



Recurso nº 1305/2024 C.A. de las Islas Baleares 81/2024

Resolución nº 214/2025

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de febrero de 2025

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. H., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) frente a la Resolución de la Consejera de Familias y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 29 de agosto de 2024 por la cual se establece la *“convocatoria de acción concertada del servicio de ayuda a domicilio para personas en situación de dependencia en la Mancomunidad Pla de Mallorca con entidades de iniciativa privada que tengan acreditado el servicio de ayuda a domicilio”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En el Boletín Oficial de las Islas Baleares, número 117, de 5 de septiembre de 2024, se publicó la Resolución de la Consejera de Familias y Asuntos Sociales de 29 de agosto de 2024 por la cual se establece la convocatoria de acción concertada del servicio de ayuda a domicilio para personas en situación de dependencia en la Mancomunidad Pla de Mallorca con entidades de iniciativa privada que tengan acreditado el servicio de ayuda a domicilio.

Segundo. Frente a dicha convocatoria, anexo y pliego de condiciones técnicas, se presenta con fecha 25 de septiembre de 2024 recurso especial en materia de contratación por parte de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE).

Estima la entidad recurrente que la convocatoria que impugna debe considerarse un instrumento contractual, esto es, un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, por lo que resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación. Cita en tal sentido una resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (Resolución número 107/2024 de fecha 23 de julio de 2.024).

Por otra parte, se alega la existencia de legitimación al tratarse de:

“(...) una entidad cuya representatividad le permite actuar como legítimo interlocutor en el ámbito del sector de atención a las personas dependientes, y desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda o de atención a domicilio (SAD), teleasistencia, así como cualquier otro servicio social a las personas de naturaleza similar, encontrándose entre sus fines los de defender los intereses de las empresas del citado sector (...)”.

Con carácter previo a la exposición de los motivos de impugnación, se detallan en el recurso la existencia de previas licitaciones del servicio en el marco de la contratación pública.

En cuanto a los argumentos impugnatorios que se esgrimen, son de índole muy variada. Así, se alude de una parte a las disposiciones de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears, en concreto los artículos 75 a 91, para cuestionar que:

“(...) en ningún documento de la Convocatoria, Anexo, o pliego de condiciones técnicas, se indica o se ha desarrollado, en qué consisten las análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, -que de existir- priorizarían a las entidades sin ánimo de lucro, en detrimento de otras entidades como esta Patronal, únicamente por su forma jurídica”.

Por otro lado, se invoca igualmente la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de Illes Balears, que establece en su apartado 2:

“2. No obstante lo anterior, en los procedimientos de acción concertada de servicios declarados de interés económico general, podrán subscribir conciertos todas las personas físicas o jurídicas de carácter privado, con o sin ánimo de lucro, sea cual sea la forma jurídica que adopten, que presten los servicios objeto del concierto y lo soliciten expresamente en los plazos y la forma que se determinen”.

Extrae de ello la recurrente que nos encontramos ante un servicio de interés económico general, y por lo tanto sujeto a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Como otro aspecto que sería a su juicio determinante de que nos encontramos ante un auténtico contrato, sujeto a las normativas europeas de contratación, se cita la necesidad de que, para concurrir a la convocatoria, las entidades interesadas aporten una declaración responsable de no estar inmersa en las prohibiciones de contratar del Artículo 71 LCSP

Estima en este sentido la asociación recurrente que:

“(...) la Consejería de Familias y Asuntos Sociales de Islas Baleares, convoca en régimen de ‘Acción Concertada’ o ‘Concierto Social’, -lo que realmente es un contrato de servicios regulado en la LCSP-, para la prestación del servicio identificado en el expositivo I, al amparo de la Ley 12/2018, y del Decreto 48/2017”.

Se invoca en el recurso sobre esta cuestión la sentencia número 65/2024, de 12 de febrero de 2024, de la Sala de lo contencioso- administrativo del TSJ^a de Aragón, en aplicación de la doctrina emanada del TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II.

Adicionalmente, se esgrimen distintos incumplimientos de las previsiones de dicha Ley 12/2018. Así, se indica que:

“(...) la Convocatoria aquí impugnada, vulnera lo establecido en el Artículo 3 de la Ley 12/2018, al no justificarse ni en la propia Convocatoria, ni en el Anexo, ni en el Pliego de Condiciones Técnicas, -objeto de impugnación-, la existencia de limitación presupuestaría alguna para acudir al instrumento de Acción Concertada o Concierto Social”.

En este mismo sentido, se aduce que:

“(...) infringe el principio de igualdad, respecto de las ofertas de las entidades y los criterios de preferencia recogidos en el punto 7 del Anexo”.

Al hilo de este argumento, insiste el recurso en que:

“(...) en realidad no nos encontramos ante un instrumento no contractual o Concierto Social, sino ante un contrato de servicios de la LCSP, máxime cuando ni en la Convocatoria, ni en el Pliego Técnico, ni en el Anexo aquí impugnados, se respetan los principios de subsidiariedad y los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación consagrados en el Artículo 3 de la propia Ley 12/2028, lo que impide que el citado Concierto Social o Acción Concertada pueda ser así calificado”.

Se defiende por ello que procede la anulación de la Convocatoria, Anexo, y Pliegos de Condiciones Técnicas.

Por otra parte, se alega que:

“(...) al establecerse en el caso que nos ocupa, una preferencia respecto de las entidades sin ánimo de lucro en detrimento de otras entidades como mi representada únicamente por su forma jurídica, se está vulnerando lo establecido tanto la DA 49ª como el Artículo 11.6 LCSP, que en modo alguno recogen dicha posibilidad”.

E, insistiendo en el argumento principal del recurso, se apunta que:

“(...) tampoco puede articularse que la Acción Concertada o Concierto Social cuya Convocatoria, Anexo y Pliego de Condiciones Técnicas, que aquí se impugnan, y cuyo presupuesto de licitación asciende al importe de 2.733.694,00 euros, pueda considerarse un instrumento no contractual ya que es carácter esencialmente oneroso, y por lo tanto, utilizar el instrumento de la Acción Concertada o Concierto Social, cuando no se dan los requisitos para ello, tiene como consecuencia la

vulneración de la libre competencia puesto que impide la concurrencia de los todos operadores de mercado en igualdad de condiciones al priorizar a las entidades sin ánimo de lucro, lo que también supone la vulneración tanto la normativa como los principios básicos que rigen toda contratación pública”.

