

*Проф. др Миодраг Мићовић,
Правни факултет, Крагујевац*

Тендерска и аукцијска приватизација

1. Уводне напомене

Питања везана за продају капитала, друштвеног и државног, регулисана су Законом о приватизацији ("Сл. гласник Републике Србије", бр. 38/2001) и уредбама, којима се ближе прописује поступак и начин продаје капитала и имовине, а то су: Уредба о продаји капитала и имовине јавним тендером и Уредба о продаји капитала јавном аукцијом¹).

Продаји капитала претходи предфаза, у оквиру које се предузима неколико радњи, а у циљу испитивања тржишта и доношења одлуке о начину на који ће се извршити приватизација. Најпре, покреће се иницијатива за приватизацију. Њу могу да покрену предузеће, субјект приватизације, надлежно министарство и потенцијални купац. Без обзира ко покреће иницијативу, предузеће припрема проспекта за приватизацију, који садржи приказ основних података о предузећу које се приватизује. Проспект се доставља Агенцији за приватизацију. Након тога, агенција оглашава проспекта у средствима јавног информисања (штампа, интернет или ТВ), с позивом потенцијалним купцима да јој у одређеном року доставе писмо о заинтересованости (писмо о намери да учествују у приватизацији предузећа). У року од пет дана од дана истека рока за прикупљање података о броју потенцијалних купаца агенција обавештава субјект приватизације о начину (методу) продаје, односно о потреби реструктуирања. Ако агенција, на основу прикупљених података, оцени да се капитал предузећа не може продати путем тендера или аукције,

1. Обе уредбе су објављене у "Сл. гласнику Републике Србије", бр. 45/2001.

због његовог лошег економског стања, наложиће му да се реструктурира. То значи да предузеће мора да изврши потребне организационе, односно статусне промене или поравнање са повериоцима. Пре него што се отвори поступак продаје капитала, у оквиру предфазе поступка потребно је да се изврше још две радње. Једна се тиче документације коју предузеће припрема. Када се субјект приватизације приватизује методом јавног тендера припрема документе који су неопходни за израду тендерске документације, а када се приватизује методом јавне аукције израђује програм приватизације. Поред документације, субјект приватизације је дужан да, у складу са одговарајућом методологијом, проценом утврди распон вредности капитала и да га изрази у акцијама. На основу извршене процене одређује се почетна аукцијска цена.

По спровођењу припремних радњи, агенција слободно одлучује да ли ће се извршити тендерска или аукцијска продаја капитала. При одлучивању о начину продаје треба водити рачуна о стратешком значају предузећа, о величини предузећа (велика предузећа се приватизују тендерски, а мала и средња аукцијски), о бројности потенцијалних купаца.

Тендерска и аукцијска продаја треба да омогући да се промет капитала обави под најповољнијим условима. Остварење тог циља омогућује јавност поступка, као и надметање купаца који конкуришу под једнаким условима. Истовремено, оваквим начином продаје, који је обавезан и који готово да искључује промет капитала путем непосредне погодбе, спречава се распродаја друштвеног капитала и корупција, чиме се постиже максимална заштита друштвених интереса²). Ипак, у теорији се поводом начина продаје капитала сусрећу и другачија мишљења. Истиче се да предузеће није обична роба која би се продавала тако да је може купити широк круг лица. Зато треба настојати да се успостави контакт са особом која би након испитивања стања предузећа донела одлуку да га купи³).

У даљим излагањима биће обрађена само нека питања која су везана за тендерску и аукцијску продају, а у циљу отклањања дилема које се могу појавити поводом значења и примене правила која су садржана у прописима који регулишу продају капитала. Тако, биће речи о појединим терминима и њиховом значењу, о томе да ли се тендерска и аукцијска продаја могу подвести под исти начин продаје капитала, о појединим принципима тендерске и аукцијске продаје, о најповољнијој понуди.

2. О овоме: Васиљевић, М.: *Контрроверзе Закона о промету и располажању друштвеним капиталом*, "Право, теорија и пракса", бр. 5/90, стр. 15; Мићовић, М., *Закључење уговора јавним надметањем*, "Правни живот", I том, 1988, стр. 170.

3. Барбић, Ј., *Улагање капитала на корпоративној основи након доношења Закона о промету и располажању друштвеним капиталом*, "Привреда и право", бр. 1 - 2/90, стр. 8.

