E.M., S.L.U. obtuvo la homologación respecto del centro E.V. mediante Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 16 de julio de 2013.

- El 24 de febrero de 2014, la entidad E.M., S.L.U., interpuso recurso de reposición contra la Orden de la Consejera de Sanidad de 3 de febrero de 2014, por la que se acordó la adjudicación de los acuerdos marco para la contratación mediante concierto de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria.

- Tal recurso es desestimado por Orden nº 357, de 13 de mayo de 2014.

- El 19 de junio de 2014, por medio de representante, el Centro R.E., S.L., el Centro R.M., S.L., el Centro R.S.P., S.L., el Centro R.A., S.L., el Centro R.G., S.L., el Centro R.V., S.L., el C.R., S.L., el I.I.R., S.L., e I.T., S.L. presentan escrito mediante el que ponen en conocimiento del órgano de contratación la Resolución del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana relativa al Centro E.V. Asimismo, informan de que ha dado traslado de dicha resolución al Servicio Central de Inspección y Concierptos.

- A partir de ello, se realizaron actuaciones de comprobación, entre ellas, la solicitud de informe al Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana. El mismo se emite el 2 de julio de 2014, y de él se deriva que el Centro E.V., en relación con la comunicación previa al inicio de actividad del 15 de julio de 2013, fue requerido de cierre y cese de actividad por Decreto del Ayuntamiento de 13 de febrero de 2014 y, respecto a la nueva comunicación previa de inicio de actividad presentada el 14 de marzo de 2014, por Decreto del Ayuntamiento nº 2095/2014, de 7 de mayo de 2014 (notificado al interesado el 28 de mayo de 2014) se prohibió el ejercicio de la actividad hasta que fuera levantada dicha suspensión en base a resolución administrativa expresa.

Asimismo, se constata que el Ayuntamiento de Santa Lucía dictó Resolución de 13 de febrero de 2014, lo que se notificó a la empresa E.M., S.L.U., por la que se acuerda que la comunicación previa al inicio o puesta en marcha de la actividad no surta efectos como título habilitante para el ejercicio de la actividad, lo que implica la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad de centro médico en el local y se le requiere para que en el plazo de dos días hábiles desde el recibo de la comunicación proceda al cierre y cese de la actividad en el centro.

- Mediante Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 14 de julio de 2014, se acuerda la suspensión provisional de la vigencia de la homologación hasta que se subsanen los defectos observados, durante un plazo máximo de seis meses, transcurrido el cual, si no se han subsanado, se procederá a la revocación de la homologación (art. 12.2 Decreto 105/2006), lo que se justifica en que la cláusula 4.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares remite al Anexo II del pliego, donde se detallan los requisitos de solvencia técnica. Del mismo se deriva que estar en posesión de la correspondiente licencia de apertura del Ayuntamiento es requisito para que los centros sanitarios puedan obtener la homologación en el grupo "diagnóstico y tratamiento", subgrupo "rehabilitación", requisito de solvencia

técnica exigido para la contratación del acuerdo marco del que resultó adjudicataria la empresa E.M., S.L.U.

- El 20 de agosto de 2014, la entidad E.M., S.L. interpuso recurso de alzada frente a aquella Resolución, que es desestimado mediante Orden nº 694, de 3 de octubre de 2014.

- Mediante Orden nº 755, de 31 de octubre de 2014, se acordó iniciar el procedimiento de resolución del acuerdo marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U., en relación con su Centro E.V., el 14 de febrero de 2014 para la contratación mediante conciertos de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, acordándose igualmente, al amparo de lo establecido en el art. 109 RGLCAP, conferir el trámite de audiencia por un periodo de 10 días naturales.

Se dio, consecuentemente, cumplimiento a los trámites preceptivos, solicitándose dictamen de este Consejo el 4 de marzo de 2015.

- El 31 de marzo de 2015, se emitió nuestro Dictamen 117/2015, señalándose en el mismo:

En relación con la solicitud de dictamen:

«Al respecto deben hacerse tres objeciones:

A) Por un lado, ciertamente, entendemos que la solicitud de dictamen proviene del órgano competente, que es la Consejera de Sanidad; mas, en puridad, viene firmada por la Directora del Servicio Canario de la Salud, que no es competente para ello. Se desprende de la solicitud que ha sido realizada por esta por medio de delegación tácita de aquella, mas la ley exige para tal fin una delegación expresa de la facultad que se ejercita o bien que se realice la solicitud por el órgano competente y venga firmado por su titular.