A lo anterior se añade que:

“(…) incluso para el hipotético caso en el que este Tribunal al que nos dirigimos considerase que la Convocatoria, Anexo, y Pliego de Condiciones Técnicas, de la Acción Concertada o del Concierto Social, están correctamente configurados como de carácter no contractual, aún en ese caso, no debería de establecer preferencia alguna por las entidades sin ánimo de lucro en detrimento del resto de entidades, ya que tanto la DA.49ª como el Artículo 11.6 LCSP, son claros al establecer expresamente que la prestación de los servicios sociales se podrá realizar por entidades privadas, y sin embargo nada dice sobre que tenga que tratarse de entidades sin ánimo de lucro. De lo contrario se estaría vulnerando, a nuestro juicio, lo establecido en los Artículos 1 y 132.1 LCSP”.

Adicionalmente a los argumentos expresados, se denuncia falta de motivación del mecanismo elegido para la prestación del servicio, indicándose al respecto que:

“(…) a la vista de la falta de justificación contenida tanto en la Convocatoria, Anexo, como en el Pliego de Condiciones Técnicas, aquí impugnados, el uso de instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social contemplada en la citada Disposición Adicional 49ª y el Artículo 11.6 LCSP, tienen como consecuencia la restricción de la concurrencia y la quiebra de los principios generales recogidos en los Artículos 1 y 132 LCSP y en la Directiva 2014/24/UE, al establecer una preferencia por las entidades sin ánimo de lucro, frente a otras entidades como mi representada por un simple motivo, su forma jurídica, procediendo por este motivo su completa anulación”.

Considera el recurrente que:

“(...) tanto la Directiva 2014/24/UE como la propia LCSP vinculan directamente, y al mismo tiempo constriñen, la utilización del uso de instrumentos no contractuales y que para que opere la exclusión del Artículo 11.6 LCSP, la prestación del servicio social por entidades privadas será posible siempre que ‘esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación’.”

Y se considera que ello:

“(...) no ocurre en el caso que nos ocupa, ya que establece una preferencia sin justificación alguna por las entidades del tercer sector o sin ánimo de lucro, frente a otro tipo de entidades que como mi representada únicamente por su forma jurídica. Y a mayor abundamiento tampoco se explica claramente cuáles son las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social que establecen dicha prioridad”.

Se añade a lo anterior que:

“(...) tampoco podría justificarse la aplicación de esta preferencia de participación en el hecho de que, a través de ella, se pueda obtener un servicio de mayor calidad o más idóneo para la satisfacción de los fines del propio servicio a prestar (...)”.

Estima también la recurrente que:

“la Acción Concertada, cuya Convocatoria, Anexo, y Pliego de Condiciones Técnicas, aquí se impugna, es que vulnera, -entre otros- los principios de subsidiariedad, igualdad, eficiencia presupuestaria, no discriminación, publicidad, transparencia, establecidos en el mencionado Artículo 3 de la Ley 12/2018”.

Se cuestiona también, desde la perspectiva de encontrarnos ante un contrato público, la falta de justificación del presupuesto, así como la circunstancia de que se establece como criterios de preferencia y selección, lo que realmente son criterios de solvencia ajenos al objeto de la prestación.

El recurso concluye indicando que:

“(...) deben considerarse contrarias a Derecho la Convocatoria, Anexo, y Pliego de Condiciones Técnicas señalado en el expositivo I, procediendo su anulación de lo que resultará un efecto positivo o beneficio en la esfera jurídica de mi representada, en el sentido de que, si se viera estimado este recurso, la Administración procedería a una nueva convocatoria a la cual podrán concurrir en igualdad de condiciones todo tipo de entidades sin resultar discriminadas respecto de la actual preferencia establecida para las entidades del tercer sector o sin ánimo de lucro”.

Tercero. La Consejería de Familias y Asuntos Sociales ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso.

Se defiende que la convocatoria recurrida:

“(...) no es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Ello es así porque la figura de la acción concertada o del concierto social impugnada, deriva directamente de la regulación prevista en la Ley autonómica 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la comunidad autónoma de las Illes Balears y desarrollada en el Decreto 48/2017, de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que deben someterse los conciertos sociales. Como se observa en los antecedentes, dicha convocatoria de acción concertada se ha tramitado conforme a Derecho”.

Indica a este respecto el informe que:

“La Ley 12/2018, se fundamenta en la Disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se

transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante, LCSP), que indica que “lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.”

La línea argumental del informe se sustenta en que la acción concertada regulada en la Ley 12/2018 y objeto de la impugnación, no supone un contrato administrativo sometido a la LCSP, en virtud de la previsión del art. 11.6 y de la DA 49ª de dicha Ley.

Se formula por ello oposición a la admisión del presente recurso:

“(...) puesto que el acto impugnado no se incluye en la relación del artículo 44 de la LCSP. Y lo que es más grave, es que el apartado 5 de dicho artículo prevé que “Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios”, previsión totalmente en contra del artículo 10.3 de la Ley 12/2018 que prevé que “Las cuestiones litigiosas derivadas de la aplicación del régimen de acción concertada serán resueltas por la administración pública competente, sin perjuicio de que, una vez agotada la vía administrativa, puedan someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa” y así se recogió por la resolución impugnada en su pie de recurso”. Se indica aquí que “es en el régimen de recursos administrativos o en la jurisdicción contenciosa administrativa donde se tiene que dilucidar la adecuación de dicho acto administrativo a su normativa reguladora. Lo contrario podría suponer una perversión del sistema de recursos y dar cabida en el recurso especial de contratación a cualquier otra figura jurídica, que si bien no se califique como contrato, pueda subsumirse en dicha figura, ya sea el caso de un convenio de colaboración con una entidad privada -o incluso también pública-, de un patrocinio o de una subvención. Además, provoca un conflicto entre el artículo 44.5 LCSP y el artículo 10.3 de la Ley 12/2018, puesto que el primero excluye el recurso administrativo ordinario, de forma que, en caso de estimar la

admisión, la impugnación de cualquier acto administrativo relacionado con la acción concertada debería seguir el mismo cauce, si bien en contra de la Ley autonómica”.

Defiende el informe, en esta línea que:

“La concertación social se configura como una forma de gestión indirecta de los servicios públicos que queda excluida de la normativa de contratación, por su especial idiosincrasia reconocida por la Unión europea, y cuyo objeto se debe limitar a aquellos servicios públicos de carácter social que tengan como destinatarios finales a personas físicas que se encuentren en una situación compleja de vulnerabilidad ya sea física, psíquica o social. Además, dichos servicios públicos deben estar sometidos a un sistema de control administrativo, ya sea mediante un sistema de licencias o de acreditación administrativa substraídos, por tanto, de las reglas estrictas del libre mercado”.

Y se aduce que:

“(…) en contra de lo manifestado por la recurrente, sí existe en el ámbito de los servicios sociales un régimen de licencias o autorizaciones que cumple con los requisitos del artículo 11.6 LCSP, puesto que está abierto a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador (en este caso en el Decreto 86/2010, de acuerdo con el procedimiento del Decreto 10/2013), sin límites ni cuotas, y que dicho sistema es público puesto que deriva de la propia normativa publicada en el boletín oficial correspondiente, por lo que se garantiza una publicidad suficiente y se ajusta a los principios de transparencia y no discriminación”.

