

Щодо деяких ризиків непрозорого визначення ціни енергосервісного договору

Однією з істотних умов енергосервісного договору (далі також – ЕСД) є ціна такого договору. Принципи розрахунку ціни ЕСД визначено частиною третьою статті 5 Закону України «Про запровадження нових інвестиційних можливостей, гарантування прав та законних інтересів суб'єктів підприємницької діяльності для проведення масштабної енергомодернізації»¹ (далі – Закон про ЕСКО).

Згідно з нормами цього Закону, ціна енергосервісного договору формується на основі грошової економії від запровадження енергоефективних заходів та строку дії договору. При цьому якщо порядок розрахунку економії достатньо зрозумілий та хоч якимось чином обумовлений в Законі про ЕСКО, то порядок визначення строку дії договору опинився поза межами цього закону (зазначено лише, що він не може перевищувати 15 років). Стаття 3 зазначеного Закону лише передбачає, що строк енергосервісного договору встановлюється учасником процедури закупівель енергосервісу самостійно та зазначається в тендерній пропозиції, без будь-якого обґрунтування замовнику.



Дотримуючись логіки Закону, замовник енергосервісу може тільки припускати, що під час розрахунку строку ЕСД учасник процедури закупівель приймає до уваги такі чинники як необхідність покриття інвестиційних витрат та проектних ризиків, а також розмір очікуваного прибутку від інвестицій. Безумовно, цілком зрозуміла мотивація учасника закупівель отримати максимальний



прибуток, який буде залежати від строку ЕСД, однак, як передбачено в Законі, обґрунтованість розрахунку строку та ціни договору не є предметом розгляду та обговорення із замовником. Тобто законодавець, який без сумніву керувався найкращими мотивами створити найбільш привабливі умови для залучення потенційних інвесторів, насправді заклав непрозорий механізм визначення ціни енергосервісного договору, що може мати деякі негативні наслідки для усіх учасників проектного процесу.

В такій ситуації інтереси замовника щодо скорочення строку ЕСД можуть бути задоволені певною мірою лише в процесі публічних закупівель, коли, наприклад, декілька учасників у випадку однакового показника ефективності енергосервісного договору (NPV) вимушені задля перемоги в тендері йти на зменшення строку договору. За наявності розвинутого конкурентного ринку такий механізм визначення конкурентних переваг учасників публічних закупівель дійсно може працювати досить ефективно, забезпечуючи баланс інтересів замовників та виконавців енергосервісу.



Разом з тим, в Україні ринок енергосервісу знаходиться тільки на початковій стадії формування, тому сподівання, що ринкові механізми самі по собі без додаткового регулювання окремих процедур підготовки ЕСД збалансують якість та ціну послуг, виглядають на даному етапі досить примарними. Однак сьогодні можна з великою впевненістю прогнозувати, що реалізація перших енергосервісних договорів (19), які укладено в 2016 році, принесе необхідний досвід та більш чітке уявлення можливих ризиків для усіх учасників проектного процесу.

¹ Закон України «Про запровадження нових інвестиційних можливостей, гарантування прав та законних інтересів суб'єктів підприємницької діяльності для проведення масштабної енергомодернізації» № 327-VIII від 09.04.2015 - <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/327-19>

Ризики непрозорого формування ціни енергосервісного договору

Енергосервісний договір, як і будь-який комерційний контракт, може мати багато ризиків, але в межах цієї статті розглядаються лише деякі ризики від непрозорого формування ціни ЕСД та їх можливий вплив на результативність енергоефективного проекту в цілому.

Ризики замовника енергосервісу

Більшість будівель бюджетної сфери України потребують капітального ремонту або реконструкції, оскільки мають надзвичайно низькі теплотехнічні показники, а окремі з них знаходяться й в незадовільному технічному стані. Подальше утримання таких будівель в умовах постійного зростання вартості енергоносіїв лягає важким тягарем на місцеві бюджети.

Запровадження ЕСКО-механізму відкриває можливості залучення приватних інвестицій для термомодернізації бюджетних будівель, що передбачає комплекс робіт з реконструкції або капітального ремонту. В результаті цього суттєво покращується технічний стан будівель та продовжується термін їх ефективної експлуатації.



Зарубіжний та вже невеликий вітчизняний досвід впровадження енергоефективних проектів показує, що оптимальний для замовників результат досягається в разі комплексного впровадження енергоефективних заходів, а саме шляхом модернізації інженерних систем та утеплення огорожуючих конструкцій будівель. В таких випадках в будівлях можна досягнути скорочення споживання енергоресурсів на рівні 50-70% та підвищити термін їх ефективної експлуатації до 30 років. Разом з тим, проекти комплексної термомодернізації мають достатньо високу вартість, а термін їх окупності може становити 8-10 років, а в деяких випадках навіть більше.