О значењу појединих термина и начину продаје капитала

Терминологија. - У односу на раније прописе којима је регулисана приватизација друштвених средстава, законодавац, у погледу термина које користи, у једном делу чини напредак одбацујући неодговарајуће изразе којима се прикривала суштина ствари (уместо идеолошког израза "својинска приватизација" користи се јасан термин "приватизација"; уместо "акције по основу уписа" каже се "акције без накнаде")⁴⁾. Али, колико год да је оправдано што су из прописа избачени идеолошки термини, толико је неоправдано што се уносе термини и изрази којима се на рђав начин правно дефинишу одређене радње и акти, а односе се на начине (методе) приватизације. Закон и подзаконски акти садрже неадекватне, стране термине који могу да доведу до забуне у погледу природе појединих изјава, или термина који се разликују од оних који се уобичајено користе у случајевима када се организује јавна продаја.

За означавање метода продаје капитала користе се термини јавна аукција и јавни тендер. Аукција потиче од латинске речи *auctio* што значи јавна продаја, јавно надметање. С обзиром на наведено значење речи аукција непотребно је рећи за аукцију да је јавна. То није потребно и зато што би се могао извести погрешан закључак да је могуће организовати и тајне аукције. Због наведеног било би боље да се уместо "јавна аукција" употреби наш израз истог значења - јавна продаја, или израз општијег значења - јавно надметање. Ово и зато што је уобичајено да се о аукцији говори када се ради о продаји предмета уметничке вредности или предмета који имају посебну вредност с обзиром да су припадали појединим познатим особама.

Када се ради о "јавном тендеру", тај израз је још мање прикладан за употребу у односу на претходно наведени, јер је непознат нашем језику (први пут се уводи у наш правни живот са доношењем Закона о приватизацији) и неадекватан да изрази оно што се њиме стварно жели рећи. Реч тендер је енглеског порекла и значи понуда, нуђење, лицитациона понуда⁵⁾. На основу значења речи тендер могао би се извести закључак да се ради о јавној понуди, врсти уговорне иницијативе која се чини неодређеним лицима да купе капитал под одређеним условима (на пример, на основу јавне понуде може се стећи значајно или већинско учешће у друштву капитала)⁶⁾. Ипак, јасно је да се наведеним изразом "јавни тендер" желело рећи нешто друго, а то је да се продаја капитала врши у посебном поступку који започиње упућивањем јавног позива заинтересованим лицима да доставе понуду. Дакле, ради се о врсти уговорне иницијативе, позиву на понуду⁷⁾ а не о понуди, која спада у категорију тзв. "понуда јавности"⁸⁾.

4. Јовановић, Н., "Грлом" у приватизацију, "Право и привреда", бр. 9 - 12/2001, стр. 49.

5. Јовановић, Ј., Тодоровић, С., "Речник правних термина", Београд, 1990, стр. 849.

6. Арсић, З., *Јавна понуда за стицање значајног и већинског учешћа капитала у акционарском друштву*, "Правни живот", бр. 11/96, стр. 111.

7. Мићовић, М., *Позив на понуду*, "Право и привреда", бр. 3 - 4/98, стр. 24.

У термине којима се без оправданих разлога одступа од оних који се уобичајено користе поводом јавне продаје спадају јавни позив за подношење понуда и депозит. Уместо првог израза користи се термин оглас, чију природу законодавац тачно, али непотребно одређује, пропуштајући да једноставно одреди да поступак продаје започиње објављивањем огласа. Уместо "депозита", чија намена може да буде различита, у пракси се уобичајено користи термин кауција под којом се подразумева одређен износ новца који једна страна даје другој у циљу обезбеђења закључења уговора.

Истоветност начина продаје капитала. - Ако се зна да се продаја уопште може извршити на један од три начина: непосредном погодбом, прикупљањем понуда и јавним надметањем, као и да се поводом приватизације говори о два метода продаје капитала: јавним тендером и јавном аукцијом, поставља се питање да ли ови методи припадају различитим начинима продаје или се могу сврстати под исти начин продаје.

На основу анализе постојећих прописа могао би се извести закључак да се ради о различитим начинима продаје. На такво размишљање наводе две чињенице. Прво, тендерска и аукцијска продаја су регулисане са две различите уредбе, а и сам Закон о приватизацији уређује одвојено тендерску од аукцијске продаје. Друго, Закон о приватизацији под јавним тендером подразумева метод приватизације који се врши путем јавног прикупљања понуда (чл. 26), а под аукцијом метод приватизације који се врши путем јавног надметања (чл. 34). Међутим, без обзира на наведена одређења треба рећи да се и у једном и у другом случају ради о продаји путем јавног надметања, с тим што се у првом случају ради о писменом, а у другом о усменом јавном надметању. То јасно проистиче из одредби које су садржане у Закону о приватизацији. Зато је требало једноставно рећи да се продаја врши јавним надметањем и одредити када се надметање спроводи писмено, а када усмено. Иначе, продаја путем прикупљања понуда слична је јавном надметању, па се сматра да је то вид ограниченог јавног надметања. Основна разлика између ова два начина продаје огледа се у томе што се код јавног надметања огласом упућује позив неодређеном броју лица да поднесу понуде, а код прикупљања понуда позив се упућује само одређеним лицима да поднесу своје понуде. Уговор се закључује прикупљањем понуда, уместо јавним надметањем, када мали број лица има подобност да се могу појавити као понудиоци.