B) Por otro lado, la solicitud de dictamen califica la Orden de la Consejera como Propuesta de Resolución, por contener la fundamentación material de la Resolución. Sin embargo, ni es la Consejera la competente para emitir la Propuesta de Resolución, sino la Directora del Servicio Canario de la Salud, como instructora del procedimiento, ni tiene el Resuelto el contenido material que le es exigible.

En cuanto al primer aspecto, debemos recordar que la Propuesta de Resolución sobre la que dictamina el Consejo Consultivo es eso, una "propuesta" de lo que será la Resolución que se dicte por el órgano competente, por lo que la Propuesta de

Resolución no puede venir firmada por el propio órgano que ha de resolver, sino por quien ha instruido el procedimiento. Así pues, debe dotarse el presente expediente de una Propuesta de Resolución que venga firmada por el órgano instructor.

C) En cuanto al segundo aspecto, nos encontramos ya en la tercera objeción que debe hacerse:

Lo que el oficio de solicitud de dictamen califica de Propuesta de Resolución es la Orden de la Consejera de Sanidad, por contenerse en la misma la fundamentación fáctica y jurídica de la resolución contractual que se pretende. Mas, como ya dijimos anteriormente, el Resuelvo de tal Orden se limita a solicitar el dictamen del Consejo Consultivo con carácter urgente.

La Propuesta de Resolución debe tener autonomía documental en el expediente, sin que pueda confundirse con otro documento o trámite, en este caso, con la solicitud de dictamen. Para ello, la Propuesta de Resolución debe contener en su Resuelvo todos los pronunciamientos debidos sobre el fondo del asunto, es decir, la procedencia o no, tanto de la resolución contractual, como de la incautación de la garantía y de la indemnización de daños y perjuicios, en su caso.

Nada de ello contiene la Orden de la Consejera que el oficio de solicitud de dictamen califica como Propuesta de Resolución, amén de no venir firmada por el órgano instructor.

Todo ello debe subsanarse en la nueva tramitación del procedimiento que en su caso debe incoarse tras la declaración de caducidad que a continuación se analiza».

Asimismo, se señala:

«Sin perjuicio de lo señalado acerca del cumplimiento de los trámites preceptivos, el procedimiento de resolución contractual ha de considerarse caducado al haber transcurrido el plazo de tres meses que para su resolución establece el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

(...) el procedimiento fue iniciado el 31 de octubre de 2014 mediante Orden nº 755 de la Consejera de Sanidad, por lo que el plazo de tres meses se encuentra vencido desde el 31 de enero de 2015, con anterioridad incluso a la solicitud de dictamen a este Consejo.

Por consiguiente, ha de observarse que el procedimiento de resolución iniciado se encuentra incurso en causa de caducidad, al no haberse resuelto y notificado al contratista en el plazo de tres meses desde su incoación, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.2 en relación con el art. 42.2 LRJAP-PAC.

En definitiva, procede que se declare la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento de resolución, cuyo inicio, en su caso, deberá acordarse formalmente, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y en el que, tras dar audiencia al contratista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el preceptivo dictamen sobre la misma, con advertencia expresa de que deberán adoptarse las cautelas precisas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver establecido en el citado art. 42 LRJAP-PAC».

- Mediante Orden de la Consejera Sanidad número 114, de 15 de marzo de 2015, se acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado por la Orden 755, de 31 de octubre de 2014, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde el inicio del expediente sin haberse dictado resolución, e iniciar nuevo procedimiento con el mismo objeto, concediéndose audiencia a la entidad interesada.

- El 6 de abril de 2015, se presenta escrito de alegaciones por la entidad E.M., S.L.U., en las que sostiene:

1) Incorrecta exigencia de licencia de apertura *a priori*, siendo suficiente con la declaración responsable y comunicación previa efectuada por E.M., S.L.U. para la puesta en funcionamiento de su actividad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, arts. 84 y 84 *bis* de la LRBRL; y, art. 71 *bis* de la LRJAP-PAC.