Adicionalmente a lo anterior, en el informe se ofrece puntual respuesta a las distintas alegaciones impugnatorias por presunta infracción de requisitos y principios establecidos en la Ley 12/2018.

Y, a modo de conclusión, se razona como sigue:

“(…) tanto el artículo 11.6 como la DA 49ª de la LCSP, fundamentos de la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, fundamento a la vez de la Resolución impugnada, remarcan de forma muy clara que los instrumentos legislados por las comunidades autónomas, competentes de forma exclusiva sobre la materia, para satisfacer necesidades de carácter social, son no contractuales. También la Administración General del Estado ha usado estas fórmulas para la gestión de servicios sociales de su competencia como es el caso de la Orden ISM/680/2022, de 19 de julio, por la que se desarrolla la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante acción concertada. Las sentencias referidas por la recurrente, STSJ Valencia 339/2023 y STSJ Aragón 65/2004, con el pronunciamiento previo del TJUE, si bien estiman parcialmente la nulidad de algunos aspectos procedimentales de la propia normativa reglamentaria que regula la acción concertada en dichas comunidades autónomas, lo cierto es que no cuestionan de fondo la figura de la acción concertada. Es más, reconocen que la normativa comunitaria no se opone a una normativa nacional que reserve a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77 de la LCSP.

Por tanto, cualquier interpretación o análisis debe proceder del órgano competente para su revisión como es la propia Administración Pública o la jurisdicción contenciosa administrativa, a quien corresponde decidir si bien la Resolución impugnada, por los motivos que se indican en el recurso, o bien la normativa que la ampara (DA 49ª LCSP, Ley 12/2018, Ley 3/2018 y Decreto 48/2017), es contraria a Derecho o no”.

Se interesa por ello la inadmisión del recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgando un plazo de cinco días hábiles para que, si se estimara oportuno, se formularan alegaciones, habiendo evacuado este trámite la entidad TREBALLADORS SOCIALS DE LA PART FORANA, S. COOP, la cual defiende la falta de legitimación del recurrente, puesto que, a partir de la interpretación que se realiza de los términos en que se articula el recurso, entiende que:

“(...) no se refiere a la organización empresarial. Es decir, estaría impugnando en nombre de una entidad concreta, asociada o no, pero que en ningún caso se habría presentado a la convocatoria que se impugna, pudiendo haberlo hecho (...)”.

De otro lado, se alude al marco normativo referente a la gestión de los servicios sociales (servicios a las personas), en el ámbito de la comunidad autónoma de les Illes Balears, destacando entre otras normas la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, e indicando en este punto que la convocatoria que nos ocupa está sometida a dicho régimen jurídico, de aplicación primaria, y se ha ajustado al mismo escrupulosamente

Asimismo, se denuncia que no se ha seguido el régimen de impugnación aplicable, pues la impugnación habría de haberse articulado frente a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales del Gobierno de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, que es el órgano competente de la administración que concierne el servicio.

Se concluye por todo ello interesando que se inadmita o subsidiariamente se desestime el recurso.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de fecha 9 de octubre de 2024 acordando la denegación de la solicitud de medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto con base en lo señalado en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio suscrito el 23 de septiembre de 2020 entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencias de recursos contractuales (BOE 3 de octubre).

Segundo. La asociación empresarial recurrente se encuentre legitimada para la interposición del recurso, como organización sectorial representativa de los intereses afectados por los servicios sociales cuya prestación es objeto de convocatoria y contra la cual se dirige el recurso, tal y como expresamente señala el apartado segundo in fine del artículo 48 de la LCSP.

Es, en dicha condición en la que la asociación funda expresamente su legitimación (Alegación PRIMERA, letra d)), lo cual nos conduce a reconocerle la pretendida, sin que algunas expresiones equívocas que manifiesta en su recurso puedan conducir a negársela e inadmitir el recurso, como pretende en sus alegaciones TREBALLADORS SOCIALS DE LA PART FORANA, S. COOP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo señalado en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. El recurso se dirige contra la convocatoria y los pliegos de prescripciones técnicas para la adjudicación de la prestación de determinados servicios, lo cual cumple con lo exigido en el artículo 44.1 a) de la LCSP.

El valor estimado de los servicios asciende a 2.733.694€, por lo cual excede claramente los 100.000€ señalados en el artículo 44.2 a) de la LCSP para la competencia de este Tribunal. Ítem más, supera el umbral de 750.000€ fijado en el artículo 75 de la Directiva 24/2014 (fijado por remisión al artículo 4 d) de la Directiva) para su aplicación a los contratos de servicios sociales.

Todo ello conduce a que este Tribunal deba analizar si la convocatoria es o no de un contrato de servicios, con independencia de su denominación como acción concertada. Si

la respuesta es afirmativa, el recurso será admitido y entraremos a resolver el fondo del asunto; en caso contrario, procederá su inadmisión con base en el artículo 55 c) de la LCSP.

Para resolver esta cuestión, debemos partir de nuestra Resolución de Pleno nº 144/2025, en la cual analizamos las directivas comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las mismas, así como la legislación estatal y autonómica aplicable al caso.

A continuación, aplicaremos esas consideraciones a la convocatoria concreta objeto de impugnación, partiendo de la aplicación al caso de la Directiva 24/2014; esta no resulta controvertida, dado que ambas partes motivan tanto el recurso como el informe a este, en cómo ha sido aplicado lo señalado en el artículo 11.6 y Disposición adicional 49ª de la LCSP y en la normativa autonómica de desarrollo. Normativa esta que traspone al derecho español la citada Directiva 24/2014.

Quinto. En nuestra Resolución de Pleno nº 144/2025, señalamos lo siguiente:

“La jurisprudencia del TJUE en aplicación de la D 2014/24

I.Las sentencias del TJUE de 2 de julio de 2016, C-410/14, asunto Falk Pharma y de 1 de marzo de 2018, C-9/17, asunto Tirkonnen se pronuncian sobre el concepto de contrato público, los requisitos de onerosidad y previa licitación.

En Tirkonnen se señala que:

«El Tribunal ya ha hecho hincapié en 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 y, por consiguiente, al concepto de “contrato público” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de ésta. a, C410/14, EU:C:2016:399, apartado 38).

De ello resulta que la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad

de delimitar mediante las normas precisas de la Directiva 2004/18 la acción de dicho poder adjudicador impidiéndole adjudicar un contrato de modo que favorezca a los operadores nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C410/14, EU:C:2016:399, apartado 37).