С обзиром да се у оба случаја, и код тендера и код аукције, ради о продаји капитала путем јавног надметања, то се спроводи у основи идентичан поступак⁹⁾, који се састоји из следећих фаза. Ако се оставе по страни припремне радње, које чине предфазу поступка јавног надметања, почетну фазу, којом се отвара поступак

8. Драшкић, М., *Општиња понуда и понуда јавности*, "Право и привреда", бр. 9 - 12/93, стр. 10.

9. С обзиром да се у чл. 27. Закона о приватизацији одређује да поступак јавног тендера обухвата, између осталог, јавни позив за подношење понуда, а да се у чл. 35, којим се уређује поступак аукцијске продаје, изоставља јавни позив, као фаза поступка, наведени закључак се не би могао извести.

надметања, представља објављивање огласа. Оглас садржи податке о субјекту приватизације, о проценту капитала који се нуди на продају, о времену и начину упознавања са субјектом приватизације, цени и месту добијања одговарајуће документације, о року за подношење пријаве за учешће у поступку (усмено надметање), односно о року за подношење понуде (писмено надметање), о кауцији, о почетној цени (усмено надметање).

Када се ради о писменом надметању, неспорно је да оглас има значај позива који организатор упућује неодређеном броју лица да му, под објављеним условима, доставе понуде за закључење уговора. Али, када се ради о усменом, аукцијском надметању, ситуација је другачија. Може се претпоставити да због тога законодавац одређује тендерски оглас као јавни позив за подношење понуда, док за аукцијски оглас каже само да је то јавни позив (чл. 27. и 38. Закона о приватизацији). С обзиром да се у огласу о аукцији објављује почетна цена, а поготову што се аукција може спровести и са само једним учесником, када се почетна цена претвара у продајну цену, чини се да изјава организатора има природу понуде за закључење уговора и поред тога што се у Уредби о јавној аукцији наводи да учесници истичу понуде (чл. 24). Уколико у поступку узме учешће више учесника тада треба сматрати да сваки надметач изјашњавањем о цени чини прихват, који доводи до закључења уговора у зависности од остварења једног раскидног услова: да изјава о прихвату није ретроактивно поништена накнадним вишим (у погледу цене) прихватам. У наведеном смислу изражен је став у делу француске, италијанске или аустријске доктрине¹⁰. Истиче се да у случају аукцијске продаје треба правити разлику између ситуације када је одређена почетна цена и оне кад то није учињено. Ако је почетна цена одређена онда се ради о понуди, а ако није назначена, тада аукционар само позива надметаче да учине понуде¹¹.

У другој фази заинтересована лица се упознају са субјектом приватизације. У трећој учесници достављају (писмено надметање), односно изјављују понуде (усмено надметање). У следећој фази (карактеристична само за писмено надметање) надлежни орган отвара, разматра и оцењује која је од поднетих понуда најповољнија. Последњу фазу чини закључење уговора између организатора надметања и оног учесника у надметању који је поднео најповољнију понуду.

Начела тендерске и аукцијске продаје капитала

Тендерска и аукцијска продаја капитала заснива се на начелима јавности, конкуренције, равноправности и подобности. Надметање учесника има смисла и капитал може да се прода под најповољнијим условима само ако су ова начела остварена. У супротном, кршењем, ограничавањем њиховог деловања надметање губи смисао.

10. Драшкић, М., "Закључење уговора о купопродаји", Београд, 1972, стр. 36.

11. Исто, стр. 38.

Начело јавности је задовољено ако се на одговарајући начин објави оглас, путем кога се јавност упознаје са предметом и условима продаје и ако се заинтересованим лицима омогући да присуствују продаји, у време и на месту које је одређено огласом. У погледу објављивања огласа приметно је да постојећи прописи остављају превише слободе организатору продаје у погледу начина и рока објављивања огласа, као и да су правила о објављивању огласа поводом аукцијске продаје потпунија него када се ради о тендерској продаји (тима се методу продаје, који има мањи значај, необјашњиво посвећује већа пажња). Да би се спречило изигравање јавности, довођење у неравноправан положај могућих купаца, да би се заштитили општи интереси, нужно је одредити дневни лист, националног карактера, где ће се објавити оглас, као и међународни часопис где ће се публиковати оглас када се ради о објављивању тендера¹²). Поред тога, организатору продаје се може препустити да одлучи да ли ће оглас објавити и на неки други начин. Што се тиче места продаје, са становишта практичности, боље обавештени заинтересованих лица, било би боље када би се продаја, без обзира да ли се ради о тендеру или о аукцији, вршила увек на истом месту, а не као сада да се врши на берзи, у случају аукције, односно на месту о коме се учесници обавештавају благовремено, када се ради о тендеру.

За разлику од начела јавности, које утиче на изазивање тражње, начело конкуренције омогућује да се тражња "изрази" на најповољнији начин за организатора продаје. За тако нешто је потребно да више лица узме учешће у поступку, при чему надметање мора да се одвија у складу са добрим пословним обичајима (тај услов није испуњен ако се заинтересована лица споразумеју о "квалитету" понуда, да не конкуришу једни другима). Ако ти услови нису задовољени, начело конкуренције није остварено, а то значи да се не може говорити о надметању.

Када се анализирају постојећи прописи (чл. 20. Уредбе о тендеру и чл. 23. Уредбе о аукцији) уочава се да се овом начелу не даје готово никакав значај, као и да се продаја може извршити и ако је само једно лице стекло статус учесника на аукцији, односно тендеру. При томе се у случају тендерске продаје, за разлику од аукције, организатору продаје даје право да сам одлучи да ли ће да понови тендер или ће капитал да прода једином учеснику (ово право се не утврђује Законом о приватизацији већ Уредбом о тендеру - чл. 20), у ком случају се образује нова комисија, спроводе преговори и, ако се постигне задовољавајући договор, закључује уговор. Овакво решење је неприхватљиво из најмање два разлога. Прво, подзаконским прописима може да се ближе пропише само поступак тендерске продаје, а законом када може да дође до понављања тендера или да се капитал прода путем непосредне погодбе. Друго, под тендерску продају се подводи и оно што не може

12. Као пример може да послужи решење из модел закона UNCITRAL-а о набавци робе и инвестиционих радова који одређује да се оглас публикује у часопису "Development Business", који објављује одељење УН за јавно информисање. О овоме: Вилус, Ј., *Лицијација при добијању послова изградње објеката у иностранству*, "Правни живот", бр. 11/96, стр. 256.

да има никакве везе са таквим начином продаје. Наиме, када се после спроведеног тендера покрену преговори и закључи уговор тада се више не може говорити о тендерском начину продаје већ о продаји која се врши путем непосредне погодбе.

Начело подобности доприноси да се обезбеди озбиљност и регуларност надметања, закључење уговора са лицем које располаже са неопходним "капацитетом" да може да се појави као купац у одређеном случају. Озбиљност се постиже тако што се од заинтересованих лица захтева да плате одређени износ на име депозита, да купе одређену документацију. Регуларност се обезбеђује тако што се онемогућава да у поступку узму учешће лица која не располажу тзв. "капацитетом части". Тако, као надметачи не могу да се појаве домаћа физичка или правна лица која нису измирила обавезе према Закону о једнократном порезу на екстра доходак; лица која имају финансијске обавезе према субјекту чији се капитал продаје; чланови комисије; правно лице које је у власништву чланова комисије. Сматра се да једно лице има "професионални" капацитет ако располаже са одређеним искуством, стручним или техничким могућностима, које су од значаја за организовање производног процеса у субјекту који се продаје. Наравно, приликом одређивања услова, који морају да буду испуњени како би једно лице могло да се појави као учесник у поступку, мора се имати у виду да се постављањем бројних услова сужава број лица која могу да се појаве као надметачи, што може да има за последицу да резултати надметања буду незадовољавајући¹³.

Закључење уговора

Уговор о продаји капитала закључују Агенција за приватизацију, субјекат приватизације и купац. Код аукцијске продаје као купац може да се појави једини учесник аукције, када се куповина обавља по почетној цени, а ако је било више учесника, тада се као купац појављује лице које је прихватило да плати највишу цену утврђену од стране аукционара. Код тендерске продаје уговор се закључује са лицем које је поднело најповољнију понуду. Приликом процене која је понуда најповољнија поред цене узимају се у обзир и други критеријуми: спремност купца да обезбеди континуитет пословања предузећа, инвестиције у предузеће, социјални програм, заштита животне средине. Истоветни критеријуми се уносе у нацрт уговора код аукцијске продаје, који се потписује пре аукције. Тиме се обезбеђује да сви потенцијални купци прихвате исте услове продаје, као и да се као једини критеријум за избор купца појави цена. Очито је да се код тендера тако не поступа: узимају се у обзир исти критеријуми, али с обзиром да нису унапред дефинисани даје се право организатору да процени која је понуда најповољнија.