2) En todo caso, alega la interesada que cumplía todos los requisitos para el otorgamiento de la licencia de apertura, "demorada sólo por actos ilegítimos de terceros".

3) Inexistencia de incumplimiento de la cláusula 20.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, punto en el que se basa la Administración para resolver conforme a la cláusula 22, que impone a los adjudicatarios la obligación de comunicar cualquier alteración que se produzca en su capacidad para contratar, so pena de resolución contractual. Y es que cuando la entidad firma el contrato, el 14

de febrero de 2014, desconocía la resolución de cierre y cese de su actividad, pues se notificó a la empresa el 27 de febrero de 2014.

4) Incumplimiento administrativo, en todo caso, del plazo de seis meses otorgado por la propia administración para subsanar.

5) En el momento actual, en el que no se ha acordado la adjudicación de los correspondientes conciertos, la pérdida de su capacidad de ejecución del contrato no ha tenido incidencia alguna.

- A la vista de las alegaciones, el 5 de mayo de 2015 se emite informe por el Servicio Jurídico.

- El 8 de mayo de 2015, se emite informe Propuesta de Orden de resolución que es sometida a dictamen de este Consejo Consultivo.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución procede a refutar todas las alegaciones presentadas por la entidad interesada.

Así, ha de comenzarse señalando que mediante Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 14 de julio de 2014, se acuerda la suspensión provisional de la vigencia de la homologación hasta que se subsanen los defectos observados durante un plazo máximo de seis meses, transcurrido el cual, si no se han subsanado, se procederá a la revocación de la homologación (art. 12.2 Decreto 105/2006), lo que se justifica en que la cláusula 4.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares remite al Anexo II del pliego, donde se detallan los requisitos de solvencia técnica. Del mismo se deriva que estar en posesión de la correspondiente licencia de apertura del Ayuntamiento es requisito para que los centros sanitarios puedan obtener la homologación en el grupo "diagnóstico y tratamiento", subgrupo "rehabilitación", requisito de solvencia técnica exigido en la contratación del acuerdo marco del que resultó adjudicataria la empresa E.M., S.L.U.

Sin embargo, se corrige ello en la Propuesta de Resolución al reconocer al interesado su alegación consistente en que la licencia de apertura no es exigible. Ciertamente, tanto de la normativa estatal como de la normativa autonómica se deriva la regla general de la inexigibilidad de licencia de apertura. En el concreto caso de la actividad de rehabilitación, a que se refiere el acuerdo marco suscrito, la misma no se encuentra entre aquellas para las que, con carácter excepcional y

tasado, la normativa prevé que se requiera licencia previa. Ley 7/2011, de 5 de abril, de Actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, excluye a las actividades que califica como inocuas del régimen de intervención administrativa previa y prevé para las actividades clasificadas una previa autorización administrativa habilitante, por lo tanto el régimen general será el de *comunicación previa* del promotor.

Por su parte, el Decreto, 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa, cuenta con un Anexo en el que se enumeran aquellas actividades clasificadas sujetas al régimen de autorización administrativa previa, donde no se hallan las actividades a las que se refiere el acuerdo marco que nos ocupa.

La errónea exigencia se explica porque las Órdenes de 4 abril de 2008 (BOC n° 84, de 25 de abril de 2008) y 17 de agosto de 2009 (BOC n° 180, de 14 de septiembre de 2009), de la Consejera de Sanidad, son previas a la normativa que en esta materia traspone la Directiva de Servicios.

Ahora bien, el Decreto 53/2012 de 7 de junio, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento aplicable al régimen de comunicación previa en materia de actividades clasificadas, prevé en su art. 3 ("Examen de la comunicación y de la documentación que acompaña a la misma"), que si del examen realizado como consecuencia de la comprobación de las instalaciones se apreciare la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial de cualquier manifestación o documento, previa audiencia de la entidad interesada, se dictará resolución por la que se declare la circunstancia que corresponda, la cual determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad afectada, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Por otro lado, el Decreto 105/2006, de 20 de julio, por el que se regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y por el que se desarrolla el régimen jurídico del concierto sanitario, establece en su art. 1 dos claros principios, uno, que la homologación es un requisito previo a la concertación con la Administración, y dos, que con dicha homologación se acredita la solvencia técnica.