Por tanto, en el caso de autos, es preciso determinar si la Agencia eligió una oferta de entre todas las que cumplían los requisitos que había establecido en la convocatoria de licitación» (Considerandos 30, 31 y 32).

Con base en ambas sentencias, una primera aproximación a la cuestión sobre la contratación pública o no de los servicios sociales permite señalar que cuando se permite la participación de todos los prestadores de servicios (siempre que cumplan los requisitos preestablecidos para cada caso) no es exigible el cumplimiento de la normativa contractual, porque no hay contrato.

II. La Sentencia y el Auto Asade

La sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana) dictada en el Asunto C-436/20 aborda el concepto de «contratos públicos», la aplicación de los artículos 74 a 77 de la D 2014/24 y los acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social, en particular, la posible exclusión de los operadores con ánimo de lucro y el lugar de implantación de la entidad como criterio de selección.

El fallo literal de dicha sentencia señala:

1) Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el

valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

2)El artículo 76 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva, la implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas.

Posteriormente, el Auto del TJUE (Sala Novena) de 31 de marzo de 2023, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, C-676/20 vuelve sobre la aplicación de los artículos 74 a 77 de la D 2014/24 y la prestación de servicios sociales y sanitarios mediante la utilización de acuerdos de acción concertada con entidades privadas sin ánimo de lucro y concluye lo siguiente:

Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE 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, deben interpretarse en el sentido de que:

- no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, con observancia de los principios de publicidad, de competencia y de transparencia, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales o sanitarios de interés general, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, cuando la utilización de tales acuerdos persiga satisfacer objetivos de solidaridad, sin mejorar necesariamente la adecuación o la eficiencia presupuestaria de la

prestación de dichos servicios respecto del régimen de aplicación general a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que:

— por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y

— por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

II. Conclusiones tras la jurisprudencia del TJUE en aplicación de la D 2014/24 para la prestación de servicios sociales.

En primer lugar, la D 2014/24 NO resultará de aplicación a la prestación de servicios sociales, cuando su valor estimado no supere los 750.000€. Tampoco cuando con independencia de su valor estimado, nos encontremos en el marco que delimita el último párrafo del Considerando 116 de la D 2014/24:

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

En segundo lugar, para calificar un negocio como contrato o, en su caso para descartar dicha calificación, es irrelevante la denominación literal. La mera indicación de que determinados acuerdos constituyen instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. (Apartados 55 in fine y 56). La jurisprudencia del TJUE, por otro lado, ha insistido en que “(...) al ser el concepto de «contrato

público» un concepto del Derecho de la Unión, la calificación que el Derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia” (STJUE 14 de julio de 2022 -ASADE-).

En tercer lugar, la determinación de la aplicación de la Directiva 2014/24 descansa en varios elementos siendo la naturaleza de los servicios y su prestación retribuida, los primeros a valorar.

Los servicios se prestan a cambio de una retribución cuya característica esencial es ser la contrapartida económica del servicio (Fundamentos 59 y 60). Refuerza esta conclusión, afirma el TJUE, que el considerando sexto de la Directiva 2014/24 declare que solo las actividades económicas...pueden, por tanto, ser objeto de un contrato público de servicios. Ahora bien, dice el Tribunal que “un contrato no puede quedar excluido del concepto de ‘contrato público de servicios’ por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del del servicio”.

En cuarto lugar, la presencia de una entidad sin ánimo de lucro no excluye que dicha entidad pueda ejercer una actividad económica, en el sentido de la Directiva 2014/24, de modo que tal circunstancia carece de pertinencia a efectos de la aplicación de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos... (Apartado 62).

En quinto lugar, a la luz de la doctrina del TJUE previa a la D 2014/24 y de lo indicado en sus Considerandos 4 y 114, cuando el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y procede a designar a uno o varios prestadores, dichos negocios no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación.

Derecho español aplicable

El derecho a considerar para resolver el supuesto que nos ocupa lo constituyen la normativa de la Ley de Contratos del Sector Público y la legislación autonómica.

La Ley de Contratos del Sector Público y la prestación de servicios sociales

El apartado sexto del artículo 11 de la LCSP incluye como negocios excluidos la prestación de servicios sociales en los siguientes términos:

Artículo 11. Otros negocios o contratos excluidos.

6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

A continuación, las Disposiciones Adicionales 48ª y 49ª de la LCSP señalan lo siguiente:

Disposición adicional cuadragésima octava. Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

1. Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición adicional cuarta, los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.

b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

3. La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años.

4. En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a la presente Disposición adicional.

Disposición adicional cuadragésima novena. Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social.

Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

La trasposición de las directivas comunitarias que realiza el legislador español, interpretada a la luz de estas y de la citada doctrina del TJUE comentada, permite establecer las siguientes consideraciones:

1) La prestación de determinados servicios sociales puede realizarse siguiendo el marco establecido por la Disposición adicional 48ª de la LCSP.

Cómo ha de aplicarse dicho precepto viene en él delimitada; fija cuáles pueden ser los servicios sociales objeto de la misma por referencia al CPV, los requisitos a reunir por las organizaciones seleccionadas, la duración del acuerdo y la publicidad del anuncio.

2) En el Derecho español, la prestación de servicios sociales fuera de lo previsto en la Disposición adicional 48ª y la vía residual del artículo 11.6 junto con la Disposición adicional 49ª, a la cual seguidamente haremos referencia, no ha definido un procedimiento de contratación simplificada para los servicios sociales. Posibilidad expresamente prevista para los contratos con valor estimado superior a los 750.000€ en los artículos 74 a 77 de la D 2014/24.

La opción del legislador español se ha limitado a concretar una serie de especialidades para la contratación de estos servicios sociales, las cuales se encuentran dispersas a lo largo del articulado de la Ley de Contratos del Sector Público, más concretamente:

- Su duración superior, artículo 29.4 LCSP

- Dispensa de prestación de garantía en determinados supuestos, artículo 107.1 LCSP

- Obligación de utilizar varios criterios de adjudicación, artículo 145.3 g) LCSP

- Causa específica para aplicar el procedimiento negociado, artículo 167 f) LCSP

- Obligación de prestar el servicio con las características propias de los servicios públicos, artículo 312 LCSP

-Posibilidad de aplicar criterios de adjudicación específicos y deber de garantía de prestación, Disposición adicional 47ª LCSP

3)La prestación de servicios sociales puede realizarse sin necesidad de una previa licitación sujeta a las normas de contratación pública, siempre y cuando se cumpla lo dispuesto en el artículo 11.6 de la LCSP.