13. Чини се да се то и догодило поводом тендерске продаје цемента. Захтевом за петогодишњим искуством и производним капацитетом од најмање 7,5 милиона тона цемента сужен је круг потенцијалних купаца само на произвођаче цемента и то само на неке од њих. Тиме је отворен пут за недозвољено споразумевање великих произвођача и истовремено онемогућено успостављање конкуренције у правом смислу речи.

Поводом одређивања најповољнијег понудиоца на тендеру у постојећим прописима садржано је решење које је сагласно са доминантним ставом који је поводом тог питања усвојен у теорији и пракси¹⁴). Сматра се да је циљ надметања да се организатору омогући да закључи уговор са најповољнијим понудиоцем, посматрано са становишта организаторових интереса. Зато нема разлога зашто се организатору надметања не би дозволило да те своје интересе изрази кроз услове надметања (он може, на пример, да пондерише елементе и да на основу тога одреди која је понуда најповољнија), које је јавно објавио и зашто онда ти интереси не би били меродавни приликом оцене чија је понуда за организатора надметања најповољнија¹⁵).

У вези са наведеним опредељењем треба имати у виду следеће. Ако се поред цене узимају у обзир и други критеријуми при избору најповољније понуде, тиме се отвара простор за субјективну и дискрециону процену ко је најбољи понудилац. Зато, ако постоји потреба да се поред цене лицитира и у погледу других услова продаје¹⁶), а у циљу објективизирања мерила за избор најбољег понудиоца, други услови би се могли процењивати пре него што се отвори коверта у којој је понудилац назначио цену. Осим тога, с обзиром да купац постаје власник предузећа, да може слободно да располаже стеченом имовином, када уплати одговарајући износ уговорене купопродајне цене, то се поставља питање шта ако купац не испуни остале уговорне обавезе, које су можда имале пресудан значај при одлучивању о најповољнијем понудиоцу. За такве ситуације решење би се могло наћи у банкарској гаранцији, која би се активирала ако купац не испуни обавезе у уговореном року и износу. Међутим, о томе постојећи прописи не садрже потребне одредбе.

5. Закључак

Прописе о продаји капитала и имовине карактерише недовољна јасност и одређеност у односу на низ битних питања (у погледу избора метода продаје капитала, услова које неко мора да испуни да би се појавио као учесник у поступку, поступања организатора када само једно лице испуњава услове да се појави као учесник у поступку продаје, санкција које ће погодити купца ако не изврши уговорне

14. Позив упућен одређеном или неодређеном броју лица на надметање обавезује позиваоца да закључи уговор са оним који понуди најнижу цену, изузев ако је ту обавезу искључио у позиву на надметање. У том случају организатор надметања има право да прихвати понуду оног понуђача кога сматра најповољнијим. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 192/01 од 13. 6. 2001, "Избор судске праксе", бр. 11/2001, стр. 40.
15. Јанковец, И., *Закључење уговора јавним надметањем*, "Привредно правни приручник", бр. 11/86, стр. 23; Барбић, Ј., *Улагање капитала на корпоративној основи након доношења Закона о промету и располагању друштвеним капиталом*, "Привреда и право", бр. 1 - 2/90, стр. 8.
16. Из Уредбе о продаји путем тендера се та могућност не види јер се прописује да се понудом прихватају услови тендера, услови који су садржани у нацрту уговора о продаји и нуди цена за предмет тендера - чл. 9. ст. 2. Уредбе.

обавезе). Поред тога, уместо уобичајених термина и израза, који се користе поводом надметања, уводе се нови термини који могу да изазову недоумице, чему доприноси и сам законодавац објашњавајући их на начин који није одговарајући. И на крају, због пропуста да се једноставно каже да се продаја врши јавним надметањем, које може бити усмено или писмено, и да се у вези са тим пропише јединствени поступак, уз навођење посебних правила која ће се примењивати само на усмено или писмено надметање, законодавац одваја тендерску од аукцијске продаје, што је довело до непотребног гомилања прописа, односно до тога да се са два подзаконска прописа регулише поступак продаје.