

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. LAILA MEDINA

presentadas el 3 de febrero de 2022 (1)

Asunto C-436/20

Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)

contra

Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana)

«Petición de decisión prejudicial — Contratación pública — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios — Actividad económica — Directiva 2014/24/UE — Artículos 1, apartado 2, apartado 1, y 4, letra d) — Requisitos de aplicación — Artículos 20, apartado 1, y 77 — Contratos reservados — Artículos 74 a 76 y anexo XIV — Prestación de servicios sociales — Contratación pública en el ámbito de los servicios sociales — Régimen simplificado — Acuerdos de acción concertada para la prestación de tales servicios — Exclusión de las entidades con ánimo de lucro — Principios de transparencia, de igualdad y de proporcionalidad — Requisito de la licitación — Limitación geográfica — Directiva 2006/123/CE — Ámbito de aplicación racione materiae — Artículo 2, apartado 2, letra j) — Exclusión de los servicios sociales»

Índice

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2014/24

2. Directiva de servicios

B. Derecho español

II. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

III. Análisis

A. Observaciones preliminares

B. Cuestiones prejudiciales primera y segunda

1. Naturaleza de los servicios sociales controvertidos

2. Los requisitos de aplicación de la Directiva 2014/24

a) El concepto de «contratación»

b) Las características del contrato público

- 1) Contrato celebrado con carácter oneroso
- 2) Contrato celebrado entre un operador económico y uno o varios poderes adjudicadores
- 3) Contrato de prestación de servicios

c) Los criterios del umbral

3. Los contratos reservados y el régimen simplificado de la Directiva 2014/24

a) Contratos reservados

1) Los contratos reservados del artículo 20 de la Directiva 2014/24

2) Los contratos reservados del artículo 77 de la Directiva 2014/24

b) Las reglas de los artículos 75 y 76 de la Directiva 2014/24

4. Libertad de establecimiento

C. Tercera cuestión prejudicial

1. Compatibilidad del criterio de selección controvertido con la Directiva 2014/24

2. Compatibilidad del criterio de selección controvertido con la Directiva de servicios

3. Compatibilidad del criterio de selección controvertido con las libertades fundamentales

IV. Conclusión

1. La Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) es una asociación integrada por diversas empresas. Interesa ante el órgano jurisdiccional remitente (Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana) la anulación del Decreto 181/2017 (2) de la Comunidad Valenciana, en la medida en que este se opone a que las entidades con ánimo de lucro celebren «acuerdos de acción concertada» (3) con la Administración pública.

2. En virtud de estos acuerdos, la Administración encomienda a entidades de iniciativa social la gestión de determinados servicios sociales y, a este respecto, no está obligada a seguir los procedimientos establecidos en la legislación de la Unión sobre contratación pública. No obstante, debido al Decreto 181/2017, solo las entidades privadas sin ánimo de lucro pueden celebrar tales acuerdos para la prestación de servicios sociales, que incluyen la asistencia a menores, adolescentes, jóvenes, personas mayores, discapacitados, migrantes, mujeres en situación de vulnerabilidad y miembros de los colectivos LGTBI (4) y romaní (en lo sucesivo, «servicios controvertidos» o «servicios de que se trata»). (5)

3. Este es el contexto en que se solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que aclare si el Derecho de la Unión, y en particular los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los artículos 74, 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE (6) y el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE (7) (en lo sucesivo, «Directiva de servicios»), se opone a una normativa nacional que excluye a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de celebrar con la Administración acuerdos de acción concertada para la prestación de servicios sociales, lo que sí les está permitido a las entidades sin ánimo de lucro.

4. La complejidad de la materia y el carácter técnico de la normativa aplicable, recogida en diversos actos del Derecho de la Unión, no han de ensombrecer la indudable importancia de esta cuestión, pues se está pidiendo al Tribunal de Justicia que defina la relación que existe entre la actividad económica y los asuntos sociales, así como entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional.

5. A este respecto, conviene citar al Abogado General Tesauro, quien hace más de veinte años subrayara que el ámbito de la seguridad social no constituye «un islote al margen de la influencia del Derecho [de la Unión]». (8) Esto era cierto entonces y lo es más aún ahora. Si bien los Estados miembros conservan su autonomía en materia de organización de sus sistemas de seguridad social, dicha autonomía no impide la aplicación de las libertades fundamentales consagradas en los Tratados, (9) de que las normas sobre contratación pública forman parte integrante. (10)

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2014/24

6. La Directiva 2014/24 establece normas que tratan de coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos de cuantía superior a un umbral determinado al objeto de que dichos procedimientos respeten los principios de libre circulación de mercancías, de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, así como asegurar la aplicación de principios como la igualdad de trato, la no discriminación, la proporcionalidad y la transparencia. De igual forma, tiene por objeto garantizar la apertura de la contratación pública a una competencia efectiva.

7. Los considerandos 1 y 6 de la Directiva 2014/24 son del siguiente tenor:

«(1) La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

[...]

(6) Conviene recordar asimismo que la presente Directiva no ha de afectar a la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros. Tampoco debe tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios.

Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.»

8. El considerando 114 de esta Directiva aclara los motivos a los que obedece el establecimiento de un régimen específico simplificado para ciertos servicios a las personas,

como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, y el considerando 118 describe el régimen referente a los contratos reservados para los servicios que se enumeran en el artículo 77, apartado 1, de dicha Directiva.

9. Dentro del título I de la Directiva 2014/24, que lleva como epígrafe «Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales», el artículo 1, apartados 1, 2, 4 y 5, dispone lo siguiente:

«1. En la presente Directiva se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y a concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 4.

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de [...] servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que [...] los servicios estén o no destinados a un fin público.

[...]

4. La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 TFUE y del Protocolo n.º 26.

5. La presente Directiva no afectará a la manera en que los Estados miembros organizan sus sistemas de seguridad social.»

10. El artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 define los «contratos públicos» como «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

11. El artículo 2, apartado 1, punto 10, define al «operador económico» como «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios».

12. El artículo 4 de la referida Directiva, cuyo epígrafe es «Importes de los umbrales», establece lo siguiente:

«La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales:

[...]

d) 750 000 euros, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.»

13. El artículo 20 de la Directiva 2014/24, titulado «Contratos reservados», preceptúa:

«1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

[...]»

14. El título III de la citada Directiva, que lleva como epígrafe «Regímenes de contratación particulares», incluye un capítulo I que abarca los artículos 74 a 77. Dichos artículos contienen disposiciones relativas al régimen simplificado aplicable a los «servicios sociales y otros servicios específicos».

15. El artículo 74 de la Directiva 2014/24, que lleva como epígrafe «Adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos», dispone lo siguiente:

«Los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV se adjudicarán de conformidad con el presente capítulo cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 4, letra d).»

16. El artículo 75 de esta Directiva, que lleva como epígrafe «Publicación de los anuncios», establece los requisitos para la publicación de los anuncios relativos a la adjudicación de los contratos públicos del artículo 74.

17. El artículo 76 de la Directiva 2014/24, titulado «Principios de adjudicación de contratos», dispone:

«1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.»

18. El artículo 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24, que lleva como epígrafe «Contratos reservados para determinados servicios», señala que los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV que allí se enumeran. (11) El artículo 77, apartado 2, de dicha Directiva establece los requisitos que han de cumplir las referidas organizaciones para poder participar en los contratos reservados. A tenor del apartado 3 del mismo artículo, la duración máxima del contrato no puede exceder de tres años.

19. El anexo XIV de la Directiva 2014/24 contiene una lista de los servicios contemplados en el artículo 74.

2. *Directiva de servicios*

20. El considerando 27 de la Directiva de servicios está redactado en los siguientes términos:

«La presente Directiva no debe afectar a los servicios sociales en los ámbitos de la vivienda, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas necesitadas que prestan el Estado a escala nacional, regional o local, o prestadores encargados por el Estado o asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado, con el objetivo de garantizar el apoyo a quienes se hallan, temporal o permanentemente, en un estado particular de necesidad a causa de unos ingresos familiares insuficientes o de una ausencia total o parcial de independencia y a quienes corren el riesgo de quedar marginados. Estos servicios son esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, y son una manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad, y no deben verse afectados por la presente Directiva.»

21. El artículo 2 de esta Directiva dispone lo siguiente:

«1. La presente Directiva se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro.

2. La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

[...]

j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;

[...]».

B. **Derecho español**

22. Al amparo de las competencias que la Constitución española le reconoce en materia de servicios sociales, la Comunidad Valenciana aprobó la Ley 5/1997. Son relevantes los artículos 44 *bis*, 53, 56, 62, 63, 64, 66, 67 y 68 de esta Ley.

23. El Decreto 181/2017 desarrolla la Ley 5/1997 y es el objeto del procedimiento principal. Aunque la Ley 5/1997 fue derogada por la Ley 3/2019, (12) en virtud de esta última el Decreto 181/2017 sigue en vigor. Son relevantes los artículos 3, 6, 11, 13, 15, 17, 19 y 21 a 26 del Decreto 181/2017, que desarrollan las disposiciones de la Ley 5/1997.

II. **Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales**

24. La ASADE interpuso demanda ante el órgano jurisdiccional remitente solicitando que se anulase el Decreto 181/2017 y se declarasen inaplicables determinadas disposiciones de la Ley 5/1997. (13) En su opinión, el Decreto 181/2017 no se ajusta a Derecho puesto que excluye a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de prestar servicios públicos mediante acuerdos de acción concertada, mientras que sí permite a las entidades sin ánimo de lucro (no solo a las organizaciones o asociaciones de voluntariado) (14) prestar tales servicios a cambio de una

remuneración sin que tengan que pasar por un proceso competitivo, transparente y en el que rija la igualdad de trato.

25. La ASADE alega que el Decreto 181/2017 y determinadas disposiciones de la Ley 5/1997 son contrarias, en primer lugar, a la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE; en segundo lugar, a la Directiva 2014/24 en la medida en que no respetan el principio de igualdad de trato entre los operadores económicos, y, en tercer lugar, al artículo 15, apartado 2, de la Directiva de servicios. Además, a su modo de ver, la restricción de la libertad de establecimiento que se deriva de la normativa nacional controvertida no está justificada por razones de interés general. La ASADE apunta que dicha normativa no se limita a los ámbitos de la salud y la seguridad social, sino que comprende todo tipo de servicios sociales y se aplica a todas las entidades sin ánimo de lucro, no solamente a las asociaciones de voluntariado. (15) A su parecer, esto significa que no son aplicables en el presente asunto las excepciones a la aplicación de las normas de contratación pública de la Unión reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (16)

26. Por su parte, la demandada, la Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana, considera que tanto la Ley 5/1997 como el Decreto 181/2017 son conformes con la Directiva 2014/24 y la Directiva de servicios.

27. En primer lugar, la demandada aduce que el Tribunal de Justicia ya ha permitido la admisión de excepciones al principio de libre competencia para el caso de contratos que se suscriban en el marco del sistema de la seguridad social con entidades sin ánimo de lucro, por cuanto los servicios sociales y sanitarios presentan una serie de características que hacen necesario un tratamiento diferenciado sobre las reglas de la contratación pública. (17)

28. En segundo lugar, la demandada alega que, de conformidad con el principio de eficiencia presupuestaria, los acuerdos de acción concertada constituyen una forma alternativa a la gestión directa e indirecta de los servicios públicos, no económicos, que ejecutan entidades sin ánimo de lucro que reciben como retribución el reintegro de los costes, sin obtener beneficio industrial alguno. Estima asimismo que la acción concertada no transgrede la Directiva de servicios, ya que esta no se aplica a los servicios no económicos de interés general ni a los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención de los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado.

29. En tercer lugar, la demandada considera que la petición de decisión prejudicial carece de fundamento ya que la Ley 5/1997 ha quedado derogada por la Ley 3/2019.

30. Las dudas del órgano jurisdiccional remitente derivan, en particular, de dos sentencias del Tribunal de Justicia: las recaídas en los asuntos *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y *Piepenbrock*. (18) En ellas, el Tribunal de Justicia definió el concepto de «contrato oneroso» en el sentido de que comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato. Así las cosas, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el recurso a los acuerdos de acción concertada, tal como los regula la Ley 5/1997, en su versión modificada por la Ley 13/2016, (19) es conforme con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24 —en relación con el artículo 74 y el anexo XIV de esta Directiva— y el artículo 15, apartado 2, de la Directiva de servicios.

31. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) El artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el art. 74 y anexo 14) de la [Directiva 2014/24] ¿Deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro —no solo asociaciones de voluntariado— para la prestación de *toda suerte* servicios sociales a las personas *a cambio del reembolso de costes*, sin acudir a los procedimientos previstos en [dicha Directiva] y sea cual fuere el valor estimado; ello así simplemente mediante la previa calificación de dichas figuras como no contractuales?

2) Para el caso de que la respuesta fuere negativa y, por consiguiente, sí fuera posible: ¿deben interpretarse el artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo 14) de la [Directiva 2014/24] en el sentido de que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro (no solo organizaciones de voluntariado) para la prestación de *toda suerte* de servicios sociales a las personas a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva y sea cual fuere el valor estimado, simplemente previa calificación de dichas figuras como no contractuales, cuando además, dicha normativa nacional no recoge explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Directiva, sino que remite a un ulterior desarrollo reglamentario sin incluir expresamente entre las pautas que deberá seguir ese desarrollo reglamentario que el mismo recoja explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la repetida Directiva?

3) Para el caso de que la respuesta fuere también negativa y, por consiguiente, sí fuera posible: ¿Deben interpretarse los artículos 49 y 56 del TFUE, los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo XIV) de la [Directiva 2014/24] y el artículo 15.2 de la [Directiva de servicios] en el sentido de que permiten a los poderes adjudicadores a efectos de selección de entidad sin ánimo de lucro (no solo a asociaciones de voluntariado) con la que concertar la prestación de *toda suerte* de servicios sociales a las personas —más allá de los enunciados en el artículo 2.2 j) de dicha Directiva— incluya entre los criterios de selección *la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio?*»

32. Han presentado observaciones escritas la demandante, la demandada, los Gobiernos español, italiano y noruego y la Comisión Europea. Al haber decidido resolver sin previa celebración de vista oral, el Tribunal de Justicia formuló una serie de preguntas, para su contestación por escrito, a las partes y a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a las cuales han respondido la demandante, la demandada, los Gobiernos español y neerlandés y la Comisión.

III. Análisis

A. Observaciones preliminares

33. Para empezar, considero que las cuestiones prejudiciales planteadas son admisibles en la medida en que se refieren a la Ley 5/1997. El órgano jurisdiccional remitente ha afirmado claramente que la conformidad a Derecho del Decreto 181/2017 solo puede enjuiciarse atendiendo a la compatibilidad de su ley de cobertura, la Ley 5/1997, con el Derecho de la Unión. Se le pidió que se pronunciase sobre la conformidad a Derecho del Decreto 181/2017 en el momento en que este fue aprobado. En su resolución de remisión, dicho órgano jurisdiccional señala que, en aquel momento, la Ley 5/1997, en su versión modificada por la Ley 13/2016, aún estaba en vigor. Por lo tanto, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad planteada por la demandada.

34. En segundo lugar, voy a abordar las críticas que el Gobierno italiano formula con respecto a la petición de decisión prejudicial por no especificar los tipos de servicios sociales

que pueden ser objeto de los acuerdos de acción concertada controvertidos en el procedimiento nacional.

35. Conforme a reiterada jurisprudencia, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional dé un mínimo de explicaciones acerca de las razones que le han llevado a elegir las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita y acerca de la relación que establece entre esas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio que se le ha planteado. (20)

36. Reconozco que esta petición de decisión prejudicial no enumera los concretos servicios sociales de que se trata y que es de lamentar que no figure esta información. Sin embargo, del marco jurídico expuesto en la resolución de remisión y del tenor de las cuestiones prejudiciales se desprende con claridad que, en esencia, puede tratarse de «toda suerte de servicios sociales». Por lo tanto, a mi parecer, el órgano jurisdiccional remitente ha explicado suficientemente el marco normativo de su petición de interpretación del Derecho de la Unión.

37. En tercer lugar, considero que, en la medida en que las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, deben declararse admisibles. Es cierto que la resolución de remisión no aclara si el litigio principal presenta alguna dimensión transfronteriza.

38. Sin embargo, a mi entender esta remisión prejudicial se halla exactamente en la misma situación que la de la sentencia Libert y otros, (21) a la que el Tribunal de Justicia se remitió en el apartado 51 de la sentencia Ullens de Schooten. (22) En dicho apartado, el Tribunal de Justicia consideró que una petición de decisión prejudicial puede declararse admisible en una situación puramente interna cuando «el órgano jurisdiccional remitente le pide que se pronuncie con carácter prejudicial en el marco de un procedimiento de anulación de disposiciones aplicables no solo a los nacionales de [su propio] Estado miembro, sino también a los nacionales de los demás Estados miembros». (23) Tal parece ser el caso del litigio principal, ya que la ASADE ha interpuesto un recurso de anulación contra el Decreto 181/2017, aplicable no solo a los nacionales de su propio país, sino también a los de otros Estados miembros.

39. A mi parecer, de ello se deduce que, en la medida en que las cuestiones prejudiciales se refieren a las mencionadas disposiciones del Tratado, deben declararse admisibles.

B. Cuestiones prejudiciales primera y segunda

40. Con sus dos primeras cuestiones, que procede examinar conjuntamente, ya que versan sobre el mismo tema, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide, en esencia, si el artículo 49 TFUE y los artículos 74, 76 y 77 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que permiten a la Administración, sin atenerse a los requisitos de procedimiento impuestos por el Derecho de la Unión, celebrar exclusivamente con entidades privadas sin ánimo de lucro acuerdos mediante los que les encomiende la prestación de determinados servicios sociales a cambio del reembolso de los costes que dicha prestación les genere.

41. Responder a estas cuestiones prejudiciales supone algo así como adentrarse en un laberinto de diferentes problemáticas jurídicas. Para facilitar las cosas, voy a dividir el análisis en cuatro puntos. Con carácter preliminar es necesario determinar la naturaleza de los servicios sociales de que se trata en el procedimiento principal, a fin de dilucidar si se deben calificar de «actividades económicas» a efectos de la legislación de la Unión sobre contratación pública. Seguidamente analizaré los requisitos de aplicación de la Directiva 2014/24. Tras ello procederé a examinar el «régimen simplificado» que establecen los artículos 74 a 77 de dicha Directiva y, por último, analizaré las reglas de la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.

42. No obstante, antes de entrar a examinar estos puntos, quisiera realizar las dos observaciones siguientes. Primero, al mencionar el artículo 49 TFUE en las cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional nacional considera que el presente asunto está comprendido en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento en vez de en el de la libre prestación de servicios.

43. A mi parecer, tal consideración es correcta, pues, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, la prestación de servicios se diferencia del establecimiento en que este último implica una actividad estable y permanente, mientras que aquella se refiere a una actividad de carácter temporal. (24) Me da la impresión de que la prestación de servicios sociales de que se trata en el procedimiento principal requiere tal estabilidad, por lo que cabe que estas actividades estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento.

44. Segundo, en tanto en cuanto el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la Directiva 2014/24, parece entender que los acuerdos de acción concertada controvertidos no son contratos de concesión sometidos a la Directiva 2014/23/UE. (25) La concesión de servicios es un contrato de la misma clase que el contrato de servicios públicos con la única diferencia de que la contraprestación por los servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en este derecho junto con un pago. La concesión de servicios implica la transferencia por parte de la autoridad pública al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichos servicios. (26) Si bien la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal no prohíbe que los usuarios hayan que pagar parcialmente los servicios sociales objeto de los citados acuerdos, (27) no parece que en virtud de dicha normativa se opere tal transferencia. (28) En consecuencia, a mi juicio, los acuerdos de acción concertada controvertidos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23.

45. Por lo tanto, atendiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas, voy a abordarlas a la luz de la Directiva 2014/24 o de las normas sobre la libertad de establecimiento que contiene el Tratado FUE.

1. Naturaleza de los servicios sociales controvertidos

46. Para empezar, quisiera señalar que el principal objetivo de la legislación de la Unión en materia de contratación pública, y singularmente de la Directiva 2014/24, no es otro que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. (29) Dado que esta Directiva va dirigida a aplicar las disposiciones del Tratado FUE relativas a dichas libertades, (30) los servicios sociales de que se trata en el procedimiento principal necesariamente están comprendidos en el ámbito de aplicación material de las referidas libertades fundamentales.

47. En consecuencia, si los servicios sociales objeto de los acuerdos de acción concertada hubiesen de tener la consideración de actividades no económicas a los efectos de dichas disposiciones del Tratado, tales acuerdos quedarían también excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, pues esta no puede ampliar el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales a las que pretende dar efecto. (31)

48. Asimismo, del tenor del artículo 1, apartado 4, y del considerando 6 de la Directiva 2014/24 resulta que los Estados miembros tienen libertad para definir sus «servicios de interés económico general» y que los «servicios no económicos de interés general» no están incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Al mismo tiempo, procede señalar que la Directiva 2014/24 no define específicamente los conceptos de «servicios no económicos» y de «servicios de interés económico general».

49. En consecuencia, soy del parecer de que, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2014/24, los conceptos de «actividad económica» y de «servicios no económicos de interés

general» que en ella figuran deben interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios con arreglo al Tratado FUE. (32)

50. Aunque las dos primeras cuestiones prejudiciales solo mencionan el artículo 49 TFUE (y no el artículo 56 TFUE), los conceptos de «servicios» y de «actividad económica» se definen en gran medida en esta última disposición del Tratado. No existe un criterio sencillo para distinguir ambas libertades, si bien la distinción parece radicar en el carácter temporal de la actividad. (33) Habida cuenta de la zona gris que media entre estas dos libertades y de que ambas constituyen la base de la Directiva 2014/24, al analizar las dos primeras cuestiones prejudiciales en las presentes conclusiones voy a referirme no solo a la libertad de establecimiento, sino también a la libre prestación de servicios.

51. En este contexto, los conceptos de «actividad económica» y de «servicios no económicos de interés general» determinan respectivamente si una concreta actividad está o no está comprendida en la legislación de la Unión. (34) Es preciso señalar también que tal determinación no es una ciencia exacta. No obstante, existe un punto de partida común para definir estos conceptos. En efecto, dado que el concepto de «actividad económica» delimita el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE, no debe interpretarse restrictivamente. (35)

52. Al haberse desarrollado primigeniamente la legislación de la Unión sobre contratación pública en el ámbito de las libertades fundamentales, y aunque admito que existe un cierto solapamiento entre estas libertades y otras ramas del Derecho (en particular el Derecho de la competencia o las ayudas de Estado), (36) los conceptos de «servicios de interés general» y de «actividad económica» utilizados en el contexto de las libertades fundamentales tienden a diferir de los desarrollados en el Derecho de la competencia. (37) Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia relativa a la libertad de establecimiento, lo que debe tener la consideración de actividad económica es la prestación de servicios retribuidos. (38)

53. Por otro lado, la característica esencial de la retribución reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación considerada, (39) es decir, que «la actividad no debe ejercerse sin contrapartida». (40) En consecuencia, ha de recalcarse que el factor decisivo que da lugar a la inclusión de una actividad en el ámbito de aplicación del Tratado FUE en materia de libertades fundamentales es su *carácter económico*, independientemente de quién pague el servicio, ya sea el usuario o el Estado miembro. (41) El Tribunal de Justicia ha declarado, por ejemplo, que la participación del Estado en la financiación de las prestaciones médicas no excluye que una actividad médica pueda calificarse de servicio. (42)

54. Teniendo en cuenta la amplia definición que recibe el concepto de «actividad económica» a efectos de las libertades fundamentales, el Tribunal de Justicia no ha vacilado, por ejemplo, en calificar de servicios, en el sentido de la Directiva 2004/18/CE, (43) los acuerdos de naturaleza contractual relativos al transporte sanitario, aun cuando el poder adjudicador los hubiese celebrado con asociaciones de voluntariado y se basaran en el principio de solidaridad. (44) Además, el hecho de que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro por una entidad privada, como pueda ser una institución de solidaridad social, no obsta para que sea considerada una actividad económica. (45)

55. En el presente asunto, el anexo del Decreto 181/2017 relaciona los servicios que pueden ser objeto de acuerdos de acción concertada. (46) Como ya he señalado en las presentes conclusiones, los servicios controvertidos pueden comprender servicios a menores, adolescentes, jóvenes, personas mayores, discapacitados, migrantes, mujeres en situación de vulnerabilidad y personas de la categoría «igualdad en la diversidad» (LGTBI y romaníes). (47)

56. En cuanto al contenido de los servicios, ha de tenerse en cuenta que las actividades que se realizan en virtud de los acuerdos de acción concertada comprenden un amplio abanico (48) de prestaciones que van desde los servicios de alojamiento, los centros de día, la atención en residencias, la acogida de personas, el apoyo a las personas en dificultades y la prestación de ayuda económica hasta, incluso, los programas de cumplimiento de medidas judiciales. Por poner unos pocos ejemplos, los servicios incluyen la puesta a disposición de centros de acogida de menores que se hallen bajo la guardia o tutela de las autoridades regionales; los centros de cumplimiento de medidas judiciales relativas a menores; el apoyo a la emancipación y la autonomía personal de jóvenes extutelados que hayan alcanzado la mayoría de edad; programas de medidas judiciales para menores; puntos de encuentro familiar; intervenciones en familias de acogida para menores; medidas destinadas a la adopción y a las familias adoptivas; centros de día para menores en situación de riesgo; servicios de alojamiento y manutención para jóvenes; centros ocupacionales para jóvenes; residencias, centros de día y viviendas tuteladas para personas mayores, centros para mujeres en riesgo de exclusión social y centros residenciales de acogida para mujeres víctimas de violencia.

57. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si los servicios controvertidos se ofrecen a cambio de retribución y, por tanto, constituyen «actividad económica» a efectos de la jurisprudencia citada.

58. A este respecto, me parece que los beneficiarios de los servicios objeto de los acuerdos de acción concertada normalmente no pagan por la prestación de dichos servicios, salvo en casos excepcionales en los que se les pueda exigir el pago de una tasa previamente autorizada por el poder adjudicador. (49) No obstante, dado que el carácter económico de una actividad no depende de si pagan el servicio sus usuarios o el poder adjudicador, (50) y que, con arreglo a la normativa nacional controvertida, tal pago se produce, (51) estos servicios pueden considerarse «actividad económica» a efectos del artículo 49 TFUE. De ello se deduce también que son irrelevantes la naturaleza jurídica de las entidades que los prestan y el mecanismo de solidaridad que estas aplican. (52)

59. Por lo tanto, voy a partir de la premisa de que al menos algunos de los servicios que son objeto de los acuerdos de acción concertada podrían tener la consideración de «actividades económicas» si efectivamente se prestan a cambio de una *retribución*, aunque no la paguen directamente los usuarios del servicio, sino la Administración.

60. En aras de la exhaustividad, es preciso examinar si los servicios controvertidos están comprendidos en el concepto de «ejercicio del poder público» del artículo 51 TFUE, pues constituye una excepción al artículo 49 TFUE. Aunque, en las cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional nacional no ha preguntado expresamente por la excepción que contiene el artículo 51 TFUE, párrafo primero, no puede descartarse que algunas de estas actividades estén comprendidas en el concepto de «ejercicio del poder público» que figura en esta disposición. Por ejemplo, parece que el anexo del Decreto 181/2017 incluye en los acuerdos de acción concertada ciertas actividades como la ejecución de resoluciones judiciales por las entidades de iniciativa social.

61. El concepto de «ejercicio del poder público» se ha de interpretar restrictivamente, como excepción a la libertad de establecimiento que es. (53) Dicha excepción se restringe a las actividades que, consideradas en sí mismas, constituyan una participación directa y específica en el ejercicio del poder público. (54) Además, no se extiende a ciertas actividades que son accesorias o preparatorias del ejercicio del poder público, (55) o a otras cuyo ejercicio, pese a implicar contactos, aun regulares y orgánicos, con las autoridades administrativas o judiciales, o pese a implicar cooperación, incluso obligatoria, con su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación y de decisión de dichas autoridades. (56) Tampoco comprende ciertas

actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias, (57) de potestades de policía (58) o de poderes coercitivos. (59)

62. En cualquier caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, y no al Tribunal de Justicia, apreciar la naturaleza concreta de las actividades que se encomiendan a dichas entidades mediante los acuerdos de acción concertada y determinar si alguna de ellas pudiera entrañar una conexión directa y específica con el ejercicio del poder público. De ser así, tales actividades no tendrán carácter económico.

63. Una vez se llegue a la conclusión, atendiendo a la naturaleza de las actividades controvertidas, de que una actividad concreta es una «actividad económica» a los efectos del artículo 49 TFUE y de la Directiva 2014/24, el siguiente paso consiste en determinar si la *lex specialis* en materia de contratación pública (la Directiva 2014/24) es aplicable a la normativa nacional controvertida.

2. *Los requisitos de aplicación de la Directiva 2014/24*

64. La aplicación de la Directiva 2014/24 está sujeta a una serie de requisitos. Primero, el procedimiento establecido por la normativa nacional debe encajar en el concepto de «contratación» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24. Segundo, los acuerdos de acción concertada en cuestión han de corresponderse con el concepto de «contrato público» que define el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva. Tercero, el valor de dichos acuerdos debe ser igual o superior al umbral establecido en el artículo 4, letra d), de la Directiva. Voy a examinar sucesivamente estos requisitos.

a) *El concepto de «contratación»*

65. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24, esta se aplica a la «contratación», que se define como la adquisición mediante un contrato público de servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que los servicios estén o no destinados a un fin público.

66. De esta definición se desprende que la contratación implica, entre otras cosas, la *elección* de uno o varios operadores económicos por parte de uno o varios poderes adjudicadores. Por el contrario, el mero hecho de financiar servicios sociales o de conceder licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones fijadas por el poder adjudicador, sin establecer límites o cuotas, no constituye contratación a efectos del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva. (60)

67. La cuestión de la elección se abordó por primera vez en la sentencia Falk Pharma. (61) En ese asunto, concerniente a la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia resolvió que la no designación por el poder adjudicador de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tiene como consecuencia que no haya necesidad de delimitar la acción de dicho poder adjudicador para que cumpla con las normas específicas establecidas en dicha Directiva. (62) En consecuencia, el Tribunal de Justicia recalcó que la *elección* de una oferta y, por tanto, de un adjudicatario es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la referida Directiva. (63)

68. Tras la citada sentencia, en el asunto Tirkkonen (64) el Tribunal de Justicia declaró que, cuando la entidad adjudicadora no ha mencionado ningún criterio de adjudicación del contrato que permita comparar y clasificar las ofertas admisibles, no puede haber un contrato público en el sentido de la Directiva. (65) Se declaró que «no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias [...] mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan

los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador». (66)

69. Dicho esto, me parece que el criterio de la elección definido en las citadas sentencias Falk Pharma y Tirkkonen puede conducir a una oscura situación en la que los Estados miembros puedan excluir ciertos procedimientos de la aplicación de la Directiva 2014/24 eliminando la «elección» así definida. Tal como han señalado algunos críticos (con los que tiendo a estar de acuerdo), la postura restrictiva adoptada por el Tribunal de Justicia en dichas sentencias podría en particular desalentar a los Estados miembros de aplicar la Directiva 2014/24 y comprometer la efectividad de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. (67) Por ejemplo, para socavar la efectividad de estas disposiciones bastaría con que un poder adjudicador incluyera en la licitación una cláusula a medida que únicamente pudiesen cumplir una serie de operadores concretos y dispusiera la elección de todos los operadores económicos que la cumplan.

70. También quisiera añadir que las referidas sentencias difuminan la línea que separa, por un lado, el criterio de la elección a que se refiere el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24 y, por otro, los criterios de selección y adjudicación previstos en la misma. (68) A primera vista, me parece dudoso que un mismo elemento sea a la vez un criterio de aplicabilidad de la Directiva 2014/24 y un requisito que deban cumplir los licitadores en virtud de dicha Directiva. (69) En consecuencia, aconsejo al Tribunal de Justicia que no siga esa línea jurisprudencial. Antes bien, el Tribunal de Justicia habría de dar al concepto de «contratación» una definición más amplia donde tuviesen cabida los procedimientos que impliquen la adjudicación de contratos a determinados prestadores de servicios y la exclusión de otros durante un cierto período de tiempo.

71. No obstante, si el Tribunal de Justicia decide seguir dicha línea jurisprudencial, en el presente asunto no está claro si, de forma análoga a las citadas sentencias, la normativa nacional controvertida establece un sistema en el que los poderes adjudicadores conceden una «autorización» y los usuarios de los servicios eligen entre las entidades que los prestan, o si la elección corresponde en último término a los poderes adjudicadores. (70)

72. El Decreto 181/2017 parece prever una licitación donde se han de establecer una puntuación mínima y los criterios de selección de las entidades para la celebración de los acuerdos de acción concertada; (71) las ofertas son examinadas por la comisión de evaluación. (72) La resolución relativa a las entidades sociales seleccionadas, (73) que a continuación pueden celebrar acuerdos vinculantes para la prestación de servicios sociales, se publica en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*. (74) Sin embargo, no tengo claro si existe un número limitado de entidades seleccionadas a las que se concede una «autorización» en el sentido de la sentencia Falk Pharma o si, en cambio, se trata de un número limitado de entidades *efectivamente* elegidas por los poderes adjudicadores. Por otro lado, los criterios de selección establecidos en el artículo 64.2 y 3 de la Ley 5/1997 parecen encajar en el concepto de «elección» y, por tanto, constituir «contratación» en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24. En cualquier caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si la elección efectiva se traslada a los usuarios de los servicios o si la adoptan los propios poderes adjudicadores. En cualquier caso, por los motivos que he expuesto en las presentes conclusiones, (75) considero que la aplicabilidad de la Directiva 2014/24 no ha de supeditarse a la forma en que los Estados miembros elijan a las entidades seleccionadas, sino que ha de depender del objeto de los contratos.

73. No obstante, debo recalcar una vez más que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si los acuerdos de acción concertada controvertidos están sujetos a una elección *per se* en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24.

b) *Las características del contrato público*

74. La existencia de un contrato público es un requisito de aplicación sustantivo de la Directiva 2014/24. El artículo 2, apartado 1, punto 5, de dicha Directiva define los «contratos públicos» como los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

75. Partiendo de esta definición, aparte de la exigencia obvia de que tal contrato presente forma escrita, lo cual evidentemente no es objeto de controversia en el presente asunto, (76) las principales características del contrato público son las siguientes: la existencia de un contrato de carácter oneroso, celebrado entre un operador económico y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la prestación de servicios.

1) *Contrato celebrado con carácter oneroso*

76. Para empezar, se ha de tener en cuenta que la definición de contrato público es una cuestión de Derecho de la Unión y que, para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, el factor decisivo no es la calificación del contrato en la normativa nacional, ni el propósito del legislador nacional ni las intenciones de las partes. La calificación de los acuerdos controvertidos en el presente asunto se rige por las reglas establecidas en dicha Directiva. (77) Por lo tanto, a mi entender, es irrelevante que el artículo 62.1 de la Ley 5/1997 y el artículo 3 c) del Decreto 181/2017 califiquen el acuerdo de acción concertada de «no contractual». (78)

77. Respecto al significado del término «oneroso», el Tribunal de Justicia ya ha declarado que se refiere a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra. (79) Dado que la prestación de un servicio se puede retribuir de diversas maneras, como el reembolso de los gastos soportados en la prestación del servicio acordado, (80) el carácter recíproco del contrato público necesariamente da lugar a la generación de obligaciones legalmente vinculantes para ambas partes del contrato, cuyo cumplimiento ha de ser legalmente exigible. El carácter sinalagmático del contrato es así una característica esencial de todo contrato público. (81)

78. En el presente asunto, en primer lugar, en cuanto a la naturaleza recíproca del contrato público, de las definiciones que contienen los artículos 3 y 21 a 26 del Decreto 181/2017 se deduce que los instrumentos adoptados por las partes pueden constituir contratos formales. Además, del artículo 65.2 de la Ley 5/1997 se desprende que los acuerdos de acción concertada generan obligaciones para las entidades que prestan los servicios en cuestión, que se definen concretamente en los títulos IV y V de dicho Decreto. El artículo 66.2 de la citada Ley y el artículo 22.1 del Decreto 181/2017 establecen las tarifas y los mecanismos de reembolso a dichas entidades. El artículo 26 del Decreto 181/2017 contempla un sistema de resolución judicial de conflictos, y su título V contiene una lista de obligaciones relativas a la ejecución de los servicios. A la luz de estos elementos, me inclino por considerar que los acuerdos de acción concertada establecen una relación de carácter sinalagmático. (82)

79. En segundo lugar, respecto al concepto de onerosidad, el artículo 22.2 del Decreto 181/2017 dispone que el poder adjudicador retribuirá como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, sin incluir beneficio industrial para la entidad prestadora. Aunque los usuarios de los servicios normalmente no pagan por ellos, salvo en casos excepcionales en que se les puede exigir el pago de una tasa previamente autorizada, (83) a las entidades prestadoras se les reembolsan los costes de las prestaciones. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que un contrato no queda excluido de este concepto por el mero hecho de que la retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio. Dicho de otra manera, la mera retribución de los costes satisface el

criterio de la «onerosidad» a los efectos de las Directivas sobre contratación pública. (84) En consecuencia, el papel del órgano jurisdiccional nacional se limita a controlar que haya contraprestación, sin entrar a examinar la suficiencia de esta. Así pues, la ausencia de beneficio para las entidades prestadoras es irrelevante a la hora de apreciar la existencia de onerosidad.