El artículo 11.6 de la LCSP traspone al Derecho español la D 2014/24, reproduciendo literalmente el último párrafo de su Considerando 116 anteriormente transcrito. Legislación básica estatal y Derecho comunitario coinciden, de forma que las comunidades autónomas han de respetarlo en su desarrollo legislativo, sin que la Disposición adicional 49ª de la LCSP (igualmente anteriormente transcrita) permita nada más que precisamente eso: su desarrollo con pleno respeto al Derecho comunitario y a su interpretación por el TJUE del cual trae causa.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo dispuesto en el artículo 11.6 de la LCSP y la doctrina del TJUE comentada, algunas conclusiones se pueden extraer para la aplicación de la vía que mantiene abierta el citado artículo 11.6 de la LCSP:

- La legislación de las CCAA ha de producirse dentro de su ámbito competencial;*
- La articulación de instrumentos no contractuales ha de desarrollarse mediante la aprobación de la normativa correspondiente, normalmente norma con rango de ley y desarrollo reglamentario;*
- Las condiciones deben previamente haber sido delimitadas por el poder adjudicador;*
- Inexistencia de límites ni cuotas, es decir, admisión de todos aquellos que cumplan los requisitos previamente fijados. En particular, ausencia de selección de ofertas y esa es una de las claves. Preselección de entidades por definición de requisitos y a partir de ahí aceptación de quienes los cumplan, sin ulterior selección de oferta;*
- El sistema debe garantizar una publicidad suficiente;*

- *Respeto a los principios de transparencia y no discriminación.*

El cumplimiento estricto de los requisitos indicados conduce a considerar que nos encontramos en el ámbito de un acuerdo no contractual, una acción concertada o de contratos open house, que algún autor ha calificado con cierto ingenio como la aldea gala que aún resiste a la expansión del Derecho europeo de contratos públicos.

Sexto. Llegados a este punto, será necesario que analicemos el procedimiento de selección puesto en marcha por el poder adjudicador, para concluir si nos encontramos ante una acción concertada.

En caso afirmativo, la actuación impugnada no será susceptible recurso ante este Tribunal, por falta del presupuesto para ello exigido por el artículo 44 de la LCSP, en particular, por no tratarse de un contrato susceptible de recurso procediendo la inadmisión con base en el artículo 55 c) de la LCSP. En caso contrario, el recurso deberá ser admitido.

En cuanto, al primer requisito exigible: *La legislación de las CCAA ha de producirse dentro de su ámbito competencial*, este concurre en el caso concreto.

El fundamento jurídico para alcanzar la anterior conclusión se encuentra en el artículo 30.15 de la Ley Orgánica 1/2007., de 28 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Illes Balears, que atribuye competencia exclusiva en acción y bienestar social.

En cuanto al segundo de ellos, relativo a que *“la articulación de instrumentos no contractuales deba desarrollarse mediante la aprobación de la normativa correspondiente, normalmente norma con rango de ley y desarrollo reglamentario”*, igualmente se reúne.

En efecto, la convocatoria se basa en la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la comunidad autónoma de las Illes Balears y en el Decreto 48/2017, de 27 de octubre.

En concreto, el artículo 4 apartado primero de la Ley 12/2018 determina que con una periodicidad anual deben planificarse los servicios que pueden prestarse mediante acción

concertada. Identifica en su anexo, entre otros, el servicio de entrega de comida a domicilio. A continuación, de forma separada sin llegar a identificarlos con aquellos, hace referencia a los servicios de interés económico general, fijando unos criterios para su prestación que luego se generalizan en el artículo 6, cuando se definen el procedimiento de concertación y los criterios de preferencia.

Llegados a este punto, podemos concluir que con una técnica harto cuestionable el legislador autonómico en lugar de identificar claramente qué servicios pueden prestarse bajo la modalidad de acción concertada, lo difiere a una planificación futura en la cual además incluye a los servicios de interés económico general. Siguiendo esa línea de razonamiento, podemos considerar que los servicios cuya prestación es objeto de recurso, incluyen el servicio de asistencia a domicilio a personas en situación de dependencia, pues el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de marzo de 2024 aprueba entre los servicios a concertar en ese ejercicio la prestación de ayuda a domicilio para personas en situación de dependencia y los servicios de interés económico general.

En cuanto al tercer requisito, este exige que *“las condiciones deben previamente haber sido delimitadas por el poder adjudicador”*;

Toda la norma legal y reglamentaria citada en las bases de la convocatoria identifica los servicios objeto de prestación bajo el denominador común de servicio de ayuda a domicilio, sin añadir mayor detalle.

Es necesario acudir a los pliegos de la convocatoria para identificar las prestaciones incluidas bajo la denominación de servicio de ayuda a domicilio. Se trata de un elenco muy variado cuya concreción además se difiere a la ejecución (apartado 4.2.3) y depende de una previa valoración de la persona y su entorno y del grado de dependencia, es decir, en función de este, se asignan horas:

“ANEXO II

Intensidad del servicio de ayuda a domicilio según grado de dependencia

Grado III. Gran dependencia: entre 65 y 94 horas mensuales.

Grado II. Dependencia severa: entre 38 y 64 horas mensuales.

Grado I. Dependencia moderada: entre 20 y 37 horas mensuales”.

Como decíamos, los pliegos de la convocatoria identifican como prestaciones las siguientes:

“4. Funcionamiento del servicio

4.1. Características técnicas del SAD. Descripción de tareas.

De acuerdo con el que establece la normativa reguladora, máxime el convenio colectivo vigente del sector del servicio de ayuda a domicilio de las Islas Baleares y las especificaciones de la Norma UNE 58301:2007, de gestión del servicio de ayuda a domicilio, el SAD asignado mediante la resolución de prestación puede adoptar las tareas siguientes:

4.1.1. Tareas de atención personal

a Tareas de atención y cuidado personal.

Higiene y cuidado personal: estas tareas sólo se tienen que llevar a cabo cuando la persona usuaria no las pueda desarrollar por sí misma, consiste al apoyar a la persona en las actividades siguientes: lavado corporal completo o parcial; ayuda para acceder al baño o la ducha; apoyo para peinarse, lavarse los dientes, aplicación de cremas, afeitarse, corte de uñas (siempre que no se trate de personas con diabetes u otras contraindicaciones); apoyo en el cambio de ropa (vestirse y desvestirse) y Son aquellas que se refieren a procesos de adquisición y/o recuperación de hábitos de la vida cotidiana y que tienen que ver con la higiene, la alimentación, el cuidado de la salud, la organización del hogar, la organización de la economía familiar, el acompañamiento en varios contextos y espacios. Tienen por objetivo posibilitar la autonomía personal, el envejecimiento activo y la participación en servicios y actividades comunitarias de carácter educativo,

terapéutico o social. Las tareas concretas que se pueden prescribir son las siguientes:

- Nutrición y alimentación: apoyar y ayudar en el cumplimiento de las indicaciones del sistema sanitario para una nutrición correcta y el mantenimiento de hábitos saludables.*
- cuidado de la propia salud: apoyar en el seguimiento de pautas de observación del propio estado de salud y atención a los controles médicos periódicos.*
- Autosuficiencia en la gestión del hogar:*

Desarrollo de actividades relacionadas con la gestión y el funcionamiento de la unidad de convivencia, y procedimientos de administración y control de gastos del domicilio.

