

Com millorar la col·laboració público-privada en el finançament de les concessions de serveis públics

Introducció

La Unió Europea tornarà a l'ortodòxia pressupostària dels seus estats, un cop finalitzada la fase post-Covid i amb ell s'acabaran els fons europeus Next Generation.

Els països, com el espanyol, amb dèficits pressupostaris crònics, alt endeutament públic i amb fortes pressions d'augment de la despesa social, tindran dificultats per poder complir les directrius europees i es veuran avocats a una dràstica reducció de la inversió i despesa públiques, incloent despesa social.

Aquesta previsible menor inversió pública, especialment pel que fa a infraestructures de serveis públics, només pot ser compensada per part de la iniciativa privada.

La realitat actual de projectes d'inversió finançats amb iniciativa público-privada és molt minsa, tal com ho testifica l'últim informe de "OIReScon-Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación" a Espanya. A més cal considerar que està força per sota de la resta de països de la Unió Europea.

Les raons que poden justificar aquesta manca de col·laboració público-privada i de la proliferació de noves Inversiones concessionades son de caràcter polític, jurídic, financer i econòmic.

Davant d'aquesta situació, cal fer aportacions que reforcin el foment de la iniciativa privada per a nous projectes d'infraestructures i serveis, en la millora de la governança i en el posicionament polític i social de la col·laboració público-privada, en l'adequació dels processos de licitació pública a la realitat actual, en la facilitació de l'adaptabilitat de les concessions actuals a les condicions canviants i millora de la finançabilitat dels projectes, tant des de la perspectiva d'unes condicions atractives de rendibilitat com de la pròpia seguretat jurídica dels projectes.

Concepte de col·laboració público-privada (CPP)

La CPP és l'estructura jurídica que regula la relació entre l'Administració i un operador per al desenvolupament i gestió d'una infraestructura d'interès públic o bé d'un servei públic, quina titularitat i responsabilitat correspon a l'Administració, mentre que la gestió correspon al privat.

La CPP té tres elements consubstancials: a) una relació contractual de llarg termini; b) el finançament del projecte per l'operador privat; y c) una distribució de riscos entre l'Administració i l'operador privat, però aquest últim ha d'assumir els riscos vinculats a l'explotació de la infraestructura o del servei públic, amb risc de demanda o risc de disponibilitat.

Aquesta relació CPP pot articular-se en base a: a) una relació contractual (concessió d'obra o servei, demanial, drets de superfície, concerts, convenis,...; b) una relació institucional (empresa mixta, consorcis, fundació público-privada,...).

Les concessions son la forma més característica, habitual i consolidada històricament de CPP.

Els avantatges de la CPP es fonamenten en: a) major mobilització de recursos financers, humans i tècnics per als desenvolupament dels diferents projectes; b) major eficiència en l'ús dels recursos, al disposar de més economies d'escala de dimensió i d'experiència; c) millora de la qualitat de la prestació dels serveis, major nivell de tecnologia i innovació, i major agilitat en la implementació de solucions.

Evidentment la CPP ha d'estar ben gestionada pel concessionari i no es pot permetre que no sigui així i que això provoqui desconfiança entre l'administració concedent, el sector privat i l'opinió pública.

En aquest sentit cal reforçar a les administracions, la consciència que elles son les propietàries de les infraestructures i responsables finals, i que el sector privat és el gestor temporal, i per altra banda reforçar la necessitat d'un mecanisme de control sobre la concessió i sobre la gestió del concessionari, per tal de que s'ajusti al contemplat en el plec del concurs.

CPP en Espanya

La realitat és que mai s'havia parlat tant de CPP però en canvi mai s'havia fet tant poc.

La OIRESCON, que és la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación" a Espanya, ha publicat el passat novembre del 2023 un informe sobre els contractes de concessió, i que va ser recollit posteriorment en l'Informe Anual de Supervisió del 2023, que ha estat publicat el mes de juliol d'aquest any.

La conclusió és demolidora: no hi ha CPP per al desenvolupament d'infraestructures. Les concessions d'obres i serveis només representen un 5% de l'import de la contractació pública adjudicada en el 2023, mentre que la mitjana de la Unió Europea se situa en un 12%. O sigui que estem a la cua de la CPP a la UE.