En desarrollo de dicho Decreto, se dicta la Orden de 4 de abril de 2008, por la que se establecen los requisitos que deben cumplir los centros sanitarios para su homologación en el grupo de "Diagnóstico y tratamiento", subgrupo

“Rehabilitación”, la cual, efectivamente, siendo una norma anterior a la transposición de la Directiva comunitaria, exige, para resolver sobre la homologación, contar con la licencia de apertura, que habrá de entenderse referida a la comunicación previa.

El pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación establece, en su cláusula 4 (“Capacidad para contratar”) que lo licitadores han de acreditar su solvencia técnica mediante la homologación en el grupo y subgrupo a que se hace referencia en su Anexo II.

La empresa E.M., S.L.U. solicitó la homologación de su centro sito en Vecindario, dictándose el 16 de julio de 2013 Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud por medio de la cual se homologaba dicho centro en el grupo y subgrupo requerido en el pliego de cláusulas administrativas particulares que regía la contratación, aplicándose a dicho procedimiento de homologación el requisito de aportación de la comunicación previa.

Lo que ha hecho la nueva normativa de regulación de las solicitudes de licencia es establecer la presunción de cumplimiento por parte del solicitante de todos y cada uno de los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad, dejando para posteriores actuaciones la comprobación de dicho cumplimiento, permitiendo así que el solicitante pueda iniciar su actividad con la declaración responsable del cumplimiento de los mismos, y tal ha sido el actuar de la Administración autonómica en la resolución de la concesión de la homologación.

En el presente caso, la empresa E.M., S.L.U. presenta ante el Ayuntamiento el 15 de julio de 2013, dos días antes del cierre del plazo de presentación de ofertas y uno antes de obtener la homologación, la comunicación previa requerida en la normativa actual para después, con dicha comunicación, solicitar la homologación sin que a la fecha de dicha presentación ni de la Resolución de homologación (16 de julio de 2013) la misma reuniera los requisitos que ha de reunir un centro para obtener la licencia de apertura, tal y como se desprende del requerimiento de cierre y cese de actividad acordado por Decreto del Ayuntamiento de Santa Lucía, de 13 de febrero de 2014, y posterior Decreto de 7 de mayo de 2014, por el que se decreta la prohibición del ejercicio de la actividad hasta que sea levantada la suspensión.

El Ayuntamiento en cuyo término radica el centro entendió, correctamente, que la actividad a desarrollar no estaba incluida entre aquellas que en el nomenclátor, Anexo del Decreto 52/2012 se consideran actividades clasificadas sometidas al

régimen de autorización administrativa previa, por lo que la comunicación previa efectuada por E., conforme a la normativa citada, habilitaría a la referida entidad para ejercer la actividad.

Sin embargo, en la actividad de comprobación y estudio de la documentación, reglada por el art. 3 del Decreto 53/2012, y con carácter general por el art. 39.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana, una vez estudiada la documentación aportada por E., entendió que esta empresa no cumplía con los requisitos mínimos establecidos, por lo que, de conformidad con lo previsto en el citado Decreto 53/2012, dictó Decreto de 13 de febrero de 2014, por el que se determinó el cierre del local y el cese en el ejercicio de la actividad afectada, insistiendo en dicha prohibición de realizar la actividad en Decreto nº 2095/2014, de 7 de mayo de 2014 (notificado al interesado en fecha 28/05/2014) tras realizarse por la entidad E. nueva comunicación previa en fecha 14 de marzo de 2014.

De todo lo expuesto se deriva que la entidad E. tenía prohibido el ejercicio de la actividad para la que había formulado una primera y luego una segunda comunicación previa, lo que tuvo eficacia desde el 13 de febrero de 2014, fecha de la notificación del primer Decreto del Ayuntamiento (o, en todo caso el 27 de febrero de 2014, fecha en la que alega la entidad que le fue notificada la resolución), hasta el 10 de octubre de 2014, fecha en que por el Ayuntamiento se le notificó el levantamiento de la suspensión acordada.