80. Por consiguiente, en el presente asunto, existe un *quid pro quo* en los acuerdos de acción concertada, ya que, por un lado, las entidades prestan servicios sociales a personas en las condiciones establecidas por la Administración y, por otro lado, perciben a cambio por parte de la Administración una retribución consistente en el reembolso de los costes. Concluyo que, en el presente asunto, se cumple el requisito de que exista un contrato oneroso.

2) *Contrato celebrado entre un operador económico y uno o varios poderes adjudicadores*

81. Es importante recalcar que los conceptos de «operador económico» y de «poderes adjudicadores» se definen de forma muy amplia tanto en la Directiva 2014/24 como en la jurisprudencia en materia de contratación pública. En mi opinión, es evidente que el segundo de ellos no es objeto de controversia en el presente asunto, pues los acuerdos de acción concertada se celebran con la Administración de la Comunidad Valenciana. (85)

82. Respecto al concepto de «operador económico», a tenor del artículo 2, apartado 1, punto 10, de la Directiva 2014/24, comprende cualquier entidad, sea cual sea su naturaleza, que ofrezca en el mercado, en particular, la prestación de servicios. Esta definición es reflejo de la jurisprudencia conforme a la cual, a efectos de la legislación de la Unión sobre contratación pública, es irrelevante lo que la entidad es, pues la atención se centra en lo que hace. (86)

83. En el presente asunto, la normativa nacional controvertida se aplica a las «entidades de iniciativa social», que el artículo 3 e) del Decreto 181/2017 define como las fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales. Esta definición también comprende las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica. (87) De acuerdo con reiterada jurisprudencia, el hecho de que quien contrata con el poder adjudicador sea una entidad sin ánimo de lucro carece de trascendencia. (88)

84. En consecuencia, concluyo que se cumple el requisito relativo a que exista un contrato entre un operador económico y uno o varios poderes adjudicadores.

3) *Contrato de prestación de servicios*

85. El requisito relativo al «contrato de prestación de servicios» se refiere al objeto del contrato y exige la determinación de su finalidad.

86. El artículo 6.2 del Decreto 181/2017 define los servicios que pueden prestarse en virtud de los acuerdos de acción concertada, los cuales se enumeran en el anexo de dicho Decreto. Como he observado en el punto 57 de las presentes conclusiones, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar primero si dichos servicios implican una «actividad económica» y están por tanto comprendidos en el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales y en el de la Directiva 2014/24. (89)

87. La demandada y el Gobierno español han hecho notable hincapié en la circunstancia de que el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2014/24 dispone expresamente que esta no afecta a la manera en que los Estados miembros organizan sus sistemas de seguridad social, y en que su considerando 6 señala que «los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación» de la Directiva. No obstante, soy del parecer de que, en el presente asunto, no está directamente en juego la libertad de los Estados miembros para decidir

sobre la utilización de los recursos públicos. Cuando una autoridad pública decide llevar a cabo un procedimiento de contratación en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24 y celebrar un contrato público a efectos de su artículo 2, apartado 1, punto 5, dicho contrato queda incluido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, de modo que resultan aplicables las normas de contratación pública que en ella se establecen.

88. De ser este el caso, la Directiva 2014/24 contiene disposiciones particulares sobre servicios sociales y otros servicios específicos, relacionados en su anexo XIV. Esta relación incluye diversos códigos CPV, que se someten al régimen simplificado establecido en los artículos 74 a 76 de la Directiva 2014/24. El mencionado anexo señala en una nota a pie de página que los servicios de seguridad social de afiliación obligatoria, comprendidos en el CPV 75300000-9, «no están cubiertos por la presente Directiva cuando se organizan como servicios no económicos de interés general». (90)

89. De la información que obra en poder del Tribunal de Justicia no se deduce con claridad si los servicios controvertidos están incluidos en dicha relación o forman parte de los servicios sociales obligatorios que los Estados miembros pueden excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Las preguntas por escrito planteadas a las partes no han resuelto esta incógnita.

90. En consecuencia, considero que el órgano jurisdiccional remitente debe efectuar las comprobaciones necesarias y comparar la lista anexa al Decreto 181/2017 con la que contiene el anexo XIV de la Directiva 2014/24. (91) Si los servicios que se enumeran en el anexo del Decreto 181/2017 se corresponden con los códigos CPV del anexo XIV de la Directiva, con la excepción de los mencionados servicios de seguridad social de afiliación obligatoria, dichos servicios enumerados estarán sujetos al «régimen simplificado» de los artículos 74 a 76 de la Directiva 2014/24. En el subsiguiente análisis voy a partir del presupuesto de que algunos de los servicios controvertidos están sujetos a dicho régimen. Una vez definidos el procedimiento, las partes y el objeto, seguidamente procederé a examinar si los acuerdos de acción concertada exceden el importe del umbral establecido en la Directiva 2014/24.

c) *Los criterios del umbral*

91. El umbral para los contratos de servicios relativos a servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV de la Directiva 2014/24 que se someten al «régimen simplificado» de los artículos 74 a 76 se establece en el artículo 4, letra d). Dispone que la Directiva 2014/24 se aplica a las contrataciones cuyo valor estimado sea igual o superior a 750 000 euros. (92)

92. A este respecto, es importante recalcar que, según el considerando 114 de la Directiva 2014/24, determinadas categorías de servicios, entre los que figuran ciertos servicios sociales, tienen una dimensión transfronteriza limitada, por lo que les es aplicable un régimen específico con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. (93)

93. En consecuencia, las normas de la Directiva 2014/24 no se aplican a las contrataciones de valor inferior al umbral establecido en el artículo 4, letra d), de dicha Directiva. (94) No obstante, tales contrataciones deben observar las reglas de la libre circulación y los principios de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, no discriminación y proporcionalidad. (95)

94. En el presente asunto, la normativa nacional controvertida no parece proporcionar información alguna sobre el valor económico de los servicios objeto de los acuerdos de acción concertada. Dado que el umbral del artículo 4, letra d), de la Directiva 2014/24 es elevado, no se puede descartar que en algunos casos el valor exceda de dicho umbral, mientras que en otros

casos quede por debajo de él. Por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si los acuerdos de acción concertada cumplen este requisito de la Directiva 2014/24.

95. Si se cumplen todos los mencionados requisitos de los artículos 1, apartado 2, apartado 1, punto 5, y 4, letra d), de la Directiva 2014/24, los acuerdos de acción concertada controvertidos estarán comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. En particular, en respuesta a las dudas del órgano jurisdiccional remitente, considero que el mero hecho de que dichos acuerdos se basen en el principio de solidaridad no significa que deban quedar excluidos del concepto de «contrato público» definido por el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24. Asimismo, al efecto de determinar si existe un contrato público es irrelevante que los servicios controvertidos sean reembolsados la Administración, que no generen beneficio para las entidades prestadoras o que se presten gratuitamente a los usuarios. No obstante, por lo que atañe a los requisitos establecidos en los artículos 1, apartado 2, y 4, letra d), relativos a la contratación y al umbral, incumbe al órgano jurisdiccional remitente dilucidar si el procedimiento y el valor de los contratos los cumplen.

96. Sentado lo anterior, paso a ocuparme del núcleo de la cuestión: ¿permiten las disposiciones específicas de la Directiva 2014/24 excluir de la celebración de contratos públicos a las entidades con ánimo de lucro?

3. *Los contratos reservados y el régimen simplificado de la Directiva 2014/24*

97. Partiendo del presupuesto de que, cuando menos, algunos de los acuerdos de acción concertada de que se trata en el litigio principal están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, la duda del órgano jurisdiccional remitente se refiere a si el «régimen simplificado» al que se someten dichos acuerdos permite a los Estados miembros excluir a las entidades con ánimo de lucro de toda posibilidad de celebrarlos.

98. Para empezar, las disposiciones específicas de la Directiva 2014/24 no indican si los contratos públicos en el ámbito de los servicios sociales deben reservarse a las entidades sin ánimo de lucro. No obstante, los artículos 20 y 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 permiten expresamente a los Estados miembros determinar el tipo de organizaciones que pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en relación con ciertos servicios sociales. (96) Los contratos públicos relativos a los servicios sociales incluidos en el artículo 74 y que no se sometan a los artículos 20 y 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 quedan sujetos al régimen simplificado de los artículos 74 a 76 de dicha Directiva, que, a mi parecer, procede examinar en segundo lugar.

a) *Contratos reservados*

99. Dado que los artículos 20 y 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 constituyen una excepción a las reglas generales que esta establece, entiendo que el alcance de estas disposiciones se ha de interpretar restrictivamente, lo que en concreto significa que contienen una relación exhaustiva de los casos que pueden ser objeto de contratos reservados.

1) *Los contratos reservados del artículo 20 de la Directiva 2014/24*

100. El artículo 20 de la Directiva 2014/24 contempla dos situaciones diferentes: i) la posibilidad de que los poderes adjudicadores reserven contratos, bien a talleres protegidos, o bien a operadores económicos cuyo objetivo sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, o ii) la posibilidad de prever la ejecución de dichos contratos en el contexto de programas de empleo protegido. (97)

101. Aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar la aplicabilidad de dicha disposición a los servicios controvertidos, considero que en el presente asunto no se puede descartar que sea aplicable. En efecto, el apartado IV del anexo del Decreto 181/2017 incluye a las personas con «diversidad funcional» y, en particular, el punto 2 se refiere a su integración social. Por lo tanto, en la medida en que los acuerdos de acción concertada se refieran a servicios prestados a beneficiarios que sean personas con esas características, puede resultar aplicable el artículo 20 de la Directiva 2014/24.

102. Este artículo permite (pero no obliga) a los poderes adjudicadores reservar contratos a talleres protegidos y a operadores económicos que desarrollen iniciativas sociales o prever la ejecución de dichos contratos en el marco de programas de empleo protegido. La cuestión de si, en virtud de esta disposición, los Estados miembros pueden imponer requisitos adicionales que restrinjan el ámbito subjetivo de los participantes autorizados a concurrir, reservando así contrataciones, ha sido examinada recientemente por el Tribunal de Justicia en la sentencia Conacee. (98)

103. En ese asunto, el Tribunal de Justicia declaró que del tenor del artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24 y del objetivo perseguido por esta se deduce que no establece requisitos enumerados taxativamente a los que deba atenerse un poder adjudicador para limitar el tipo de operadores económicos con los que puede celebrar un contrato reservado. Antes bien, dicha Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de adoptar requisitos adicionales a los ahí fijados, siempre que tales requisitos adicionales contribuyan a garantizar los objetivos de política social y laboral que persigue el artículo 20 de la Directiva 2014/24. Siguiendo la postura del Abogado General Tanchev según la cual los requisitos establecidos en dicha disposición son de carácter mínimo, (99) el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros tienen libertad para restringir el ámbito de los participantes autorizados a concurrir cuando recurran a los contratos reservados del artículo 20 de la Directiva 2014/24. (100)

104. De las anteriores consideraciones se deduce que los Estados miembros pueden añadir criterios, como la exclusión de las entidades con ánimo de lucro que se contempla en la normativa nacional, siempre que tal exclusión «contribuya a garantizar los objetivos de política social y laboral que esta persigue». (101) Sin embargo, es preciso señalar que, en el presente asunto, no se ha proporcionado al Tribunal de Justicia información alguna sobre los motivos de tal exclusión operada por el legislador nacional. Cabría argumentar que las entidades sin ánimo de lucro presentan una dimensión social mayor que las entidades con ánimo de lucro, lo que las hace más aptas para perseguir tales objetivos. Pero también podría afirmarse que las entidades con ánimo de lucro pueden prestar servicios de alta calidad a bajo coste y por tanto estar capacitadas para perseguir tales objetivos. Dicho esto, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la exclusión de que se trata contribuye a «garantizar [...] objetivos de política social y laboral».