✓ Ayuda para el aprendizaje en el uso de electrodomésticos, como pueden ser: microondas, vitrocerámica, lavavajillas, etc.

✓ Ayuda para el aprendizaje básico en el uso de dispositivos tecnológicos, como pueden ser: teleasistencia , teléfonos móviles, app u otros tics que ayudan a fomentar la socialización y autonomía de la persona.

✓ Apoyo en el uso adecuado de enseres y productos para la limpieza y la orden.

• Socialización y participación: motivar a la persona beneficiaria a participar en actividades diversas (centro de día, casales...) y de relacionarse con la red vecinal y comunitaria ya sea de forma presencial o mediante el uso de las nuevas tecnologías.

• Estimulación de las capacidades de la persona para potenciar su autonomía: facilitar la realización de actividades y ejercicios para el mantenimiento y el mejoramiento de las capacidades cognitivas, ocupacionales y sociales en el

domicilio, con apoyos y material como por ejemplo prensa, libros de lectura o de entrenamiento

Desarrollo de actividades relacionadas con la gestión y el funcionamiento de la unidad de convivencia, y procedimientos de administración y control de gastos del domicilio.

✓☐Ayuda para el aprendizaje en el uso de electrodomésticos, como pueden ser: microondas, vitrocerámica, lavavajillas, etc.

✓☐Ayuda para el aprendizaje básico en el uso de dispositivos tecnológicos, como pueden ser: teleasistencia , teléfonos móviles, app u otros tics que ayudan a fomentar la socialización y autonomía de la persona.

✓☐Apoyo en el uso adecuado de enseres y productos para la limpieza y la orden.

- Socialización y participación: motivar a la persona beneficiaria a participar en actividades diversas (centro de día, casales...) y de relacionarse con la red vecinal y comunitaria ya sea de forma presencial o mediante el uso de las nuevas tecnologías.*

- Estimulación de las capacidades de la persona para potenciar su autonomía: facilitar la realización de actividades y ejercicios para el mantenimiento y el mejoramiento de las capacidades cognitivas, ocupacionales y sociales en el domicilio, con apoyos y material como por ejemplo prensa, libros de lectura o de entrenamiento cognitivo, manualidades o actividades similares.*

- Apoyo y descarga a los cuidadores no profesionales que den atención a la persona usuaria.*

- Detección de cambios en la situación de las personas y aparición de nuevas necesidades, tanto individuales como de su entorno.*

- *Observar y detectar las necesidades y las situaciones de riesgo de la persona o del entorno familiar, informar los responsables del caso, y apoyar y hacer el seguimiento de las pautas prescritas ante situaciones de conflicto que se puedan generar en la familia.*

- *Aplicación de técnicas de prevención de accidentes y, en caso necesario, de primeros auxilios. Ante la existencia de una urgencia vital, se tiene que comunicar a los servicios competentes y a la familia para poner en marcha los mecanismos de actuación previstos.*

c) Tareas preventivas y de detección.

Todos los servicios de atención personal incluirán, con carácter transversal, tareas preventivas de observación de la situación y seguimiento del estado de la persona usuaria y de su entorno. Estas tareas preventivas incluirán:

□□Apoyo y descarga a los cuidadores no profesionales que den atención a la persona usuaria.

- *Detección de cambios en la situación de las personas y aparición de nuevas necesidades, tanto individuales como de su entorno.*

- *Observar y detectarlas necesidades y las situaciones de riesgo de la persona o del entorno familiar, informar los responsables del caso, y apoyar y hacer el seguimiento de las pautas prescritas ante situaciones de conflicto que se puedan generar en la familia.*

- *Aplicación de técnicas de prevención de accidentes y, en caso necesario, de primeros auxilios. Ante la existencia de una urgencia vital, se tiene que comunicar a los servicios competentes y a la familia para poner en marcha los mecanismos de actuación previstos.*

c) Tareas preventivas y de detección.

Todos los servicios de atención personal incluirán, con carácter transversal, tareas pre-ventivas de observación de la situación y seguimiento del estado de la persona usuaria y de su entorno. Estas tareas preventivas incluirán:

✓ Relaciones familiares y/o sociales: relaciones conflictivas y/o violencia en el núcleo

familiar o de convivencia, indicios de maltratos, aislamiento social.

La detección de situaciones de riesgo se realizará, además de la observación e intervención directa diaria, mediante el uso de escaleras estandarizadas que permitan medir los cambios. El uso de estas escaleras puede ser llevado a cabo por la coordinación técnica o profesionales de apoyo, además del personal de atención directa (TF). Las escaleras que preferiblemente se utilizarán son las siguientes: Escalera de Barthel para las actividades básicas de la vida diaria; Escalera de Lawton & Brody para las actividades instrumentales de la vida diaria; Test de Pfeiffer para el deterioro cognitivo; Test de Downton para el riesgo de caídas; Escalera de Edmonton para evaluar la sintomatología en la salud; Escalera de Zarit y otras que se consideren adecuadas para valorar las diversas situaciones.

La detección de situaciones de riesgo o de cambios en la situación de la persona y su entorno tienen que quedar registradas en el expediente personal, al programa informático y comunicadas a la Trabajadora Social de referencia de la Xara Pública de Atención a la Dependencia. La comunicación de las situaciones de riesgo y cambio es una obligación de los profesionales del SAD. El plan de trabajo, el establecimiento de objetivos y la intervención en los casos de situaciones de riesgo, lo harán de forma conjunta la entidad prestamista del servicio con coordinación con lo/la Trabajador/a Social de referencia de la entidad prestamista del servicio con coordinación con lo/la Trabajador/a Social de referencia de la Xara Pública de Atención a la Dependencia, valorando conjuntamente en cada caso y según los indicadores de riesgo, la línea de intervención que se llevará a cabo.