Pel que fa a la distribució per administracions, destaca la municipal amb un 51%, l'autonòmica amb un 48%, si bé amb una inversió rellevant conjuntural en carreteres a Aragó i l'estatal solament un 0,2%, mentre que en el 2022, la municipal va ser un 82%, l'autonòmica un 15% i l'estatal un 3%.

Està clar que l'Administració central de l'Estat, on es localitzen les principals obres d'infraestructures del país, no practica la CPP.

Possibles raons de la baixa CPP a Espanya

Entorn polític-social. En primer lloc cal esmentar que des dels diferents estaments polítics no s'ha emfatitzat els avantatges que la involucració de la iniciativa aporta als projectes d'inversió i

no s'ha generat les condicions d'entorn polític-social i d'imatge pública que pogués facilitar la CPP. Més aviat s'han llençat missatges negatius sobre experiències molt concretes i no representatives.

Així mateix, hi ha hagut algun exemple de CPP que ha significat un cert desprestigi per a la mateixa, com per exemple les concessions de les Autopistes Radials de Madrid. En aquest cas, que resulta excepcional, es van donar una sèrie de factors que van determinar la viabilitat dels projectes. En primer lloc, un projecte tècnic no perfeccionat i no consensuat del tot de forma política i socialment amb el territori, després també una problemàtica amb un augment excepcional del cost de les expropiacions arrel d'una decisió judicial i finalment una demanda de trànsit inferior a la prevista. Tot això va afavorir la fallida d'aquestes concessions.

Disponibilitat de recursos públics. El fet que ens últims anys els pressupostos públics han estat folgats, bàsicament degut als Next generation fons europeus, ha facilitat que s'hagi optat preferentment per la contractació pública que no per la CPP.

Rendibilitat dels projectes. Un cop superat aquest aspecte i amb determinació al llançament d'un projecte de CPP, ens trobem que la rendibilitat dels projectes d'inversió licitats és insuficient. I en aquest punt ens hem de referir a la inoportuna i totalment desencertada Llei 2/2015 de desindexació de l'economia espanyola, que ha acabat condicionant el futur de la CPP a Espanya.

En aquesta normativa es recull que si la concessió d'obres o de serveis supera els cinc anys, la seva durada màxima no podrà excedir del temps raonable per tal de que el concessionari recuperi les inversions realitzades, juntament amb un rendiment sobre el capital invertit.

Aquesta norma pot tenir sentit quan s'aplica a concessions d'infraestructures, intensives en capital, però no té sentit en concessions de serveis, que es basen en la continuïtat i qualitat de servei, però no en la inversió a realitzar.

Si bé aquest període de recuperació de la inversió determina la durada de la concessió i per tant la rendibilitat del projecte. Aquest període es calcula amb una fórmula matemàtica, però la taxa de descompte a aplicar serà el rendiment mitjà del deute de l'Estat a 10 anys més un diferencial de 200 punts bàsics. Per a projectes finançats amb fons Next-Gen en l'any 2020 es va fixar que aquest diferencial podria arribar a ser d'uns 300 punts bàsics. Aquesta regulació no té cap sentit i provoca que els projectes quedin foren de la rendibilitat del mercat a cada moment.

La rendibilitat dels projectes ja ve determinada per la pròpia competència que hi ha en el mercat a través de les licitacions públiques, però a més en qualsevol cas hauria d'estar referenciada als riscos assumits pel concessionari i la realitat del mercat de capitals i financer.

Sembla que es ve a simplificar el concepte de la CPP a un mer projecte de finançament a llarg termini d'infraestructures, quan hi pot haver un risc de construcció i en qualsevol cas hi ha un risc de gestió i de demanda de l'activitat.

Derogació de la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració (RPA) i Clàusula Step-in. La Llei 40/2015 va derogar la garantia implícita de l'Estat sobre les inversions no amortitzades, que en el seu dia s'havia incorporat en els projectes de construcció de noves autopistes de peatge en els anys 60 i que d'alguna manera facilitaven el finançament d'aquests projectes. Aquesta RPA reconeixia al concessionari el dret a recuperar de l'Administració concedent el valor de la inversió neta no amortitzada solament en el cas de resolució anticipada del contracte per fallida de la concessió.

Aquest constitueix un handicap addicional per aconseguir viabilitzar alguns projectes d'inversió, amb aquest canvi sobtat dels riscos a assumir pels finançadors dels projectes.

Per compensar parcialment l'anterior, es va regular en la Llei dels Contractes del Sector Públic la clàusula anomenada "step-in" que permeten a les entitats financeres que han donat suport a un projecte d'inversió, en el marc d'una concessió, substituir a un concessionari en dificultats econòmiques per un altre concessionari més solvent quan el concessionari actual es trobi en possibilitats de poder entrar en un concurs, sempre i quan aquesta clàusula estigui recollida en els plecs del concurs de la concessió i després també en els contractes de finançament.

Manca de seguretat jurídica dels contractes. Hi ha una manca de doctrina generalitzada per part de les administracions així com de l'administració de justícia sobre el concepte de "risc i ventura" i també sobre el "manteniment de l'equilibri econòmic-financer de les concessions. I això s'ha pogut comprovar amb la recent negativa experiència del Covid.

Covid és un cas de força major i un fet imprevisible que ha alterat l'equilibri econòmic-financer de les concessions, les quals tenen una vida limitada i una regulació de les condicions econòmiques de la concessió que els impedeix poder-se recuperar del fort impacte negatiu a la seva activitat pel Covid al llarg del període de la concessió. Hi ha hagut decisions sorprenents per part de les diverses administracions i també per part de Tribunals, que han denegat el dret al reequilibri, mentre que altres sí que l'han reconegut. Suposem que en algun moment el Tribunal Suprem dictarà jurisprudència definitiva, sense descartar haver d'acudir a la justícia europea.

Un dels fonaments, entenem de bona fe, de la Llei de desindexació de l'economia, en aquella època, en un país en recessió econòmica, però al mateix temps amb inflació, va ser de desvincular la revisió de les tarifes respecte de la inflació pels nous contractes. Aleshores les administracions concedents no poden contemplar una fórmula de revisió de les tarifes en base a l'IPC, com es venia fent fins aleshores, sinó que han d'"inventar-se" una fórmula de revisió en base a la variació dels principals costos de l'activitat (ma d'obra, energia, matèries primeres,...).

Això comporta adjudicar a les administracions una responsabilitat addicional que incomoda, especialment a les administracions locals, que algunes tenen pocs recursos tècnics, donada la subjectivitat implícita de determinar la variació dels preus dels components del servei. Tot això en front a una fórmula de revisió d'un percentatge de l'IPC que és regularment fixat en el BOE i que no comporta cap tipus de dubte.

En un nou projecte d'inversió a llarg termini, es valora la fórmula de revisió sota el principi de neutralitat financera, amb la qual cosa no aporta cap tipus d'avantatge des del punt de vista del sector públic. Si es volia fer un gest mediàtic a futur hagués estat més fàcil posar un percentatge de revisió de l'IPC per sota del 100%, però que sempre hagués tingut neutralitat financera.

Al final aquesta mesura legal ha suposat trasllada al concessionari incertesa, inseguretat i riscos d'increment de costos a futurs, que finalment se solen traduir en demanar una taxa de descompte més elevada als projectes. I això també es trasllada als finançadors dels projectes, que acabant també aplicant un cost financer superior. En definitiva, no s'ha guanyat res amb aquest canvi legislatiu i en canvi sí que s'ha perdut en inseguretat i major cost.

Un altre aspecte a considerar és la manca de doctrina també en l'adequació del servei a les noves necessitats dels ciutadans i també a l'evolució de la tecnologia, i més quan pot representar inversions significatives, en el marc de contractes de concessió a molt llarg termini (fins a 40 anys). El progrés tecnològic i els hàbits socials poden canviar molt ràpidament, mentre els períodes d'amortització dels contractes son molt llargs. En aquesta situació no està clara quina és la resposta de les administracions de facilitar poder donar les millors respostes als ciutadans.

Des d'un òptica europea, la Comissió s'ha encarregat de preservar una de les seves responsabilitats polítiques i administratives més clares i que és el de la "competència", i en base a això, la Comissió ha posat molts pals a les rodes per procedir a l'allargament de les concessions en contrapartida de noves inversions, modificacions de tarifes i/o qualsevol altra actuació que trenqui l'equilibri econòmic-financer. En una concessió a llarg termini, és raonable pensar que al llarg del temps es farà necessari fer noves inversions que s'haurien de poder compensar.

Iniciatives privades. A Espanya està contemplada la figura de la "iniciativa privada" i això significa que el sector privat pot presentar nous projectes d'interès públic, per tal de que siguin avaluats per les administracions, sota els principis de necessitat, idoneïtat i eficiència. Si aquests projectes son considerats interessants, aleshores l'administració els aprova i llençat un concurs públic.

En contrapartida a l'esforç realitzat, el promotor tindrà el dret a recuperar els costos derivats de la preparació i presentació del projecte i l'obtenció de cinc punts addicionals als obtinguts per l'aplicació dels criteris d'adjudicació establerts en els plecs. Malgrat aquestes contrapartides s'han donat molt pocs a la pràctica.

Propostes per al foment de les CPP

Recolzament polític i institucional. Estimular a les diferents administracions públiques a la utilització de la figura de la CPP, tot considerant l'amplificació de recursos públics i privats que

poden representar i emfatitzant el valor afegit i eficiència que pot aportar el sector privat en matèria de la gestió de les concessions.

En aquest sentit, cal destacar que en el programa presentat per la Presidenta de la Comissió Europea, Ursula Von der Leyen, hi ha un capítol dedicat a la reforma de la normativa europea sobre contractació pública i una aposta per a la CPP, la qual podria ser molt positiu per a la mateixa.

Prestigiar la CPP per part de les administracions públiques i el sector privat davant de l'entorn social i l'opinió pública, i cal defensar un repartiment equitatiu del risc i ventura entre sector públic i privat, així com preservar la seguretat jurídica dels contractes de concessió, donat que el compliment de les regles de joc és un aspecte molt rellevat pels possibles inversors. L'actuació de les administracions i els tribunals davant de la petició de compensació Covid o bé, en el seu dia, l'actuació en front a les inversions en renovables, no faciliten l'incentivació d'inversors per a nous projectes.

Modificació de la Directiva Europea. Hi ha necessitat de definir més clarament el "risc operacional", que ha de ser assumit pel concessionari en el marc d'un contracte de concessió, que pot ser risc de demanda, de subministrament o ambdós, per tal d'evitar a futur interpretacions diferents per les diferents administracions i concessionaris.

Així mateix seria desitjable una major concreció del que s'entén com a "equilibri econòmic-financer", també a fi i efecte de reduir incertesa per a tots els actors que intervenen en una concessió i evitar discussions estèrils.

Tanmateix, seria interessant una major flexibilitat a les administracions concedents per poder allargar els terminis dels contractes de concessió al disposar de contrapartides en matèria d'inversió addicional, a petició de les administracions, per a satisfer necessitats de les mateixes, ja siguin d'elles mateixes o bé derivades de progrés tecnològic i de canvi d'hàbits socials.

Modificar la Llei de desindexació de la economia espanyola. Eliminar la condició de que el període de recuperació de la inversió en una concessió estigui determinat per una rendibilitat màxima basada en el rendiment del bo espanyol a llarg termini més 200 punts bàsics, sempre i quan en el corresponent procés de licitació es constati que hi ha hagut competència, la qual garanteix que la rendibilitat del projecte guanyador del concurs serà de mercat.

Adicionalment cal modificar la normativa sobre la revisió de la tarifa i tornar-la a referenciar respecte a l'IPC oficial que es publiqui, el qual simplifica el seu càlcul i les discussions associades, així com simplificar l'assumpció de la responsabilitat per part de les administracions. En tot cas, si una administració vol aplicar una revisió de les tarifes per sota de la inflació, sempre pot posar un percentatge de revisió que estigui per sota del 100%, si bé sent conscient que això serà tingut en compte en les ofertes dels licitants, en termes de neutralitat financera.

Promoure la Iniciativa privada. Fomentar l'interès en aquesta figura per part de les administracions i també del sector privat per a presentar nous projectes d'interès públic, prèviament coneguts o no per part de les administracions.

S'hauria de millorar l'avantatge que pot tenir el possible licitant en dedicar recursos en l'estudi d'aquests projectes i al marge del dret a recuperar els costos derivats de la preparació i presentació del projecte, el licitant hauria de disposar d'un avantatge superior, com podria ser el fet de disposar d'un dret d'igualació de l'oferta si en el posterior concurs hi ha un licitant que presenta una oferta superior, com es dona en el cas de països com Itàlia, on aquesta figura és molt més utilitzada. Això permetria que el sector privat promogués més iniciatives privades.