105. En este punto, debo recalcar que la opción prevista en el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24 está sujeta a dos límites.

106. Primero, el artículo 20, apartado 2, de la mencionada Directiva exige que los Estados miembros, cuando recurran a la opción prevista en el artículo 20, hagan referencia expresa a este artículo en la convocatoria de licitación; de lo contrario, no pueden reservar tales contratos. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar si se ha cumplido este requisito.

107. Segundo, cuando los Estados miembros hagan uso de la opción que les brinda el artículo 20 de la Directiva 2014/24, deben respetar, entre otras cosas, la libertad de establecimiento, así como los principios que de esta libertad se derivan, como el de igualdad de trato y el de proporcionalidad. (102) En cuanto a los servicios sociales controvertidos en el procedimiento

principal cuyos usuarios son personas con diversidad funcional, incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si los requisitos establecidos en la normativa nacional son necesarios y adecuados para garantizar la integración de dichas personas, como exige el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24. Además, conviene señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando los Estados miembros limitan los contratos reservados a las asociaciones de voluntariado, ello no vulnera en esencia el principio de igualdad. (103)

2) *Los contratos reservados del artículo 77 de la Directiva 2014/24*

108. El artículo 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 es aplicable a determinados servicios sociales. Si bien parece posible que algunos de los servicios mencionados en el anexo del Decreto 181/2017 estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 77, a mi parecer es palmario que ni las entidades ni los acuerdos de acción concertada cumplen las condiciones del artículo 77, apartados 2 y 3, de la Directiva 2014/24.

109. El tenor y la estructura general del artículo 77 de dicha Directiva no son de gran ayuda para su interpretación. (104) No obstante, el considerando 118 de la Directiva 2014/24 explica el objetivo de los procedimientos de licitación que se pueden reservar a determinadas entidades con arreglo a su artículo 77. En él se afirma que, para garantizar la continuidad de los servicios públicos, dicha Directiva debe permitir que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sociales se reserve a ciertas organizaciones, como aquellas que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, así como las cooperativas. Así pues, los Estados miembros pueden restringir el ámbito de los participantes a tales organizaciones que intervengan en la prestación de estos servicios a usuarios finales. De estas explicaciones se deduce que los procedimientos de licitación del artículo 77 de la Directiva 2014/24 son un mero subconjunto de los procedimientos sometidos al régimen simplificado, por lo que las condiciones que se establecen en esta disposición deben interpretarse restrictivamente. (105)

110. En primer lugar, el artículo 77, apartado 2, de dicha Directiva contiene una lista de cuatro condiciones acumulativas. Las tres primeras se refieren a la forma de gestión de las entidades que prestan los servicios y la cuarta establece una limitación relativa a la reiteración de los contratos. En el presente asunto, respecto a la normativa nacional controvertida, suscitan dudas la tercera y la cuarta de estas condiciones. Por un lado, dicha normativa nacional no parece ir dirigida a entidades cuya forma de gestión se base en la propiedad de los empleados o en principios de participación. (106) Por lo tanto, es extremadamente improbable que las entidades parte en los acuerdos de acción concertada de que aquí se trata satisfagan la condición establecida en el artículo 77, apartado 2, letra c), de la Directiva 2014/24. Por otro lado, al examinar la normativa nacional controvertida no he encontrado ninguna prohibición de reiteración como la que figura en el artículo 77, apartado 2, letra d), de la Directiva 2014/24. Antes bien, la última frase del artículo 23 del Decreto 181/2017 parece permitir la renovación del concierto, incluso después de alcanzarse el plazo prorrogado de diez años que en ese artículo se contempla. Por lo tanto, la normativa nacional controvertida no parece cumplir las condiciones del artículo 77, apartado 2, de la Directiva 2014/24.

111. Tampoco satisfacen los acuerdos de acción concertada la condición del artículo 77, apartado 3, de la Directiva 2014/24, a tenor de la cual la duración máxima del contrato no excederá de tres años. Con arreglo al artículo 23 del Decreto 181/2017, estos conciertos se pueden celebrar por un período máximo de cuatro años y, en su caso, se pueden prorrogar hasta alcanzar un máximo de diez años (con la posibilidad de celebrar un nuevo concierto inmediatamente después).

112. A la vista de las consideraciones que anteceden, llego a la conclusión de que el artículo 77 de la Directiva 2014/24 no es aplicable en el presente asunto.

113. Voy a partir de la premisa de que, respecto a los acuerdos de acción concertada comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, salvo los sometidos a su artículo 20, los demás deben cumplir los criterios del régimen simplificado que se establecen en los artículos 75 y 76 de dicha Directiva.

b) ***Las reglas de los artículos 75 y 76 de la Directiva 2014/24***

114. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Administración puede celebrar únicamente con entidades sin ánimo de lucro acuerdos de acción concertada mediante los que les encomiende la prestación de determinados servicios sociales contemplados en el artículo 74 de la Directiva 2014/24. Para responder a esta cuestión, debo examinar las reglas establecidas en los artículos 75 y 76 de dicha Directiva, que respectivamente tratan, en particular, de la obligación de publicar los anuncios y del principio de igualdad.

115. En primer lugar, el artículo 75 de la Directiva 2014/24, relativo a la publicación de los anuncios, exige a los poderes adjudicadores que comuniquen su intención de adjudicar un contrato a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (107) por medio de un anuncio de licitación o de un anuncio de información previa. El artículo 74 de la Directiva 2014/24 introduce un régimen especial de contratación dedicado a los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos cuando su valor sea igual o superior al umbral indicado en su artículo 4, letra d). Por su parte, el artículo 75 recalca que los poderes adjudicadores siguen estando sujetos a las normas sobre la publicación de los anuncios de licitación relativos a dichas contrataciones. Así pues, este requisito es expresión del principio de transparencia establecido en la sección 2 y en el artículo 76, apartado 1, de dicha Directiva.

116. En el presente asunto, de conformidad con el artículo 13.2 del Decreto 181/2017, las convocatorias se publican en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*. Ahora bien, por lo que respecta a los anuncios de licitación, esta forma de publicidad, que se circunscribe a la Comunidad Valenciana, no basta, a mi entender, para satisfacer las exigencias del artículo 75, apartado 1, de la Directiva 2014/24, que expresamente hace referencia al procedimiento establecido en el artículo 51 cuando los poderes adjudicadores optan por emitir un anuncio de licitación. En consecuencia, la normativa nacional controvertida no parece cumplir las normas de transparencia del artículo 75, apartado 1, de la Directiva 2014/24.

117. En segundo lugar, de conformidad con el artículo 76, apartado 1, de esta Directiva, incluso en el marco del régimen simplificado, los Estados miembros deben observar, entre otros, el principio de igualdad de los operadores económicos. Es preciso recordar que la Directiva 2014/24 pretende garantizar la libertad de establecimiento, así como los principios derivados de las libertades fundamentales, como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia. (108)

118. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente habrá de examinar si es conforme con estos principios la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, que permite la exclusión *de facto* de las entidades con ánimo de lucro de la prestación de determinados servicios sociales en virtud de acuerdos de acción concertada con arreglo al Decreto 181/2017. (109)

119. Ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que tal trato esté justificado objetivamente. (110) El carácter comparable de las situaciones debe apreciarse a la luz del objeto y la finalidad del acto de la Unión que establece la distinción de que se trate. (111)

120. Por lo tanto, en el presente asunto el órgano jurisdiccional remitente habrá de determinar si las «entidades de iniciativa social» definidas en el artículo 3 e) del Decreto 181/2017 se hallan en la misma situación que las entidades con ánimo de lucro en cuanto al objetivo perseguido por el régimen simplificado de los artículos 74 a 76 de la Directiva 2014/24. (112)

121. Respecto a estos objetivos, el considerando 114 de dicha Directiva explica que el régimen simplificado relativo, en particular, a determinados servicios sociales debe ser reflejo del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios. Así pues, teniendo en cuenta el tenor del artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2014/24, debe reconocerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más adecuado. Este considerando añade los objetivos de simplificación y de reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos.

122. A mi parecer, dicho considerando debe leerse en relación con el artículo 76, apartado 2, de la Directiva 2014/24, que alude a la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, así como a las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios. Por consiguiente, parece que es la naturaleza específica de los servicios sociales de que se trata lo que justifica la existencia del régimen simplificado, lo cual me lleva a considerar que el criterio pertinente ha de ser la naturaleza de los servicios sociales prestados por las dos categorías de entidades. (113)

123. En el presente asunto, la demandada y el Gobierno español no han aclarado por qué las entidades con ánimo de lucro quedan automáticamente excluidas del ámbito de aplicación del Decreto 181/2017. Si bien cabría argumentar que las «entidades de iniciativa social» definidas en el artículo 3 e) del Decreto 181/2017 y las entidades con ánimo de lucro tienen distinta naturaleza jurídica y funcionan de manera diferente, a ambas categorías se les puede encomendar la realización de servicios sociales semejantes y las dos pueden prestar servicios con idéntico nivel de calidad y a coste similar. De ello se deduce que, a reserva de las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, ambas categorías de entidades pueden encontrarse en una situación comparable en cuanto al objetivo del régimen establecido en los artículos 74 a 76 de la Directiva 2014/24.

124. Por otro lado, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, respecto del principio de proporcionalidad, que es un principio general del Derecho de la Unión, las disposiciones adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la Directiva 2014/24 no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de esta. (114) A este respecto, me parece que es obvio que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se puede interpretar en el sentido de que permite excluir a determinadas entidades de la aplicación del régimen simplificado por la sola razón de que son entidades con ánimo de lucro. (115)

125. En concreto, no alcanzo a entender cómo la exclusión automática de las entidades con ánimo de lucro del ámbito de aplicación de la normativa nacional garantiza la adecuada prestación de los servicios controvertidos a la vez que se simplifica y se reduce la carga administrativa, tal como se menciona en el considerando 114 de la Directiva 2014/24. Además, tal exclusión automática no parece contribuir a la calidad, la continuidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de dichos servicios, como exige el artículo 76, apartado 2, de la Directiva 2014/24. Al aplicar el régimen simplificado, parecería más pertinente centrarse en la capacidad para prestar servicios sociales de calidad y eficientes en relación con los costes, en lugar de en la naturaleza de la entidad que los presta. (116)

126. En consecuencia, en mi opinión es inconcebible que tal exclusión esté justificada o sea proporcionada, de modo que es contraria al principio de igualdad de trato.

4. *Libertad de establecimiento*

127. Si los acuerdos de acción concertada de que aquí se trata no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, (117) lo cual corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, ello no significa sin embargo que queden necesariamente excluidos del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. De reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que estos acuerdos de acción concertada pueden no obstante estar sujetos a las libertades fundamentales y a los principios generales del Derecho de la Unión, en particular los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y el resultante deber de transparencia, siempre que presenten una cierta dimensión transfronteriza. (118) Por otro lado, con sujeción a esta condición, dichas libertades fundamentales y principios son de aplicación si no se realiza elección alguna entre los operadores interesados. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, a diferencia de la Directiva 2014/24, la libertad de establecimiento y el principio de igualdad de trato se aplican a distintos sistemas de concesión en que no se realiza elección. (119)

128. En el presente asunto, como ya se ha señalado, al no disponer el Tribunal de Justicia de información sobre el valor de los acuerdos de acción concertada, parto de la presunción de que, en algunos casos, dicho valor excede el umbral establecido en el artículo 4, letra d), de la Directiva 2014/24, mientras que en otros queda por debajo de él, (120) extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente. (121) Para estos últimos casos, quisiera recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, debido a la «escasa trascendencia económica», cabría afirmar razonablemente que una empresa establecida en un Estado miembro distinto de aquel donde se adjudica el contrato no tendría interés en él, de manera que no se justifica la aplicación de las normas de Derecho primario de la Unión. (122)

129. Por consiguiente, siempre que los servicios sociales objeto de los acuerdos de acción concertada de que aquí se trata consistan en una actividad económica y presenten una dimensión transfronteriza, el órgano jurisdiccional remitente habría de examinar si la falta de una suficiente publicación del anuncio de licitación y la exclusión *de facto* de las entidades con ánimo de lucro constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE y una violación de los principios de igualdad de trato y de transparencia que de ella se derivan. (123)

130. En primer lugar, respecto a la libertad de establecimiento y el principio de igualdad de trato, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que exigir una determinada forma jurídica a las personas que deseen ejercer una actividad económica constituye una restricción de su libertad de establecimiento a efectos del artículo 49 TFUE. En efecto, tal exigencia impide a los operadores económicos establecidos en el Estado miembro de origen y con una forma jurídica diferente crear un establecimiento secundario en el Estado miembro de acogida. (124)

131. No obstante, dado que tal restricción no da lugar a una discriminación directa por razón de la nacionalidad, también puede perseguir un objetivo reconocido como legítimo con arreglo al Derecho de la Unión. A este respecto, considero que son válidas, *mutatis mutandis*, las consideraciones expuestas en los puntos 122 a 125 de las presentes conclusiones en relación con las justificaciones y la proporcionalidad de la normativa nacional. A falta de justificación alguna esgrimida por las autoridades españolas para la exclusión de las entidades con ánimo de lucro de los acuerdos de acción concertada, la normativa nacional parece ser contraria a la libertad de establecimiento y al principio de igualdad de trato. En cualquier caso, la exclusión automática de las entidades con ánimo de lucro del ámbito de aplicación de la normativa nacional no parece adecuada, ya que no se centra en la naturaleza y la calidad de los servicios prestados, sino en la forma jurídica que reviste la entidad. Dicho esto, incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar si la normativa nacional persigue un objetivo legítimo reconocido por el Derecho de la Unión y, de ser así, apreciar si es respetuosa con el principio de proporcionalidad.

132. En segundo lugar, respecto al deber de transparencia con arreglo al artículo 49 TFUE, conviene señalar que, a diferencia de las exigencias específicas que se derivan de la Directiva 2014/24, dicho deber no requiere que se publique un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. El deber se limita a requerir una publicidad adecuada para garantizar, primero, la apertura a la competencia y, segundo, el control de la imparcialidad del procedimiento de licitación. (125)

133. En el presente asunto, dado que el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* es el diario oficial de la Comunidad Valenciana y, por tanto, el medio ordinario de publicación en materia de contratación pública, entiendo que la normativa nacional controvertida satisface los mencionados criterios de publicidad.

134. En consecuencia, si se cumplen los requisitos de aplicación de la Directiva 2014/24, considero que sus artículos 74 a 76 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a la Administración celebrar, sin atenerse a los requisitos de procedimiento del Derecho de la Unión, un contrato público en virtud del cual encomienda exclusivamente a entidades sin ánimo de lucro la prestación de determinados servicios sociales a cambio del reembolso los costes que dicha prestación les genere, siempre que esa normativa sea conforme con los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar. El artículo 75 de la Directiva 2014/24 ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que dispone la publicación de los anuncios de licitación exclusivamente en el diario oficial regional.

135. Respecto de los servicios cuyo valor estimado sea inferior al umbral establecido en el artículo 4, letra d), de la Directiva 2014/24 y de los procedimientos que no impliquen una elección en el sentido del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva, la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional, siempre que persiga un objetivo legítimo reconocido por el Derecho de la Unión y sea conforme con los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, extremos que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

C. Tercera cuestión prejudicial

136. En caso de respuesta negativa a las dos primeras cuestiones, con la tercera el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, el artículo 76 de la Directiva 2014/24 y el artículo 15, apartado 2, de la Directiva de servicios deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que contempla un criterio de selección para la celebración de los acuerdos de acción concertada controvertidos conforme al cual los poderes adjudicadores pueden valorar la circunstancia de que los potenciales licitadores para la prestación de los servicios sociales de que se trate estén implantados en el lugar donde vayan a prestarse.

137. Para responder a esta cuestión prejudicial voy a analizar la compatibilidad del criterio de selección controvertido con la Directiva 2014/24, con la Directiva de servicios y, posteriormente, con las libertades fundamentales.

1. *Compatibilidad del criterio de selección controvertido con la Directiva 2014/24*

138. Respecto a la compatibilidad del criterio de selección controvertido con la Directiva 2014/24, la cuestión de un criterio geográfico ya fue examinada en la sentencia Grupo Hospitalario Quirón, (126) que versaba sobre licitaciones en materia de servicios médicos. (127) En particular, se pedía al Tribunal de Justicia que enjuiciase la compatibilidad con la Directiva 2004/18 de un requisito de licitación según el cual el licitador debía estar ubicado en el municipio donde habían de prestarse los servicios médicos en cuestión. El Tribunal de Justicia

declaró que tal requisito constituía una «obligación de ejecución territorial». (128) Este requisito no garantizaba el acceso igual y no discriminatorio de todos los licitadores a los contratos, pues hacía que solo pudieran acceder a ellos los licitadores que estuviesen en condiciones de prestar los servicios en cuestión en un centro situado en el término municipal designado por los poderes adjudicadores. (129)

139. En el presente asunto, del artículo 15.1 a) del Decreto 181/2017 resulta que, para seleccionar a las entidades de iniciativa social que serán responsables de prestar los servicios sociales controvertidos, los poderes adjudicadores pueden valorar la circunstancia de que estén ubicadas en la zona donde vaya a prestarse el servicio. (130) Así pues, entiendo que el criterio geográfico de que aquí se trata es similar al controvertido en el asunto Grupo Hospitalario Quirón. Este criterio constituye una «obligación de ejecución territorial», (131) pues tiene como efecto poner en desventaja a los licitadores que no pueden prestar los servicios de que se trata en un centro situado en un término municipal concreto, aun cuando cumplan eventualmente los demás requisitos establecidos en los pliegos de condiciones y las especificaciones técnicas de los contratos en cuestión.

140. Por lo tanto, considero que este criterio de selección controvertido en el litigio principal da lugar a una diferencia de trato entre las entidades que lo cumplen y las que no lo cumplen. Salvo que estas dos categorías de potenciales licitadores no se hallen en una situación objetivamente comparable, o que dicha diferencia de trato esté objetivamente justificada, tal criterio es contrario al principio de igualdad de trato que se ha de observar en la adjudicación de contratos de servicios públicos con arreglo al artículo 76 de la Directiva 2014/24.

141. Respecto a si estos dos grupos de potenciales licitadores se encuentran en una situación objetivamente comparable, tengo la impresión de que así es, a condición de que su capacidad para prestar los servicios sociales controvertidos sea la misma en cuanto a calidad y coste. Por consiguiente, siempre y cuando se cumpla esta condición, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, soy del parecer de que el mencionado criterio trata de forma diferente situaciones objetivamente comparables.

142. Respecto a la justificación, ni la normativa nacional controvertida ni los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia contienen elementos de los que se deduzca justificación alguna del criterio de selección controvertido. No obstante, en último término corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si tal es el caso.

2. *Compatibilidad del criterio de selección controvertido con la Directiva de servicios*

143. Se pide al Tribunal de Justicia que aclare si este criterio de selección para la celebración de acuerdos de acción concertada es compatible con la Directiva de servicios.

144. Para empezar, es preciso dilucidar si los servicios sociales de que aquí se trata están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

145. A este respecto, el artículo 2, apartado 2, letra j), de la Directiva de servicios, en relación con su considerando 27, excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva «los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado».

146. El considerando 27 explica que el objetivo de tal exclusión consiste en «garantizar el apoyo a quienes se hallan, temporal o permanentemente, en un estado particular de necesidad a causa de unos ingresos familiares insuficientes o de una ausencia total o parcial de independencia y a

quienes corren el riesgo de quedar marginados». El considerando añade que estos «servicios son esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, y son una manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad, y no deben verse afectados por la [Directiva de servicios]».

147. Debo señalar que el Tribunal de Justicia ha dado al concepto de «servicios sociales» que aparece en el artículo 2, apartado 2, letra j), de la Directiva de servicios una definición con dos componentes. En su sentencia Femarbel declaró que solo los servicios en los que concurran dos requisitos con carácter acumulativo están comprendidos en la exclusión que contiene esta disposición. El primero tiene que ver con la naturaleza de la actividad, mientras que el segundo se refiere al estatuto del prestador de los servicios. (132)

148. Para satisfacer el primer requisito, las actividades de que se trate han de ser «esenciales para garantizar el derecho fundamental a la dignidad y a la integridad humanas» y «una manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad». (133) En dicho asunto, el Tribunal de Justicia declaró que el órgano jurisdiccional nacional debía comprobar si las actividades en cuestión tenían un carácter realmente social, en el sentido de que su objeto fuera prestar a las personas destinatarias «atenciones adecuadas para atender a su pérdida de autonomía» acompañadas de un programa de animación específica, o las ayudas necesarias «que no pueden garantizarles de forma continuada sus familiares».

149. En este asunto, como ya he señalado en las presentes conclusiones, el anexo del Decreto 181/2017 enumera un amplio abanico de servicios sociales que varían dependiendo de la naturaleza y de los grupos de personas que los usan. (134) No obstante, todos ellos parecen perseguir el objetivo común de atender a las personas necesitadas y prestarles asistencia. Considero por tanto que dichos servicios parecen cumplir el primer requisito impuesto por el Tribunal de Justicia en la sentencia Femarbel. (135)

150. Respecto al segundo requisito, en la sentencia Femarbel el Tribunal de Justicia declaró que los servicios sociales pueden ser prestados por el propio Estado, por una asociación de beneficencia reconocida como tal por el Estado o por un prestador de servicios privado encargado por el Estado. (136) En vista de tan amplia definición *ratione personae* dada por el Tribunal de Justicia, las entidades que prestan los servicios en virtud de los acuerdos de acción concertada de que aquí se trata, que son entidades sin ánimo de lucro, pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra j), de la Directiva de servicios, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar.

151. En consecuencia, soy del parecer de que la Directiva de servicios no es aplicable a los servicios sociales contemplados en el Decreto 181/2017, puesto que, de conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra j), de dicha Directiva, están expresamente excluidos de su ámbito de aplicación.

3. *Compatibilidad del criterio de selección controvertido con las libertades fundamentales*

152. Respecto a la compatibilidad del criterio de selección controvertido con las libertades fundamentales, como ya he expuesto en las presentes conclusiones, por un lado, los acuerdos de acción concertada de que aquí se trata parecen estar sujetos a la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE, en vez de a la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 56 TFUE. (137) Así pues, a pesar de que la tercera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional nacional se refiere a ambas libertades, considero que la respuesta debe limitarse a la primera de ellas. Por otro lado, conviene recordar que el artículo 49 TFUE solo será de aplicación si los acuerdos de acción concertada presentan una dimensión transfronteriza. (138)

153. Por lo que atañe a la libertad de establecimiento, un criterio de selección como el establecido en el artículo 15.1 a) del Decreto 181/2017 puede obstaculizar o hacer menos atractivo su ejercicio. (139) A este respecto, ha de señalarse que, según ha declarado el Tribunal de Justicia, una normativa nacional que se opone a que ciertas entidades puedan ejercer una actividad económica independiente en los locales de su libre elección constituye una restricción. (140) En el presente asunto, implantarse en la Comunidad Valenciana puede acarrear consecuencias económicas y cargas administrativas para las entidades que hayan ejercido esta libertad fundamental. (141) Es lo que le sucedería, por ejemplo, a una entidad establecida en un Estado miembro distinto de España que haya constituido un establecimiento secundario en este Estado miembro pero fuera de la Comunidad Valenciana. En consecuencia, opino que el criterio controvertido constituye una restricción de la libertad de establecimiento a los efectos del artículo 49 TFUE.

154. No obstante, aun así, puede estar justificado si persigue objetivos reconocidos como legítimos por el Derecho de la Unión y respeta el principio de proporcionalidad. (142)

155. En el presente asunto, considero que son válidas, *mutatis mutandis*, las apreciaciones que he expuesto en el punto 142 de las presentes conclusiones en relación con las justificaciones para la inobservancia del principio de igualdad de trato con arreglo al artículo 76 de la Directiva 2014/24. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el criterio controvertido persigue un objetivo legítimo reconocido por el Derecho de la Unión, es adecuado para alcanzarlo y no va más allá de lo necesario para ello.

156. Por último, en aras de la exhaustividad y en contra de lo alegado por la demandada y por el Gobierno español, debo recalcar que el tenor del artículo 1, segundo guion, del Protocolo n.º 26 anexo al TFUE carece de relevancia para la cuestión de si el criterio de selección previsto en el artículo 15.1 a) del Decreto 181/2017 es compatible con la libertad de establecimiento. Esto se debe a que los valores que trata de proteger dicho Protocolo no hallan reflejo en el criterio de selección controvertido. Tal criterio, de carácter puramente geográfico, no se puede explicar por la necesidad de garantizar «la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales». Por lo tanto, considero que no cabe invocar el artículo 1, segundo guion, del Protocolo n.º 26 anexo al TFUE para justificar las restricciones geográficas a las libertades fundamentales.

157. En conclusión, si se acredita la existencia de alguna dimensión transfronteriza en los acuerdos de acción concertada de que aquí se trata, el artículo 76 de la Directiva 2014/24 y el artículo 49 TFUE se oponen a un criterio de selección para la celebración de dichos acuerdos conforme al cual los poderes adjudicadores pueden valorar la circunstancia de que los potenciales licitadores para la prestación de los servicios sociales de que se trate estén implantados en el lugar donde vayan a prestarse, salvo que ese criterio persiga un objetivo legítimo reconocido por el Derecho de la Unión, sea adecuado para alcanzarlo y no vaya más allá de lo necesario para ello, extremos que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

IV. Conclusión

158. Propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana:

«Los artículos 74 a 76 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y el artículo 49 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a la Administración celebrar, sin atenerse a los requisitos de procedimiento

del Derecho de la Unión, un contrato público en virtud del cual encomienda exclusivamente a entidades sin ánimo de lucro la prestación de determinados servicios sociales a cambio del reembolso de los costes que dicha prestación les genere, siempre que esa normativa sea conforme con los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

El artículo 75, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que dispone la publicación de los anuncios de licitación exclusivamente en el diario oficial regional.

El artículo 76 de la Directiva 2014/24 y el artículo 49 TFUE se oponen a una normativa nacional que contempla un criterio de selección para la celebración de los acuerdos de acción concertada conforme al cual los poderes adjudicadores pueden valorar la circunstancia de que los potenciales licitadores para la prestación de los servicios sociales de que se trate estén implantados en el lugar donde vayan a prestarse, salvo que ese criterio persiga un objetivo legítimo reconocido por el Derecho de la Unión, sea adecuado para alcanzarlo y no vaya más allá de lo necesario para ello, extremos que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.»

1 Lengua original: inglés.

2 Decreto de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social (DOGV n.º 8197, de 23 de diciembre de 2017, p. 48245; en lo sucesivo, «Decreto 181/2017»).

3 Término utilizado por la normativa nacional. Véanse, a este respecto, los artículos 44 *bis*, 53 y 56 y el título VI de la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE n.º 192, de 12 de agosto de 1997, p. 24405), en su versión modificada por la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (BOE n.º 34, de 9 de febrero de 2017, p. 8694) (en lo sucesivo, «Ley 5/1997»).

4 Lesbianas, gais, transgéneros, bisexuales e intersexuales.

5 Esta lista no figuraba en la petición de decisión prejudicial remitida al Tribunal de Justicia. En sus observaciones escritas, la Comisión ha facilitado al Tribunal de Justicia el enlace a la publicación del Decreto 181/2017 (véase https://www.dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017_11941.pdf). El artículo 6.2 del Decreto se remite a su anexo, donde se relacionan los servicios controvertidos.

[6](#) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

[7](#) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO 2006, L 376, p. 36).

[8](#) Conclusiones presentadas en el asunto Decker (C-120/95 y C-158/96, EU:C:1997:399), punto 17.

[9](#) Sentencias de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171), apartado 21; de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404), apartado 54, de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, EU:C:2003:270), apartado 39, y de 23 de octubre de 2003, Inizan (C-56/01, EU:C:2003:578), apartado 17.

[10](#) Sentencia de 8 de febrero de 2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78), apartado 33.

[11](#) El CPV establece un sistema de clasificación único para la contratación pública dirigido a normalizar las referencias utilizadas por las entidades y poderes adjudicadores para describir el objeto de sus contratos. Véase <https://simap.ted.europa.eu/cpv>.

[12](#) Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (BOE n.º 61, de 12 de marzo de 2019, p. 23249).

[13](#) En particular, los artículos 44 *bis*.1 c), 53 y 56.2 y el título VI de la Ley 5/1997.

[14](#) Parece que la referencia a esta expresión procede de las sentencias de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), y de 28 de enero de 2016, CASTA y otros (C-50/14, EU:C:2016:56), ambas referidas a las asociaciones de voluntariado en el ámbito de la contratación pública.

[15](#) *Ibid.*

[16](#) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de junio de 2014, Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004), y de 28 de enero de 2016, CASTA y otros (C-50/14, EU:C:2016:56).

[17](#) A este respecto, se remite a los considerandos 6, 7 y 114 de la Directiva 2014/24 y al artículo 77 de la misma.

[18](#) Sentencias de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817), y de 13 de junio de 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385).

[19](#) Artículos 4 *bis*.1 c), 53 y 56.2 y título VI de la Ley 5/1997.

[20](#) Véanse, por ejemplo, la sentencia de 10 de marzo de 2016, Safe Interenvíos (C-235/14, EU:C:2016:154), apartado 115, y el auto de 12 de mayo de 2016, Security Service y otros (C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344), apartado 20.

[21](#) Sentencia de 8 de mayo de 2013 (C-197/11 y C-203/11, EU:C:2013:288).

[22](#) Sentencia de 15 de noviembre de 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

[23](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros (C-197/11 y C-203/11, EU:C:2013:288), apartado 35. Véase, más recientemente, la sentencia de 11 de febrero de 2021, Katoen Natie Bulk Terminals y General Services Antwerp (C-407/19 y C-471/19, EU:C:2021:107), apartado 53.

[24](#) Véase, en particular, la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411), apartados 25 y siguientes. A propósito de la distinción entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, véanse también las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568), puntos 15 a 18.

[25](#) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1).

[26](#) En su artículo 5, apartado 1, letra b), la Directiva 2014/23 define la «concesión de servicios», en esencia, como un contrato a título oneroso en virtud del cual uno o varios poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios a un operador económico. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la diferencia entre un contrato de servicios públicos y una concesión de servicios radica concretamente en el riesgo que se asume en la explotación de los servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130, apartados 24, 26, 37 y jurisprudencia citada).

[27](#) Véase el artículo 65.3 y 4 de la Ley 5/1997, con arreglo al cual «no podrá percibirse de las personas usuarias de los servicios ninguna cantidad por los servicios concertados al margen de las tasas establecidas» y «la percepción de los usuarios de cualesquiera retribuciones por la prestación de servicios complementarios, y su importe, deberá ser previamente autorizada».

[28](#) Véanse los artículos 66.2 y 65.3 de la Ley 5/1997. A este respecto, la ASADE, en sus respuestas a las preguntas escritas del Tribunal de Justicia, alega que la normativa controvertida dispone que la Administración ha de cubrir *cualquier pérdida en que se incurra por la prestación de los servicios de que se trata*. La demandada aduce que, con arreglo al artículo 11.1 del Decreto 181/2017, los beneficiarios de los servicios objeto de los acuerdos de acción concertada reciben estos gratuitamente.

[29](#) Constituyen la base jurídica de la Directiva 2014/24, en particular, los artículos 53 TFUE, apartado 1, y 62 TFUE, que forman parte del título IV sobre la «libre circulación de personas, servicios y capitales», dentro de sus capítulos 2, sobre el «derecho de establecimiento» (artículo 53), y 3, sobre los «servicios» (artículo 62).

[30](#) Véanse las conclusiones del Abogado General Stix-Hackl presentadas en el asunto Sintesi (C-247/02, EU:C:2004:399), punto 27.

[31](#) Véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania (C-160/08, EU:C:2010:230), apartados 73 y 74.

[32](#) Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487); de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), y de 28 de enero de 2016, CASTA y otros (C-50/14, EU:C:2016:56).

[33](#) Véase, en particular, la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411), apartados 25 y siguientes. Sobre la distinción entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, véanse también las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568), puntos 15 a 18.

[34](#) De acuerdo con reiterada jurisprudencia en materia de seguridad social, el Derecho de la Unión no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para organizar su sistema de seguridad social (véase, como caso más reciente, la sentencia de 11 de junio de 2020, Comisión y Eslovaquia/Dôvera zdravotná poisťovňa, C-262/18 P y C-271/18 P, EU:C:2020:450, apartado 30 y jurisprudencia citada).

[35](#) Sentencia de 13 de abril de 2000, Lehtonen y Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201), apartado 42 y jurisprudencia citada.

[36](#) Sanchez-Graells, A., «*State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries*» (8 de octubre de 2019). Hancher, L., y Piernas López, J. J. (eds), *Research Handbook on European State Aid Law* (2.ª ed., Edward Elgar, 2020), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3466288>.

[37](#) Respecto a esta distinción, véanse, en particular, las conclusiones del Abogado General Poiaras Maduro presentadas en el asunto FENIN/Comisión (C-205/03 P, EU:C:2005:666), punto 51. Véase también Wauters, K., Bleux, S., «A new generation of public procurement Directives: background, objectives and results», en Marique, Y., Wauters K. (eds), «EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?», Larcier, Bruselas, 2016, p. 9.

[38](#) Sentencia de 1 de febrero de 2017, Comisión/Hungría (C-392/15, EU:C:2017:73), apartado 100. Quisiera apuntar que, respecto a los trabajadores, el Tribunal de Justicia ha añadido que la prestación de servicios retribuidos debe ser considerada una actividad económica «siempre y cuando las actividades desarrolladas sean reales y efectivas y no revistan un carácter tal que resulten meramente marginales y accesorias» (sentencia de 20 de noviembre de 2001, Jany y otros, C-268/99, EU:C:2001:616, apartado 33 y jurisprudencia citada). Sin embargo, este último criterio, relativo a la relación laboral, no parece relevante en el presente asunto.

[39](#) Véase, entre otras, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816), apartados 28 y 29 y jurisprudencia citada.

[40](#) Véase, a este respecto, la sentencia de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría (C-179/14, EU:C:2016:108), apartado 154.

[41](#) *Ibid.*, apartado 157 y jurisprudencia citada.

[42](#) Sentencia de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404), apartado 58.

[43](#) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

[44](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Italia (C-119/06, no publicada, EU:C:2007:729), apartados 36 a 41; de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartados 32 a 43, y de 28 de enero de 2016, CASTA y otros (C-50/14, EU:C:2016:56), apartados 26 y 33 a 41.

[45](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2014, Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004), apartado 40.

[46](#) Véase la nota 5 de las presentes conclusiones.

[47](#) Véase el punto 2 de las presentes conclusiones.

[48](#) Véase la lista completa en la referencia que contiene el punto 2 de las presentes conclusiones.

[49](#) Véanse los artículos 65.3 y 4 de la Ley 5/1997 y el artículo 11.1 c) del Decreto 181/2017.

[50](#) Véase el punto 53 de las presentes conclusiones.

[51](#) Véase el artículo 22 del Decreto 181/2017.

[52](#) *Ibid.*

[53](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-157/09, no publicada, EU:C:2011:794), apartado 57 y jurisprudencia citada.

[54](#) Véase, en particular, la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-157/09, no publicada, EU:C:2011:794), apartado 58 y jurisprudencia citada.

[55](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304), apartado 22; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208), apartado 47, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651), apartado 36.

[56](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners (C-2/74, EU:C:1974:68), apartados 51 y 53.

[57](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304), apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria (C-393/05, EU:C:2007:722), apartados 36 y 42; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Alemania (C-404/05, EU:C:2007:723), apartados 38 y 44, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651), apartados 36 y 41.

[58](#) Véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (C-114/97, EU:C:1998:519), apartado 37.

[59](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Anker y otros (C-47/02, EU:C:2003:516), apartado 61, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651), apartado 44.

[60](#) Véase el considerando 114 de la Directiva 2014/24.

[61](#) Sentencia de 2 de junio de 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399).

[62](#) *Ibid.*, apartado 37.

[63](#) *Ibid.*, apartado 38.

[64](#) Sentencia de 1 de marzo de 2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142).

[65](#) *Ibid.*, apartado 35.

[66](#) *Ibid.*, apartado 41.

[67](#) Véase Turudić, M. «Article 76 Principles Of Awarding Contracts» en *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, editado por Caranta, R., y Sanchez-Graells, A., octubre de 2021, Edward Elgar Publishing Limited, página 863. Véase también Sánchez-Graells, A., <https://www.howtocrackanut.com/blog/2018/3/5/the-end-of-procurement-as-we-knew-it-cjeu-consolidates-falk-pharma-approach-to-definition-of-procurement-c-917>.

[68](#) Véanse, en particular, los artículos 58 y 67 de la Directiva 2014/24.

[69](#) Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas en los asuntos Hernández Vidal y otros (C-127/96, C-229/96 y C-74/97, EU:C:1998:426), punto 80, donde califica de resultado absurdo o círculo vicioso la situación en la que la consecuencia de la aplicación de la Directiva se convierte en requisito para su aplicación.

[70](#) En la sentencia de 2 de junio de 2016, Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399), la elección se trasladaba al paciente, y en la sentencia de 1 de marzo de 2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142), al beneficiario de la ayuda.

[71](#) Artículo 9.1 y 2 del Decreto 181/2017.

[72](#) Artículo 17 del Decreto 181/2017.

[73](#) Artículo 19 del Decreto 181/2017.

[74](#) Artículo 19.1 del Decreto 181/2017.

[75](#) Véanse los puntos 69 y 70 de las presentes conclusiones.

[76](#) Los artículos 3 d) y 21.1 del Decreto 181/2017 dan una definición de «concierto social» que hace referencia al «documento» de formalización del acuerdo entre la Administración y las entidades sociales.

[77](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), apartado 40 y jurisprudencia citada.

[78](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, EU:C:2005:620), apartado 36, y de 22 de abril de 2021, Comisión/Austria (Arrendamiento de un edificio aún no construido) (C-537/19, EU:C:2021:319), apartado 43.

[79](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2018, IBAMolecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843), apartado 28.

[80](#) A este respecto, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, solo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público a los efectos de la Directiva 2004/18 (véanse las sentencias de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, apartado 47, y de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, apartado 43). Aunque la Directiva 2014/24 derogó la Directiva 2004/18, tal requisito se halla en términos similares en ambas Directivas. Así pues, esa jurisprudencia puede aplicarse a la nueva Directiva.

[81](#) Sentencia de 10 de septiembre de 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685), apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada.

[82](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), apartados 60 a 62.

[83](#) Véase el artículo 11.1 c) del Decreto 181/2017.

[84](#) Véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, EU:C:2001:401), apartado 77, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), apartado 45. Cabe señalar que, como afirmó la Abogada General Trstenjak en sus conclusiones presentadas en el asunto Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:303), punto 32, «se puede sostener que solo una interpretación amplia del concepto de “carácter oneroso” satisface el objetivo de las Directivas sobre contratación pública, que consiste en permitir una auténtica competencia en el mercado».

[85](#) Véase el artículo 2.1 y 2 del Decreto 181/2017.

[86](#) Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Italia (C-119/06, no publicada, EU:C:2007:729), apartados 37 a 41; de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), apartados 30 y 45, y de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817), apartado 26. Véanse también las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:291), punto 24 y jurisprudencia citada.

[87](#) El hecho de que el Decreto 181/2017 excluya de la prestación de los servicios sociales controvertidos a las entidades con ánimo de lucro se abordará en la sección III.B.3 de las presentes conclusiones.

[88](#) Véase la jurisprudencia citada en la nota 86.

[89](#) Véase la sección III.B.1 de las presentes conclusiones.

[90](#) La ASADE alega que los servicios controvertidos no corresponden a los servicios excluidos de la Directiva en virtud del considerando 6 y del anexo XIV (código CPV 75300000-9) y, en su respuesta escrita a las preguntas del Tribunal de Justicia, parece indicar que los servicios controvertidos corresponden a los códigos CPV 85000000-9 a 85321000-5. Incumbe examinar esta alegación al órgano jurisdiccional remitente, que es competente en exclusiva para interpretar la normativa nacional controvertida.

[91](#) Véase, por analogía, la sentencia de 21 de marzo de 2019, Falck Rettungsdienste y Falck (C-465/17, EU:C:2019:234), apartado 37.

[92](#) Se especifica que el valor no incluye el impuesto sobre el valor añadido.

[93](#) No obstante, debo señalar que algunos contratos pueden presentar una dimensión transfronteriza aunque su valor sea inferior al mencionado umbral, por ejemplo, cuando el procedimiento de contratación tiene lugar en zonas cercanas a las fronteras con otros Estados miembros de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277, apartado 31, y de 17 de noviembre de 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, apartado 51). No parece que tal extensión sea de aplicación en el caso de autos.

[94](#) Véase, por analogía, el auto de 7 de julio de 2016, Sá Machado & Filhos (C-214/15, no publicado, EU:C:2016:548), apartado 29.

[95](#) Véase, en ese sentido, el considerando 1 de la Directiva 2014/24.

[96](#) De acuerdo con reiterada jurisprudencia, las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 2014/24 son las expresamente mencionadas en ella (véase la sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, EU:C:2007:31, apartado 59 y jurisprudencia citada).

[97](#) Sobre los antecedentes legislativos de los contratos reservados del artículo 20, véanse las conclusiones del Abogado General Tanchev presentadas en el asunto Conacee (C-598/19, EU:C:2021:349), punto 60.

[98](#) Sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810).

[99](#) Conclusiones del Abogado General Tanchev presentadas en el asunto Conacee (C-598/19, EU:C:2021:349), punto 40.

[100](#) Sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810), apartados 24 a 28.

[101](#) Sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810), apartado 28.

[102](#) Sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810), apartado 33 y jurisprudencia citada.

[103](#) En relación con la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia ha considerado que, si los contratos públicos de transporte sanitario pudiesen incluirse entre los contratos de servicios comprendidos en el anexo II, parte B de dicha Directiva y, por tanto, no estuviesen sujetos a todas sus disposiciones, podrían reservarse a las asociaciones de voluntariado sin vulnerar con ello el principio de igualdad de trato (sentencia de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).

[104](#) Los antecedentes legislativos del artículo 77 no ofrecen mucha orientación para su interpretación, pues inicialmente esta disposición no figuraba en la propuesta de la Comisión [véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública / COM/2011/0896 final — 2011/0438 (COD)], sino que se añadió en una fase posterior del procedimiento legislativo [véase la Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de enero de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/[...]/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE [EP-PE_TC1-COD(2011)0438]].

[105](#) Según algunos autores, esta disposición se introdujo para tener en cuenta las necesidades específicas del Reino Unido. Solo se aplica a un determinado subconjunto de los servicios del régimen simplificado (véase Turudić, p. 867, citado en la nota 67 de las presentes conclusiones, y la doctrina citada por dicho autor). Este punto de vista se ve confirmado en las dos últimas frases del considerando 118 de la Directiva 2014/24, donde se da a entender que determinados servicios sujetos al régimen simplificado pueden someterse al régimen establecido en el artículo 77.

[106](#) Tal como ha expuesto el Gobierno noruego, el artículo 77 de la Directiva 2014/24 trata de la posibilidad de reservar contratos a determinadas sociedades de reciente constitución por personas que anteriormente trabajasen en el sector público. No se limita a las entidades sin ánimo de lucro, sino que abarca también a las sociedades mercantiles.

[107](#) Véanse los artículos 48 a 51 de la Directiva 2014/24.

[108](#) Considerando 1 de la Directiva 2014/24. Véase también la sentencia de 3 de octubre de 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829), apartado 48 y jurisprudencia citada.

[109](#) Véase el punto 83 de las presentes conclusiones.

[110](#) Véase, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802), apartado 70 y jurisprudencia citada.

[111](#) Véase, entre otras, la sentencia de 1 de marzo de 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09, EU:C:2011:100), apartado 29.

[112](#) Véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810), apartado 38.

[113](#) La propia demandada otorga una importancia significativa a este aspecto cuando apunta que la Directiva 2014/24 pretende tener en cuenta las especiales características de los servicios prestados a las personas (véase el punto 17 de las observaciones de la demandada).

[114](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810), apartados 42 a 44 y jurisprudencia citada. Véanse, por analogía, las sentencias de 23 de noviembre de 2017, Di Maura (C-246/16, EU:C:2017:887), apartado 25, y de 26 de abril de 2012, Comisión/Países Bajos (C-508/10, EU:C:2012:243), apartado 75.

[115](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810), apartado 42 y jurisprudencia citada.

[116](#) Véase el punto 122 de las presentes conclusiones.

[117](#) Por ejemplo, si el valor de la contratación pública no alcanza el umbral establecido en el artículo 4, letra d), de la Directiva 2014/24, no queda sujeta a las disposiciones de esta.

[118](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso (C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277), apartados 20 y 21; de 11 de diciembre de 2014,

Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartados 45 y 46; de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), apartado 32, y de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), apartado 16.

[119](#) Véase la sentencia de 16 de febrero de 2012, Costa y Cifone (C-72/10 y C-77/10, EU:C:2012:80), apartados 70 a 73.

[120](#) Véase el punto 94 de las presentes conclusiones.

[121](#) A diferencia de los casos en los que el Tribunal de Justicia ha declarado inadmisibles la remisión prejudicial por no haberle aportado el órgano jurisdiccional remitente pruebas sobre la existencia de una dimensión transfronteriza (véase, entre otras, la sentencia de 6 de octubre de 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747), en el presente asunto el procedimiento principal versa sobre un recurso de anulación, lo que significa que el apartado 51 de la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), resulta aplicable (véase el punto 38 de las presentes conclusiones). En consecuencia, se presume que existe tal dimensión.

[122](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487), apartado 20.

[123](#) En la sentencia de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartado 50, el Tribunal de Justicia declaró que los principios generales de transparencia y de igualdad de trato «resultan» de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.

[124](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de julio de 1984, Klopp (107/83, EU:C:1984:270), apartado 19; de 7 de julio de 1988, Stanton y L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378), apartado 11; de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal (C-171/02, EU:C:2004:270), apartado 42, y de 9 de septiembre de 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506), apartado 28.

[125](#) Véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621), apartado 25 y jurisprudencia citada.

[126](#) Sentencia de 22 de octubre de 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713).

[127](#) Se trataba en aquel asunto de contratos públicos en el sector sanitario comprendidos en el ámbito de aplicación del anexo II, parte B de la Directiva 2004/18.

[128](#) Sentencia de 22 de octubre de 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713), apartado 28.

[129](#) *Ibid.*, apartados 29 a 33.

[130](#) Un criterio similar figura en el artículo 64.3 a) de la Ley 5/1997.

[131](#) Sentencia de 22 de octubre de 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713), apartado 29.

[132](#) Sentencia de 11 de julio de 2013, Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:517), apartado 42.

[133](#) *Ibid.*, apartado 43, que se refiere al *Manual de aplicación de la Directiva «servicios»*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007.

[134](#) Véase el punto 56 de las presentes conclusiones.

[135](#) Sentencia de 11 de julio de 2013 (C-57/12, EU:C:2013:517).

[136](#) *Ibid.*, apartado 44. A este respecto, el Tribunal de Justicia resolvió que correspondía al juez nacional determinar si había un acto del poder público que atribuyese de manera clara y transparente a las personas que explotaban centros de acogida diurna y centros de acogida nocturna la verdadera obligación de prestar tales servicios cumpliendo determinados requisitos específicos de ejercicio, y si tal homologación podía, por lo tanto, considerarse un acto de atribución del servicio en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra j), de la Directiva de servicios (sentencia de 11 de julio de 2013, Femarbel, C-57/12, EU:C:2013:517, apartado 52).

[137](#) Véanse los puntos 42 y 43 de las presentes conclusiones.

[138](#) Véase el punto 128 de las presentes conclusiones.

[139](#) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de febrero de 2015, Comisión/Bélgica (C-317/14, EU:C:2015:63), apartado 22, y de 20 de diciembre de 2017, Simma Federspiel (C-419/16, EU:C:2017:997), apartado 35 y jurisprudencia citada.

[140](#) Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300), apartado 53 y jurisprudencia citada.

[141](#) Véase, por analogía, la sentencia de 27 de febrero de 2020, Comisión/Bélgica (Contables) (C-384/18, EU:C:2020:124), apartado 76.

[142](#) Sentencias de 27 de octubre de 2005, Comisión/España (C-158/03, no publicada, EU:C:2005:642), apartado 70, y de 27 de octubre de 2005, Contse y otros (C-234/03, EU:C:2005:644), apartado 41. Concretamente, el Tribunal de Justicia declaró que las libertades fundamentales se oponen a un criterio de selección que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toma en consideración la proximidad de la instalación al lugar de prestación de los servicios, en la medida en que se aplique de forma discriminatoria, no esté justificado por razones imperiosas de interés general, no sea adecuado para garantizar la realización del objetivo que persigue o vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional (sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, EU:C:2005:644, apartado 79).