Quedan excluidas las tareas de carácter sanitario y rehabilitadoras , y todas las que impliquen una capacitación específica del auxiliar diferente de la requerida para sus funciones:

- Curas de enfermería, inyectables, colocación o retirada de sondas, manipulación de aparatos que requieren conocimientos profesionales específicos, tomada de la tensión, suministro de medicación que requiera cierta especialización, y actuaciones podológicas si hay riesgo para la salud.*
- Movilizaciones fuera del hogar si no se dispone de los medios necesarios o si hay barreras arquitectónicas que supongan riesgo para la integridad física tanto de la persona usuaria como del o la profesional.*

4.1.2. Tareas de atención doméstica Actividades de organización, mantenimiento del hogar e información sobre hábitos higiénicos saludables para garantizar las condiciones adecuadas de habitabilidad, higiene y orden, que se tienen que desarrollar de manera complementaria a las anteriores y siempre que la persona usuaria no tenga capacidad para hacerlas independientemente o con apoyo de familiares:

- Limpieza o apoyo en la limpieza cotidiana de la vivienda, con los productos adecuados, para el mantenimiento y la salubridad (barrida y frotadura de suelos, limpieza del polvo, sanitarios, cocina, etc.). Retirada de escombros de manera selectiva, siempre que sea posible compaginar los horarios de autorización de uso de contenedores con el horario de prestación del servicio.*
- cuidado y limpieza de la ropa y la lencería, ajenamiento de la cama y cambio de sábanas, si es necesario, planchada y organización de la ropa dentro del hogar.*
- Apoyo en el control de existencias, compra y almacenamiento de alimentos, manipulación y elaboración de menús de acuerdo con las necesidades nutricionales y la dieta establecida.*

- *Apoyo en las tareas de mantenimiento básico (cambio de bombillas, sustitución de pilas, etc.).*

Es responsabilidad de la persona beneficiaria del servicio de disponer en su domicilio de los enseres y productos necesarios para la realización de los trabajos de limpieza.

Quedan excluidas las tareas siguientes:

- *Tareas que puedan suponer un riesgo para el auxiliar del hogar, de acuerdo con la legislación laboral vigente.*
- *Atención a otros miembros del núcleo familiar que residan al mismo domicilio y no sean usuarios del servicio, y limpieza de las zonas comunes de la comunidad de vecinos.*
- *cuidado y atención de animales de compañía. En todo caso, si tiene alguno, la persona usuaria lo tiene que mantener en una habitación cerrada mientras el auxiliar esté en el domicilio. Quedan excluidos de esta obligación los canes de asistencia que regula la Ley 1/2014, de 21 de febrero.*
- *Ciertos arreglos en la casa: pintura, grifos, enchufes, etc.*

Prestación del servicio fuera de las horas estipuladas, a excepción de situaciones de emergencia y en que no se disponga de algún familiar o apoyo”.

Una rápida lectura nos permite incluirlos en la categoría de servicios sociales. Incluso incluibles dentro de las categorías de Servicios de suministro de personal doméstico y Servicio de suministro de personal de enfermería, las cuales se enumeran dentro de los servicios sociales cuyos CPV figuran en la Disposición adicional 48ª de la LCSP. Con ello queremos decir que las prestaciones están definidas y que incluso podrían haber sido objeto de licitación siguiendo el procedimiento de la Disposición adicional 48ª de la LCSP, sin necesidad de acudir al concierto, que es un procedimiento en franco retroceso tras las resoluciones dictadas por el TJUE *Asade I* y *Asade II*.

El cuarto requisito es la:

“Inexistencia de límites ni cuotas, es decir, admisión de todos aquellos que cumplan los requisitos previamente fijados. En particular, ausencia de selección de ofertas y esa es una de las claves. Preselección de entidades por definición de requisitos y a partir de ahí aceptación de quienes los cumplan, sin ulterior selección de oferta.

Dicho requisito ha de ponerse en contexto.

En nuestra resolución de Pleno nº 144/2025, pusimos el foco en la ausencia de selección de ofertas y no en la financiación del sistema, dado que aquella era la clave para la estimación del recurso especial.

En este caso, debemos hacer un análisis más completo.

En efecto, el artículo 11.6 de la LCSP señala (el subrayado es nuestro).

“6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”.

Y decimos que debemos hacer un análisis más completo, porque las cláusulas del pliego evidencian que no nos encontramos ante una simple financiación, sino que existe un potencial “copago” del servicio por el receptor de este.

En efecto, la cláusula **4.3 señala:**

“Participación económica de las personas usuarias

Las personas usuarias participarán en la financiación del servicio según su capacidad económica y el coste del servicio, de acuerdo con la normativa

autonómica sobre la determinación de la capacidad económica y la participación en los costes.

Corresponde a la entidad prestamista del servicio el cobro del copago que tiene que abonar cada persona usuaria mensualmente según el número de horas prestadas y la modalidad, con la justificación correspondiente. Esta aportación se tiene que descontar del coste total para facturar a la Administración”.

La documentación aportada junto con el expediente no acredita el coste del servicio; el denominado presupuesto base de licitación, que cuestiona el recurrente es en realidad la identificación de la cifra máxima de crédito disponible y por otra parte se fija la cifra de coste hora (25,15€/hora sin IVA para las horas de atención personal y 26,16 €/hora para las horas de atención doméstica o del personal).

En efecto, el apartado 11 de las bases de la convocatoria indica que la cuantía máxima prevista es 2.733.694€. Indica que es un valor estimativo, con carácter orientativo y no vinculante, que se fija solo a efectos de publicidad.

Por otra parte, la participación económica de las personas usuarias no está determinada en la documentación publicada o referida por la convocatoria.

Con ello, se suscita la duda sobre el carácter oneroso de la prestación, elemento consustancial para que la jurisprudencia del TJUE considere que nos encontremos ante un contrato de servicios y no ante una posible prestación mediante acción concertada.

Ahora bien, este Tribunal considera que la referencia a que “*Las personas usuarias participarán en la financiación del servicio según su capacidad económica y el coste del servicio*”, debe entenderse en el sentido de que dicha participación está doblemente condicionada a no superar el coste del servicio y a que la capacidad económica del perceptor sea superior a la media.

Siendo ello así, mayor problema plantea de nuevo el elemento de selección, la “*Inexistencia de límites ni cuotas, es decir, admisión de todos aquellos que cumplan los requisitos previamente fijados. En particular, ausencia de selección de ofertas y esa es una de las*

claves. Preselección de entidades por definición de requisitos y a partir de ahí aceptación de quienes los cumplan, sin ulterior selección de oferta”.

La preselección de entidades por definición de requisitos se cumple y así se definen en los apartados 4 y 5 de las Bases de la convocatoria. En ese sentido el sistema es impecable porque perfila de antemano los requisitos para la acreditación/autorización previa de las entidades por referencia a la legislación autonómica aplicable: Ley 4/2009, de 11 de junio, Ley 12/2018 y Decreto 48/2017, de 27 de octubre.

No tiene razón en ese sentido la recurrente cuando cuestiona la exclusión de entidades del sector privado.

En efecto, el último párrafo del apartado cuarto de las bases de la convocatoria indica que:

“los conciertos podrán suscribirse además de con las entidades del tercer sector de acción social que presten el servicio del concierto y lo soliciten con todas las personas físicas o jurídicas del sector privado, con ánimo de lucro o sin, sea cual sea la forma jurídica que adopten, que presten los servicios objeto del concierto y lo soliciten expresamente en los plazos y en la forma que se determinen.