Sin embargo, la empresa E.M., S.L.U. presenta ante el Ayuntamiento, el 15 de julio de 2013, dos días antes del cierre del plazo de presentación de ofertas y uno antes de obtener la homologación, la comunicación previa requerida en la normativa actual para después, con dicha comunicación, solicitar la homologación, sin que a la fecha de dicha presentación ni de la resolución de homologación (16 de julio de 2013) la misma reuniera los requisitos establecidos en el Decreto 53/3012, aplicables al régimen de comunicación, tal y como se desprende del requerimiento de cierre y cese de actividad acordado por Decreto del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana, de 13 de febrero de 2014, y posterior Decreto de 7 de mayo de 2014, por el que se decreta la prohibición del ejercicio de la actividad hasta que sea levantada la suspensión.

Como bien señala la Propuesta de Resolución, es cierto que la entidad no conocía su incapacidad para contratar en la fecha de la firma del acuerdo marco, el 14 de

febrero de 2014, pues le fue notificado el día 27 de aquel mes y año. Sin embargo, a pesar de haberle sido notificado en dicha fecha, no lo puso en conocimiento del órgano de contratación hasta el 23 de julio de 2014 (fecha en la que, en todo caso, ya se conocía por la Administración contratante, habiéndose ya acordado la suspensión de la homologación por la Directora del Servicio Canario de la Salud), cuando ya había incluso presentado su oferta de concierto el 16 de junio de 2014, a pesar de conocer su imposibilidad legal para realizar la prestación objeto del contrato. Así, a sabiendas de estar imposibilitada para realizar la prestación objeto del contrato -al menos, desde el 27 de febrero de 2014 hasta el 10 de octubre del mismo año- la empresa presentó su oferta al concierto, cuyo plazo de presentación concluía el 16 de junio de 2014. Lo sabía y no solo no lo comunicó al órgano de contratación, sino que presentó su oferta de concierto.

Por otro lado, y siguiendo con el hilo de la primera y principal alegación, dado lo expuesto, en relación con la incorrecta exigencia de licencia de apertura, procede responder que por el órgano de contratación no se le exigió estar en posesión de una licencia de apertura, sino estar homologado. Tal homologación la obtuvo en su momento con la comunicación previa, que gozaba de presunción de eficacia. Sin embargo, se rompió esta presunción por las actuaciones del Ayuntamiento, que acordó el cierre y cese inmediato del ejercicio de la actividad, teniendo ello como consecuencia la suspensión de la homologación, requisito para licitar en este expediente, así como la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados.

Debe refutarse, como lo hace la Propuesta de Resolución, la alegación de la interesada en la que expresa que la suspensión de la homologación acordada por Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 14 de julio de 2014, por la que se le concedía 6 meses para subsanar las deficiencias observadas, ha sido incumplida al haberse levantado la suspensión el 8 de enero de 2015, antes de poder subsanarse la deficiencia. Al respecto, a los efectos que aquí interesan, E. perdió la capacidad de cumplimiento del contrato por imposibilidad de realizar la prestación objeto del mismo durante la vigencia del acuerdo marco, lo que, como indica la Propuesta de Resolución "(...) no se puede obviar en un procedimiento competitivo en el que al conjunto de licitadores se les exige unas mismas condiciones y equipamientos. Obviar este incumplimiento supondría un trato discriminatorio y un agravio respecto de aquellos licitadores que, cumpliendo [los pliegos (...)], han mantenido su capacidad de ejecutar el contrato durante toda su vigencia".

Asimismo, se desvirtúa por la Propuesta de Resolución la alegación referida a que la pérdida de su capacidad de ejecución del contrato no ha tenido incidencia alguna, pues señala:

“Procede poner de manifiesto que el procedimiento para la adjudicación de los conciertos derivados de los acuerdos marco suscritos el 14 de febrero de 2014 se inició por Orden de la Consejera de fecha 4 de junio de 2014, fecha en la que la empresa conocía ya su imposibilidad de ejecutar los servicios que le fueran adjudicados.

Que una vez esta Administración tuvo conocimiento de que el local de E.V., podría no estar en condiciones de realizar la prestación, y comenzó a realizar las actuaciones tendentes a esclarecerlas, dado que la empresa no había comunicado nada del local de E.V., y a fin de evitar complicaciones a la hora de adjudicar los conciertos (conviene precisar que el procedimiento de adjudicación de los conciertos se articula en tres fases y cualquier renuncia o modificación en la adjudicación de uno de los lotes de un área de salud modificaría al conjunto de las adjudicaciones) decidió continuar el procedimiento de adjudicación únicamente respecto de los lotes que no se verían afectados por las consecuencias-jurídicas que se aplicasen a E.

De esta forma, se prosiguió el expediente de adjudicación respecto de los lotes referidos al área de salud de Tenerife y Lanzarote y los correspondientes conciertos se suscribieron con fecha 1 de octubre de 2015.

No ha sido una dilación inexplicable la de esta Administración, sino, ha sido, precisamente, la necesidad de clarificar cuál era la situación del centro de E.V., lo que ha provocado que no se han adjudicado los conciertos referidos al área de salud de Gran Canaria” .

En cualquier caso, la alegación de la entidad interesada no desvirtúa la causa de resolución por su imposibilidad para contratar por falta de solvencia técnica.

2. Sentadas estas premisas, debemos ahora analizar la procedencia de resolver el Acuerdo marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U., para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación.

El Decreto 105/2006, de 20 de julio, por el que se regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y se desarrolla el régimen jurídico del concierto sanitario, establece en su art. 36.d) que serán causas de resolución de los

conciertos, además de las establecidas con carácter general en la normativa general sobre contratación administrativa, la pérdida de vigencia de la homologación, el incumplimiento de los requisitos establecidos o la falta de renovación.

Como hemos visto, el pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen los acuerdos marco para la contratación mediante concierto de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria, aprobados por Orden de la Consejera de Sanidad, de 18 de junio de 2013, establece en su cláusula 4 ("Capacidad para contratar"), que los licitadores deberán cumplir los requisitos de solvencia técnica para el lote o lotes a los que liciten que figuran en el Anexo II, por cada una de las proposiciones que presente. Asimismo, el art. 54 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija el citado texto refundido, se encuentren debidamente clasificadas.

Por su parte, el citado Anexo II establece, como requisito mínimo para acreditar la solvencia, que: "(...) los centros deberán estar homologados en el grupo Diagnóstico y Tratamiento, subgrupo: Rehabilitación, nivel V, conforme a lo establecido en las Órdenes de 4 abril de 2008 (BOC n° 84, de 25 de abril de 2008) y 17 de agosto de 2009 (BOC n° 180, de 14 de septiembre de 2009), de la Consejera de Sanidad".

La cláusula 20.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, dedicada a las obligaciones de las partes de los acuerdos marco, establece que: "(d)urante la vigencia de los acuerdo marco, los adjudicatarios de los mismo deberán notificar al órgano adjudicador cualquier alteración en las circunstancias relativas a su capacidad para contratar con la Administración. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la resolución de los acuerdos marco".

Consecuentemente, no reuniendo la adjudicataria los requisitos de solvencia técnica exigidos para contratar, como consecuencia de la pérdida de vigencia de la homologación del centro E.V., y no habiendo cumplido con su obligación de comunicar tal circunstancia, procede la resolución del citado Acuerdo Marco.

3. Por su parte, y en relación con el procedimiento de resolución, hemos de indicar que la cláusula 22 del citado pliego establece que la resolución se llevará a

efecto siguiendo el procedimiento establecido en el art. 109 RGLCAP, y que en tal supuesto procederá la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados al Servicio Canario de la Salud.

El presente procedimiento de resolución se refiere al Acuerdo Marco suscrito y no al concierto derivado de la ejecución de dicho Acuerdo Marco, que ha de ser objeto de licitación, y que es para el que se exige la constitución de la garantía definitiva, conforme a lo que dispone la cláusula 32 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Tampoco existe constitución de garantía provisional para la licitación del Acuerdo Marco, tal y como dispone la cláusula 10 del mismo pliego, por lo que no existe garantía constituida. Por lo tanto, aun cuando el art. 225.4 TRLCAP dispone que el acuerdo de resolución del contrato ha de contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que hubiese sido constituida, al no haberse constituido la misma no procede hacer tal pronunciamiento. No obstante, el art. 225.3 TRLCSP dispone que cuando el mismo se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, por lo que, de haberse producido tales, deberá incoarse el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden es conforme a Derecho, procediendo la resolución del Acuerdo Marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U., para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación, de conformidad con lo razonado en el Fundamento III.