Як відомо, встановлений Законом про ЕСКО в редакції 2015 року граничний строк ЕСД 10 років був прийнятним тільки для відносно маловитратних та швидкоокупних проектів із модернізації інженерних систем будівель, які дозволяють скоротити споживання енергоресурсів на 25-30%, та мають середній термін окупності 2-3 роки. Невипадково, що укладені на даний час ЕСД (19) передбачають саме вказані заходи. Навіть незважаючи на те, що вони не забезпечують досягнення оптимальних експлуатаційних показників об'єктів енергосервісу, сам факт впровадження таких проектів, без сумніву, вже є значним позитивним кроком на шляху досягнення стратегічних цілей України в сфері енергоефективності.

Саме тому надзвичайно важливо, що Верховною Радою України збільшено граничний строк ЕСД до 15 років², оскільки це дозволяє підвищити інвестиційну привабливість проектів з комплексної термомодернізації будівель. Як показують розрахунки, такий строк надає інвестору можливість не тільки відшкодувати витрати, але й отримати певний прибуток.

Водночас, сьогодні залишається висока імовірність того, що потенційні інвестори, будучи зацікавленими у швидкому отриманні прибутку, навіть при граничному строку ЕСД 15 років, будуть в подальшому пропонувати замовникам енергосервісу виключно швидкоокупні заходи з модернізації інженерних систем будівель. При цьому існуюча непрозорість у визначенні ціни ЕСД, коли виконавець енергосервісу не розкриває розрахунки ціни договору, містить високий ризик необґрунтованого завищення учасниками публічних закупівель строків договорів, що може призводити до надмірних витрат бюджетних коштів.

² Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про запровадження нових інвестиційних можливостей, гарантування прав та законних інтересів суб'єктів підприємницької діяльності для проведення масштабної енергомодернізації» № 1980-VIII від 25.03.2017 - <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1980-19/paran2#n2>

Крім того, в таких ситуаціях замовники енергосервісу повинні розуміти, що з точки зору короткострокової перспективи, можливо й буде привабливо за відносно невеликі кошти скоротити споживання енергоресурсів на 25-30%. Але модернізація інженерних систем, як вже зазначалося, не забезпечує досягнення встановлених нормативів максимальної енергопотребності будівель, тому перед замовниками обов'язково постане наступне завдання – утеплення огорожуючих конструкцій будівлі.



В зв'язку з імплементацією Директиви 2010/31/ЄС, яка очікується найближчим часом, вжиття таких заходів матиме обов'язковість у будівлях, які знаходяться у віданні центральних та місцевих органів влади, для забезпечення встановлених максимально допустимих показників споживання енергоресурсів³.

Разом з тим, розрахунки показують, що утеплення огорожуючих конструкцій будівлі через більш високу вартість у порівнянні з модернізацією інженерних систем, в разі якщо воно буде здійснюватися в рамках окремого проекту, виявиться взагалі інвестиційно непривабливим, оскільки строк окупності таких заходів може становити 15 років і більше. Тобто в такому випадку замовникові не варто очікувати на пропозиції приватних інвесторів, а доведеться шукати інші джерела фінансування проекту, що може бути у підсумку неефективним з точки зору інтересів бюджету, оскільки сукупні витрати на термомодернізацію будівлі можуть бути значно вищими ніж у випадку впровадження комплексного проекту.

Таким чином, непрозорість визначення ціни енергосервісного договору містить високий ризик неефективного використання бюджетних коштів.

Ризики виконавця енергосервісу

Встановлений Законом про ЕСКО підхід до визначення ціни енергосервісного договору безумовно є досить привабливим для потенційного інвестора, оскільки, не вимагає, з одного боку, пояснень замовникові які інвестиційні витрати потрібні для досягнення очікуваного показника скорочення споживання енергоресурсів, а з іншого боку, не потребує обґрунтування розмірів суми для покриття проектних ризиків та строк ЕСД.



Враховуючи незадовільний стан більшої частини будівель бюджетної сфери, відчутного результату скорочення енергоспоживання можна досягнути без значних капіталовкладень, наприклад, шляхом впровадження на об'єкті системи енергоменеджменту та організаційних заходів щодо зміни поведінки споживання енергоресурсів. Разом з цим, позитивний ефект також досягається деякими швидкоокупними технічними заходами, такими як монтаж індивідуального теплового пункту, гідрохімічна прочистка та балансування будинкових опалювальних систем, їх оснащення приладами регулювання тощо.



Водночас, у замовника енергосервісу, як розпорядника бюджетних коштів, а особливо у органів, що контролюють правильність та законність їх використання, можуть виникати питання щодо обґрунтованості строку та ціни енергосервісного договору. Внаслідок цього встановлена законодавцем формула розрахунку ціни енергосервісного договору створює для виконавця енергосервісу високий ризик оскарження умов енергосервісного договору в судовому порядку.

³ ДБН В.2.6-31:2016 «Теплова ізоляція будівель» - http://dbn.at.ua/dbn/DBN_V.2.6-31-2016_Teplova_izolyatsiya_budively.pdf

Такі ситуації можуть виникати, коли під час перевірок контролюючими органами будуть, наприклад, виявлені факти завищення виконавцем енергосервісу вартості матеріалів (обладнання) та робіт, або встановлення «несумірності» витрат інвестора та строку ЕСД. За таких обставин у контролюючих органах можуть з'явитися підстави для оскарження в судовому порядку правочинності укладеного енергосервісного договору, а в окремих випадках й кримінального провадження.



Зокрема, правовою підставою для оскарження правочинності енергосервісного договору згідно зі статтею 207 ГКУ⁴ може бути, наприклад, визнання контролюючими органами, що договір «вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства». Зазначена норма є дуже абстрактною, що дає можливість зацікавленій стороні застосувати її під будь-які «сумнівні», з точки зору контролюючих органів, фінансові аспекти енергосервісного договору. Правові підстави визнання господарських договорів в судовому порядку недійсними детально визначено Вищим господарським судом України⁵.

Найгіршим в таких ситуаціях є те, що, навіть якщо виконавець енергосервісу максимально спромігся уникнути безпідставного завищення ціни ЕСД, у будь-якому випадку залишається великий ризик оскарження умов договору та, як наслідок, інвестиційних втрат. При цьому найбільш вразливою ланкою в позиції інвестора можуть бути його розрахунки сум, які закладаються в ціну договору для покриття проектних ризиків. Тобто, не спираючись на систему класифікованих ризиків енергосервісних контрактів, які узгоджені та зрозумілі не тільки учасникам проектного процесу, але й контролюючим органам, обґрунтувати ціну договору буде надзвичайно складно, що, в свою чергу, також може створювати корупційне підґрунтя.



Підсумовуючи можна зазначити, що якщо для замовника енергосервісу непрозорість визначення ціни ЕСД містить ризик неефективного використання бюджетних коштів, то для виконавця енергосервісу зазначений чинник створює ризик можливих інвестиційних втрат або неотримання прибутку.

Як можна мінімізувати ризики?

На відміну від простого комерційного контракту, наприклад купівлі-продажу, ЕСД передбачає спільні дії як замовника, так і виконавця. Тому за своєю суттю це має бути договір про співробітництво сторін для досягнення узгодженої цілі, а саме економічно виправданої глибокої модернізації об'єкту енергосервісу, коли учасники проекту дотримуються в своїх діях стратегії «виграв—виграв». Відомо, що співробітництво може бути плідним, коли всі учасники процесу розуміють та довіряють один одному. З огляду на це, принципи визначення ціни договору мають бути зрозумілими та обговорюватися сторонами, що дозволить аналізувати можливі ризики ЕСД, вживати спільні заходи щодо їх мінімізації, у тому числі розмір витрат для їх покриття. Такий підхід до прозорого визначення ціни ЕСД тим паче необхідний, коли мова йде про використання бюджетних коштів.



Створенню додаткових умов щодо взаємовигідного партнерства в процесі впровадження енергосервісних договорів могли б сприяти Методичні рекомендації, які мають містити зрозумілі та прийнятні для усіх учасників проектного процесу базові принципи щодо порядку визначення ціни

⁴ Господарський кодекс України – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15/page7>

⁵ Постанова пленуму Вищого господарського суду України від 25.05.2013 № 11 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» - Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13>

енергосервісних договорів. Зазначені рекомендації доцільно розробити уповноваженим центральним органам влади із залученням експертної спільноти та погодити у встановленому порядку.

З урахуванням того, що найбільш спірним аспектом визначення ціни ЕСД є розрахунок суми, необхідної для покриття ризиків інвесторів, в зазначених Методичних рекомендаціях особливу увагу необхідно приділити класифікації можливих ризиків ЕСД та визначенню коефіцієнтів їх покриття. Застосування такої системи класифікації ризиків дозволить учаснику публічних закупівель здійснювати розрахунки ціни ЕСД прозоро, уникаючи в подальшому недовіри та непорозуміння з боку замовників енергосервісу, а також контролюючих органів під час перевірки умов договорів. Розробка такої системи класифікації ризиків має здійснюватися з урахуванням інтересів усіх заінтересованих сторін проектного процесу.

Поряд з цим, відповідно до пункту 5 частини четвертої статті 36 Закону України «Про публічні закупівлі»⁶ доцільно рекомендувати замовникам та виконавцям енергосервісу після підписання



ЕСД додатково узгоджувати та за наявності обґрунтованих підстав корегувати ціну енергосервісного договору. Це також могло б сприяти більшій відкритості в процесі реалізації енергоефективних проектів та мінімізувати ризики від непрозорого визначення ціни ЕСД.

Що стосується інтересів замовників енергосервісу, то такий підхід дозволив би їм краще розуміти технічні та фінансові аспекти енергоефективних проектів, а також мінімізувати ризики нераціонального витрачання бюджетних коштів.

⁶ Закон України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII від 25.12.2015 - <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19/paran584#n584>