Tampoco se entiende el argumento de la recurrente que reconduce la prestación de servicios en cuestión a un contrato de servicios, por el mero hecho de que se exija a las empresas interesadas en participar una declaración de no encontrarse incurso en prohibición para contratar, pues dicha exigencia se encuentra acogida en normativa en materia de concesiones demaniales o subvenciones (aportar o acreditar no encontrarse incurso en prohibición para contratar) sin que de ello se derive discusión alguna sobre su naturaleza jurídica como subvención o concesión, en ningún caso como contrato administrativo.

Mayores problemas sin embargo presenta el criterio de preferencia, que acoge el apartado 7 de la convocatoria.

El apartado 7 señala:

“7. Ofertas de las entidades y criterios de preferencia

7.1. En el supuesto de que no haya la disponibilidad presupuestaria suficiente para atender toda la oferta para el servicio de ayuda a domicilio para personas en situación de dependencia, el órgano instructor tiene que dar cumplimiento en el artículo 6.3 de la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la comunidad autónoma de las Illes Balears, por lo cual a la hora de asignar las horas objeto de concierto se aplicarán los criterios siguientes:

- El arraigo de la persona en el entorno de atención y las condiciones de atención que requiere. Se entiende como arraigo si las horas solicitadas se prestan en la actualidad por la entidad solicitante a personas usuarias de la zona por la cual se convoca el concierto, de acuerdo con el qué prevé el artículo 19.1. del Decreto 48/2017, de 27 de octubre, dado que la persona usuaria ya tiene una relación de confianza con la entidad y su personal que justifica la aplicación de este criterio de preferencia.*
- La implantación de la entidad en la zona territorial en la cual se tiene que prestar el servicio y el grado de implantación. Se tendrá en cuenta el tiempo de gestión del servicio objeto del concierto en la Mancomunidad del Pla de Mallorca como segundo criterio para asignar las plazas.*

7.2. Dado que se trata de un servicio declarado de interés económico general en el que pueden participar entidades privadas con ánimo de lucro, siempre que existen análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, así como de eficiencia presupuestaria, para formalizar los acuerdos de acción concertada tienen preferencia las entidades del tercer sector de acción social”.

La aplicación de los dos números del apartado 7 parece inversa a la sistemática seguida.

Su apartado 7.2 declara la preferencia a favor de las entidades del tercer sector de acción social “*siempre que existen análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, así como de eficiencia presupuestaria*”.

Por otra parte, el apartado 7.1 establece un criterio de selección entre entidades, atendiendo a una condición de la entidad, su experiencia e implantación previa sin motivar el segundo de ellos.

Ciertamente es comprensible que, por motivos presupuestarios, crédito disponible, a partir de un umbral no pueda continuarse prestando el servicio de asistencia a domicilio, como literalmente indica el apartado 7.

En todos ellos se trata de un criterio para asignar las plazas. Llegamos a esta conclusión teniendo en cuenta la redacción literal del segundo criterio del apartado 7.1 cuando señala: *como segundo criterio para asignar las plazas.*

La Administración no está por tanto seleccionando ofertas y esa es la clave para entender que estamos ante una acción concertada y no ante un contrato de servicios.

La oferta que presentan las entidades acreditadas interesadas en participar no existe como tal, se trata de una pura y dura asunción de todas las prestaciones cuyo listado figura en el PPT de las bases de la convocatoria y al cual hemos hecho referencia con anterioridad en el cuerpo de esta resolución.

No hay pues criterios de adjudicación que puntúen las ofertas presentadas para permitir la selección de las mejores, a diferencia del supuesto que analizamos en nuestra Resolución de Pleno nº 144/2025.

Hay un criterio de preferencia lógico aplicable por motivos presupuestarios, de crédito disponible, por encima del cual la Administración no puede continuar prestando el servicio. No hay selección de oferta cuando por motivos presupuestarios las bases se limitan a establecer criterios de preferencia entre las entidades previamente autorizadas.

Volviendo al Derecho Comunitario. Debemos tener en cuenta que los procedimientos mediante los cuales el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y a designar el operador u operadores a los que se otorga la exclusividad del contrato no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (STJUE de 14 de julio de 2022 ASADE I, § 68).

La comparación de ofertas como elemento necesario para someter a la Directiva el contrato ya se recoge en la vigencia de la Directiva 2002/4/18. STJUE de 2 de junio de 2016 FALK PHARMA § 36 a 42.

Existe contratación, por lo tanto, cuando se selecciona una oferta (y como dice la STJUE FALK PHARMA, “por lo tanto, un adjudicatario”). Es decir, para que exista “contratación”, en el sentido de la Directiva, es necesario que se seleccione una oferta -lo que implica seleccionar un adjudicatario, por lo que la imposición de requisitos de participación (artículo 58.1 de la Directiva 2014/24) no hace que nos encontremos ante una “contratación” si no se sigue el siguiente paso, la selección de la oferta.

Ahora bien, la legalidad presupuestaria impondrá límites a la capacidad de financiación de la acción concertada por la Administración que la impulse. Lo que implica necesariamente una selección, en tanto no todas las “ofertas” (en sentido amplio, número de prestaciones puestas a disposición de la Administración por los participantes que manifiesten interés y reúnan los requisitos establecidos para participar) pueden ser financiadas.

Por lo tanto, y siendo indispensable limitar el número de prestaciones a financiar, entendemos que es posible imponer “*criterios de preferencia*” (así los denomina el artículo 14 del Decreto 48/2017 de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales de Baleares).

Teniendo en cuenta lo anterior, al faltar un requisito esencial para calificar el contrato de servicios, consideramos que nos encontramos ante una acción concertada excluida de la aplicación de la Ley de Contratos, con base en lo dispuesto en el artículo 11.6 de la LCSP y en la jurisprudencia del TJUE.

Como acción concertada no figura dentro de las actuaciones susceptibles de revisión por este Tribunal, pues el recurso especial en materia contractual se contrae a las actuaciones expresamente enumeradas en el artículo 44.2 de la LCSP, procediendo por ello la inadmisión del recurso especial con base en el artículo 55 c) de la LCSP.

Ello no implica que la convocatoria y sus pliegos estén excluidos de todo control pues este existe vía recurso ordinario y ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Son dichos órganos a quienes compete resolver, entre otras cuestiones, tanto la legalidad de los criterios de preferencia seleccionados, como la suficiencia de la publicidad.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J. M. H., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) frente a la Resolución de la Consejera de Familias y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 29 de agosto de 2024 por la cual se establece la *“convocatoria de acción concertada del servicio de ayuda a domicilio para personas en situación de dependencia en la Mancomunidad Pla de Mallorca con entidades de iniciativa privada que tengan acreditado el servicio de ayuda a domicilio”*.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES