

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

**XXI ВЕК – ВЕК УСЛУГА И УСЛУЖНОГ
ПРАВА**

Уредник
МИОДРАГ МИЋОВИЋ

Крагујевац
2011.

XXI ВЕК – ВЕК УСЛУГА И УСЛУЖНОГ ПРАВА
Књига I

Зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 5. маја 2011. године, на Правном факултету у Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Институт за правне и друштвене науке
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
телефон: (034) 306 513, 306 504
телефакс: (034) 306 540
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.rs
веб: <http://.jura.kg.ac.rs>

РЕЦЕНЗЕНТИ Проф. др Данче Манолева Митровска
Проф. др Миха Јухарт
Проф. др Хрвоје Качер

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Предраг Ч. Стојановић

УРЕДНИК: Проф. др Миодраг Мићовић

ШТАМПА: Кварк, Краљево

ТИРАЖ: 200 примерака

ISBN 978-86-7623-024-2

Штампање Зборника подржало Министарство просвете и науке
Републике Србије

*Др Мирослав Врховшек, редовни професор
Др Владимир Козар, доцент
Правног факултета Универзитета
Привредна академија у Новом Саду*

*УДК:347.426:336.71
347.734:336.717*

БАНКАРСКА ГАРАНЦИЈА КАО УСЛУЖНИ БАНКАРСКИ ПОСАО И НАКНАДА ШТЕТЕ

Резиме

У пословању привредних субјеката појмом "банкарска гаранција" означавају се различити правни институти, који имају за циљ обезбеђење испуњења уговором преузетих обавеза банчаних комитената. Реч је о различитим средствима обезбеђења, како персоналним (менично јемство, акцептирање менице, документарни акредитив и сл.), тако и реалним, односно стварно-правним (ручна залога, хипотека, заложно право на хартијама од вредности). Обезбеђење испуњења уговорних обавеза заједничка је одлика наведених института који у ширем смислу представљају "банкарске гаранције" за испуњење уговорних обавеза. Међутим, банкарска гаранција у ужем смислу је посебан правни институт који има специфичне карактеристике, а које га, и поред одређених додирних тачака, битно разликују од напред наведених института.¹

Предмет овог рада је накнада штете због неиздавања банкарске гаранције у ужем смислу. Реч је о уговорној штети насталој због повреде обавезе банке из уговора о издавању банкарске гаранције, која може бити како материјална (стварна штета и измакла добит), тако и нематеријална², а састоји се у повреди пословног угледа налогодавца као друге уговорне стране.

Такође, правни основ за накнаду штете може постојати и ако банка изда гаранцију под условима различитим од оних који су предвиђени уговором о издавању банкарске гаранције – нпр. на нижи износ од

¹ Васиљевић, М., *Трговинско право*, Савремена администрација д.д, Београд, 1995, (у даљем тексту: I), стр. 730.

² Дукић-Мијатовић, М., *Остваривање регреса код осигурања банкарских послова*, Правни живот, Београд, бр. 11/2006, стр. 799 - 809.

уговорено³, са краћим роком важности или под другим условима, односно ако изда другу врсту гаранције – нпр. уговорено је издавање безусловне банкарске гаранције, а банка изда условну банкарску гаранцију.⁴

Кључне речи: банкарска гаранција; обезбеђење потраживања; накнада штете; материјална штета; изгубљена добит; нематеријална штета; раскид уговора; јавна набавке; стечај; приватизација; царинска гаранција

1. Појам и правна природа банкарске гаранције

Банкарска гаранција је банкарски услужни посао којим банка гарантује повериоцу да ће дужник уредно извршити своју обавезу, тј. да ће повериоцу измирити обавезу о доспелости ако то дужник не учини. Банка се код ових послова појављује у улози јемца. Банкарска гаранција регулисана је у чл. 1083. - 1087. Закона о облигационим односима.

Банкарском гаранцијом обавезује се банка према примаоцу гаранције (кориснику) да ће му за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији. Према члану 1083. Закона о облигационим односима, гаранција мора бити издата у писменој форми. Из изложене законске дефиниције правна теорија је извела закључак да је банкарска гаранција по својој правној природи једностранни правни посао (једностранни акт), а не уговор, јер обавеза банке према кориснику гаранције настаје једностраном изјавом воље банке израженој у датој гаранцији.⁵ Отуда се поверилац из основног правног посла (корисник гаранције) може користити гаранцијом и када није сагласан са њеним условима.⁶ Међутим постоје и друга мишљења према којима је банкарска гаранција једнострано-обавезни уговор између банке и корисника гаранције, јер обавеза настаје само за банку. У прилог овом другом мишљењу говори и чињеница да је институт банкарске

³ Полагање банкарске гаранције у поступку аукцијске продаје на мањи износ од предвиђеног депозита је разлог за елиминацију учесника из поступка, без претходног налагања да се овај недостатак отклони - из пресуде Врховног суда Србије, У. 6492/04 од 24. XI 2005, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2005, Интермех, Београд, аутор сентенце: Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије.

⁴ Козар, В., *Правне последице због неиспуњења уговорне обавезе издавања банкарске гаранције*, Правна ријеч, часопис за правну теорију и праксу, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2010, бр. 24, стр. 635. и 636.

⁵ Васиљевић, М., *нав. дело* (I), стр. 733 - 734.

⁶ Мићовић, М., *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2010, стр. 519.

гаранције садржан у другом делу Закона о облигационим односима који носи наслов "УГОВОРИ".

Иако постоје одређене сличности са уговором о јемству, битна разлика се састоји у томе што код јемства јемац одговара за туђу обавезу, док год банкарске гаранције банка одговара за своју обавезу и извршава своју обавезу а не дужникову.⁷ Правна зависност јемчеве обавезе у односу на обавезу главног дужника из основног посла означава се као акцесорност и према схватању правне теорије и праксе, представља основни и главни критеријум разликовања јемства од банкарских гаранција. Отуда јемство пружа повериоцу сигурност само против ризика инсолвентности дужника из главног уговора, али не и против ризика правног постојања обавезе тог дужника, нпр. ако основни посао није пуноважно настао, или је касније престао, или постао непуноважан.⁸

Банкарска гаранција разликује се од налога за плаћање са рачуна. Банкарска гаранција је средство обезбеђења плаћања у смислу члана 1083. Закона о облигационим односима. Банкарска гаранција није налог за плаћање са рачуна у прописа о платном промету.⁹

2. Правни односи поводом издавања гаранције

У правне односе поводом издавања банкарске гаранције ступају најмање три правна субјекта, и то: налогодавац (дужник из основног правног посла), банка која издаје гаранцију и корисник гаранције (поверилац из основног правног посла закљученог са налогодавцем).

На основу основног уговора настаје правни однос између повериоца и дужника који се посебном финансијском клаузулом обавезује да прибави гаранцију одређене банке ради обезбеђења повериочевог потраживања. Неиспуњење ове обавезе даје повериоцу право да раскине уговор и да од дужника тражи накнаду штете због неизвршења уговора. Основни уговор може бити уговор о кредиту, уговор о продаји робе или непокретности, уговор о грађењу, као и многе друге врсте облигационих уговора. Посебан значај имају уговори о приватизацији, уговори о јавним набавкама, као и уговори о продаји имовине стечајног дужника или самог стечајног дужника као правног лица.

⁷ Бесаровић, И. *Пословно право*, Друго измењено и допуњено издање, Интермех, Београд, 2010, стр. 225.

⁸ Вукадиновић, Р., *Правна природа банкарске гаранције на први позив*, Правна ријеч, часопис за правну теорију и праксу, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2010, бр. 25, стр. 45.

⁹ Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 7393/96 од 8. X 1996, Петровић, З., Козар, В., *Мега збирка судске праксе из облигационог права*, Интермех, Београд, 2009, (у даљем тексту: I) стр. 1220.

Правни однос између налогодавца (дужника из основног правног посла), и банке која издаје гаранцију настаје закључењем уговора о издавању банкарске гаранције. Према својој правној природи ово је уговор о налогу, а могу постојати и елементи уговора о кредиту. Наиме, исплатом износа из гаранције кориснику, између банке и налогодавца за чији рачун је извршено плаћање успоставља се кредитни однос. Изложена ситуација настаје када налогодавац на свом рачуну код банке нема финансијско покриће за извршење таквог налога.

Банка гарант је у ствари осигуравач у погледу одређених ризика.¹⁰ Само давање гаранције (однос између банке и налогодавца) везује се персоналитет одређене банке и реч је о уговору *intuitu personae*. Након пријема захтева за издавање банкарске гаранције банка врши проверу бонитета налогодавца и по правилу, прихвата захтев налогодавца уколико је та банка пословна банка дужника, те као таква зна за укупно пословање налогодавца.¹¹

Однос између банке и корисника гаранције успоставља се издавањем гаранције. Издавањем гаранције за банку настаје обавеза, да према условима из гаранције, изврши исплату гарантованог износа. На тај начин настаје самосталан облигационо-правни однос између банке - гаранта и корисника гаранције. Банка је, дакле, дужник у облигацији, а банкарска гаранција је извор облигације, која се у правној теорији дефинише као правни однос између две одређене стране на основу кога је једна страна (поверилац, *creditor*) овлашћена да захтева од друге стране (дужник, *debitor*) одређено давање, чињење или уздржавање од нечега што би иначе имала права да учини, а друга страна је дужна да то испуни. Посматрано са становишта повериоца, облигација представља потраживање, док са становишта дужника, она значи дуг.¹² Поред тога, неиспуњење обавезе из гаранције је основ за одговорност банке за штету коју је корисник услед тога претрпео.

Поред три наведена односа који увек постоје, поводом издавања банкарске гаранције могу настати и други правни односи. Такви односи настају између банке у земљи корисника гаранције и банке налогодавца (контрагаранција), или између две домаће банке у случају супергаранције.

¹⁰ Дукић-Мијатовић, М., *Усклађеност банкарског система Републике Србије са светским стандардима - корпоративно управљање и актуелна корпоративна пракса*, Правни живот бр. 12, Београд, 2008, стр. 761 - 775.

¹¹ Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 538/97 од 8. октобра 1997, Петровић, З., Козар В., *нав. дело* (I), стр. 1216.

¹² Петровић, С., *Облигационо право*, НИУ "Службени лист СФРЈ" Београд, 1986, стр. 7.

Судска пракса дала је одговоре на многа питања која се тичу наведених правних односа у које ступају банка - гарант, налогодавац и корисник гаранције.

3. Последице неиспуњења обавезе прибављања банкарске гаранције за добро извршење посла код уговора о грађењу

У пракси се као спорно поставило и питање какве правне последице трпи извођач радова који није испунио своју уговорну обавезу из основног правног посла, а која се тиче прибављања банкарске гаранције за добро извршење посла, односно за "за заштиту гарантног рока". Према судској пракси, неиспуњавање обавезе прибављања банкарске гаранције, ако другачије није уговорено, не даје право наручиоцу радова да од извођача радова захтева исплату износа на који је требало да гласи гаранција, ако се нису стекли услови за испуњење обавезе из банкарске гаранције.

Наиме, у конкретном случају тужени је навео да од тужиоца има право захтевати 5 % укупне цене радова зато што је тужилац, у том износу требало да прибави туженом "гаранцију банке", па је у тој висини истакао приговор пребијања. Уговором о грађењу и анексима тог уговора парничне странке нису условиле плаћање цене, и разлике у цени накнадних радова, давањем банкарске гаранције. Парничне странке су уговориле обавезу давања банкарске гаранције, на износ од 5 % од уговорене вредности радова, по примопредаји радова "за заштиту гарантног рока". Наручилац радова је уговарањем обавезе прибављања банкарске гаранције имао за циљ да обезбеди да му извођач отклони недостатке у радовима, ако би настали у гарантном року. Банкарском гаранцијом обавезује се банка према примаоцу гаранције (кориснику) да ће му за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији (члан 1083. став 1. Закона о облигационим односима). На основу одредбе уговора о грађењу, која предвиђа да ће тужилац предати туженом банкарску гаранцију на 5 % уговорене вредности радова, за евентуалну обавезу за коју је неизвесно да ли ће за тужиоца као извођача радова уопште настати, тужени не стиче право да захтева исплату тог износа и да га пребија са потраживањем тужиоца. Да је банка и дала гаранцију у име и за рачун туженог у писменој форми у смислу члана 1083. став 2. Закона о облигационим односима, ни тада тужени не би стекао право да захтева исплату износа. Право да захтева исплату тог износа од банке тужени би могао, у том случају, остварити само под условом ако се у гарантом року у изведеним радовима испоље недостаци које тужилац не би отклонио.

Међутим, ако банка није издала гаранцију за добро извршење посла на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције, тада

налогодавац има право на накнаду штете због повреде уговорне обавезе сагласно члану 262. став 2. Закона о облигационим односима, у коме је прописано да кад дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тог претрпео. Штета би могла представљати изгубљену добит, јер би наручилац могао да одбије да закључи уговор о грађењу са налогодавцем као извођачем, или да раскине већ закључени уговор због неприбављања банкарске гаранције за добро извршење посла. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету која би се могла састојати у умањењу његове имовине за трошкове учешћа на лицитацији за добијање посла и сл.

4. Банкарска гаранција као инструмент обезбеђења у поступку јавне набавке

Банкарска гаранција предвиђена је као инструмент обезбеђења испуњења обавеза понуђача по Закону о јавним набавкама. У суштини, Закон о јавним набавкама, према врсти правног посла чије се испуњење обезбеђује, разликује три врсте банкарске гаранције и то: лицитациону гаранцију, гаранцију за добро извршење посла, као и гаранцију за враћање аванса.

Закон о јавним набавкама¹³ разликује три основне врсте предмета уговора о јавној набавци. Предмет уговора о јавној набавци може бити: набавка добара, набавка радова и набавка услуга.

Закон о јавним набавкама разликује три уговора путем којих се врши јавна набавка добара и то: уговор о продаји, уговор о закупу и уговор о лизингу (*leasing*) и чија битна обележја (битни састојци) улазе у појам уговора о јавној набавци добара, уз одређене специфичности, које се тичу уговорних страна, поступка закључења уговора, заштите права и сл.

У појам уговора о јавној набавци радова улази пре свега уговор о грађењу из члана 630. Закона о облигационим односима, који прописује да је уговор о грађењу уговор о делу којим се извођач обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту, или да на таквом земљишту, односно на већ постојећем објекту изврши какве друге грађевинске радове, а наручилац се обавезује да му за то исплати одређену цену, као и да уговор о грађењу мора бити закључен у писменој форми.

У основи уговора о јавној набавци услуга, налази се уговор о делу из члана 600. Закона о облигационим односима, у коме је прописно да се уговором о делу посленик (предузимач, извођач радова) обавезује се да обави одређени посао, као што је израда или оправка неке ствари или

¹³ "Службени гласник РС", бр. 116/2008

извршење неког физичког или интелектуалног рада и сл, а наручилац се обавезује да му за то плати накнаду.¹⁴ Такође, то могу бити и многи други именовани уговори облигационог права, односно уговори у привреди, као што су уговор о превозу, уговор о ускладиштењу, и др. који су на општи начин регулисани Законом о облигационим односима, другим посебним законима, као међународним конвенцијама.¹⁵ Посебан значај имају јавне набавке за услуге осигурања, с обзиром на постојање више видова обавезног осигурања,¹⁶ као и добровољног осигурања¹⁷ и значајне новчане износе који се троше на исплату премије осигурања.¹⁸

Дакле, испуњење обавеза из све три наведене основне врсте уговора о јавним набавкама може се обезбедити банкарском гаранцијом.

Када је у питању припрема и садржина конкурсне документације, у члану 30. став 6. Закона о јавним набавкама прописано је да наручилац може у конкурсној документацији да наведе врсту средстава финансијског обезбеђења којим понуђачи обезбеђују испуњење својих обавеза у поступку јавне набавке, као и испуњење својих уговорних обавеза, односно за повраћај авансног плаћања (различити облици ручне залоге хартија од вредности или других покретних ствари, хипотека, меница, јемство другог правног лица са одговарајућим бонитетом, банкарске гаранције, полисе осигурања и др.).

Према томе понуђачи могу банкарском гаранцијом обезбеђивати не само своје уговорне обавезе, дакле испуњење обавезе из већ закључених уговора о јавним набавкама, него и обавезе из поступка јавне набавке, које претходе закључењу уговора, као што је нпр. обавеза да понуђача да потпише уговор када је његова понуда изабрана.¹⁹

¹⁴ Козар, В., *Закључење и ништавост уговора о јавној набавци*, Зборник радова Актуелна питања савременог законодавства, XVI Будвански правнички дани, Савез удружења правника Србије и Републике Српске, 7-11. VI 2010, стр. 291.

¹⁵ Врховшек, М., Козар, В., *Заштита права и ништавост уговора о јавној набавци*, Зборник радова "Либерализам и заштита конкуренције" са Научног скупа одржаног 4. V 2010, на Правном факултету у Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, 2010, стр. 353.

¹⁶ Мрвић-Петровић, Н., Петровић, З., Филипковић, А., *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штете*, Глосаријум, Београд, 2002, стр. 2 и 3.

¹⁷ Мркшић, Д., Петровић, З., Иванчевић, К., *Право осигурања*, IV издање, Привредна академија, Нови Сад, 2006. година, стр. 11 - 15; Петровић, З., Мркшић, Д., Иванчевић, К., *Неживотна осигурања*, "Интермех", Београд, 2007; стр. 23.

¹⁸ Почуча, М., *Уговор о осигурању и расписивање јавне набавке за услуге осигурања*, Право - теорија и пракса, "Право" доо и Правни факултет за привреду и правосудје Универзитета Привредна академија Нови Сад, Нови Сад, 2007, вол. 24, бр. 11-12, стр. 60 - 65.

¹⁹ Члан 59. став 4. Закона о јавним набавкама

Када су у питању обезбеђење испуњења обавезе из уговора о јавним набавкама посебно је значајна "чинидбена банкарска гаранција за добро извршење посла."²⁰ Банкарском гаранцијом за добро извршење посла банка се обавезује према кориснику (наручиоцу, купцу) да ће му исплатити одређени новчани износ, ако његов сауговорач, односно дужник из основног правног посла (извођач, продавац) не испуни или неуредно испуни своју уговорну обавезу. Овом врстом гаранције банка преузима одговорност за испуњење уговора о грађењу, као и за одговорност за недостатке на грађевини у смислу чл. 641. и 644. Закона о облигационим односима, односно за квалитативне и квантитативне недостатке на роби према одредбама о одговорности продавца за материјалне недостатке из чл. 478. - 500. истог закона. Овде ваља напоменути, да је за разлику од обавеза извођача код уговора о грађењу, односно продавца код уговора о продаји, обавеза банке - гаранта увек и само новчана. То значи да банка одговара за недостатке у испуњењу уговора до висине гарантованог новчаног износа.

Када је у питању обезбеђење обавезе из поступка јавне набавке, које претходе закључењу уговора, као што је нпр. обавеза да понуђача да потпише уговор када је његова понуда изабрана, реч је о посебној врсти лицитационе банкарске гаранције којом се покривају све штете до висине гарантованог износа које би наручилац (инвеститор) претрпео у случају да учесник на лицитацији, чија је понуда прихваћена као најповољнија, не закључи уговор о грађењу (или други уговор о јавној набавци) или не обезбеди банкарску гаранцију за добро извршење посла. Рок важења лицитационе гаранције се најчешће одређује према року у којем је наручилац дужан да, у складу са објављеним условима лицитације, изврши избор најбољег понуђача.²¹

Такође, посебна врста гаранције за враћање аванса постоји у поступку јавних набавки где наручилац може у конкурсној документацији да наведе банкарску гаранцију као средство финансијског обезбеђења за повраћај авансног плаћања (члан 30. став 6. Закона о јавним набавкама). Гаранцијом за враћање аванса као посебном врстом банкарске гаранције, која је класификована према врсти правног посла чије се испуњење обезбеђује, банка преузима обавезу према кориснику гаранције да ће му исплатити гарантовани износ у случају ако његов дужник из основног уговора (извођач радова, продавац) не изврши своје уговорне обавезе за које је корисник гаранције дао аванс или уопште не врати аванс.²²

²⁰ Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама*, Друго допуњено издање, «Пословни биро», Београд, 2010, (у даљем тексту: I), стр. 87.

²¹ Петровић, З., Козар, В., *Обезбеђење потраживања*, «Диспублик», Београд, 2009, (у даљем тексту: II), стр. 132.

²² Петровић, З., Козар, В., *нав. дело* (II), стр. 132.

Законом којим се уређује годишњи буџет Републике Србије прописује се износ средстава јавне набавке изнад којег је наручилац дужан да захтева банкарску гаранцију за испуњење обавеза у поступку јавне набавке, као и за испуњење уговорних обавеза.²³

Уређујући рок за подношење понуда, Закон о јавним набавкама у члану 59. став 4. прописује да по истеку рока за подношење понуда понуђач не може повући нити мењати понуду, а уколико то ипак учини или уколико не потпише уговор када је његова понуда изабрана, наручилац је овлашћен да уновчи гаранцију дату уз понуду. Закон не објашњава ближе о каквим гаранцијама је реч, али свакако реч је о средствима обезбеђења уговорне обавезе, пре свега о меници као хартији од вредности, а и о банкарској гаранцији.²⁴ У суштини, реч је о посебној врсти лицитационе банкарске гаранције

Лицитационом банкарском гаранцијом покривају се све штете до висине гарантованог износа које би наручилац (инвеститор) претрпео у случају да учесник на лицитацији, чија је понуда прихваћена као најповољнија, не закључи уговор о грађењу или други уговор о јавној набавци или не обезбеди банкарску гаранцију за добро извршење посла или, противно забрани установљеној Законом о јавним набавкама, повуче или измени понуду по истеку рока за подношење понуда. Рок важења лицитационе гаранције се најчешће одређује према року у којем је наручилац дужан да, у складу са објављеним условима лицитације, изврши избор најбољег понуђача.

Из цитираних законских одредаба видљив је значај обавезе прибављања банкарске гаранције у поступку јавне набавке и приликом закључења уговора о јавној набавци, јер наручилац у конкурсној документацији, као једно од средстава финансијског обезбеђења, може да захтева банкарску гаранцију, а у одређеним случајевима је дужан да захтева банкарску гаранцију. Ако банка није издала одговарајућу банкарску гаранцију, сагласно условима из конкурсне документације (лицитациону гаранцију, гаранцију за добро извршење посла или за враћање аванса), на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције, тада налогодавац (понуђач у поступку јавне набавке) има право на накнаду штете због повреде уговорне обавезе сагласно члану 262. став 2. Закона о облигационим односима. Штету представља изгубљену добит, јер би наручилац могао да одбије да закључи уговор о јавној набавци са налогодавцем као понуђачем, или да раскине већ закључени уговор због неприбављања банкарске гаранције. Шта више, неиздавање лицитационе банкарске гаранције онемогућава понуђача да

²³ Члан 30. став 11. Закона о јавним набавкама

²⁴ Козар, В., *нав. дело* (I), стр. 86.

учествује у поступку јавне набавке, што доводи до његове дисквалификације, јер његову понуду чини неисправном.

Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету која се састоји у умањењу његове имовине за трошкове учешћа у поступку јавне набавке и сл.

5. Полагање банкарске гаранције у поступку уновчења имовине стечајног дужника

Циљ стечајног поступка јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.²⁵ У ситуацији када је имовина дужника умањена толико да је пасива већа од активе, настају услови за намирење у стечајном поступку, те начело колективног извршења над целокупном имовином инсолвентног привредног субјекта ради скупног и сразмерног намирења поверилаца дерогира начело приоритетности наплате. Стечајни поступак омогућава заједничко и сразмерно намирење поверилаца.²⁶

На основу основног уговора настаје правни однос између повериоца и дужника који се посебном финансијском клаузулом обавезује да прибави гаранцију одређене банке ради обезбеђења повериоачевог потраживања. Неиспуњење ове обавезе даје повериоцу право да раскине уговор и да од дужника тражи накнаду штете због неизвршења уговора. Посебан значај имају уговори о продаји имовине стечајног дужника или самог стечајног дужника као правног лица.

Банкарска гаранција као инструмент обезбеђења у поступку уновчења имовине стечајног дужника није регулисана Законом о стечају,²⁷ али је предвиђена Националним стандардом број 5. о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника²⁸ када је у питању обавеза полагања депозита у износу 20% од процењене вредности предмета продаје пре одржавања продаје јавним надметањем, односно продаје јавним прикупљањем понуда.

Оглас о продаји јавним надметањем садржи: износ депозита који су заинтересовани купци дужни да положе најкасније три дана пре дана одржавања продаје, као и датум полагања депозита у новцу или полагањем банкарске гаранције са детаљним условима, укључујући и обавештење о начину и месту преузимања Продајне документације.

²⁵ Козар, В., *Коментар стечајних закона*, Прво издање, «Пословни биро», Београд, 2010, стр. 10.

²⁶ Дукић – Мијатовић. М., *Водич кроз стечајни поступак*, издање аутора, Нови Сад, 2010, стр. 13.

²⁷ "Службени гласник РС", бр. 104/2009

²⁸ Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом - "Службени гласник РС", бр. 13/2010.

Оглас о продаји јавним прикупљањем понуда садржи: износ депозита или банкарске гаранције који су понуђачи дужни да положи, најкасније три дана пре дана одржавања продаје, као и датум полагања депозита или банкарске гаранције са детаљним условима, укључујући и обавештење о начину и месту преузимања Продајне документације.

Дакле, у оба случаја полагање депозита у новцу може бити замењено полагањем банкарске гаранције.

Поред обезбеђења, односно замене обавезе полагање депозита у новцу полагањем банкарске гаранције, стечајни управник може, по општим правилима облигационог права, захтевати полагање банкарске гаранције којом се обезбеђује обавеза исплате купопродајне цене, поготово ако се цена плаћа у ратама, било да је реч о продаји појединачних делова имовине стечајног дужника или самог стечајног дужника као правног лица.

Ако банка није издала гаранцију за обезбеђење депозита ради учешћа у поступку продаје имовине стечајног дужника, на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције, тада налогодавац има право на накнаду штете због повреде уговорне обавезе сагласно члану 262. став 2. Закона о облигационим односима. Штета може бити изгубљену добит, коју потенцијални купац није остварио привредним искоришћавањем имовине која је била предмет продаје, с обзиром да му је онемогућено да учествује у поступку јавног надметања, односно прикупљања понуда.

Ако банка није издала гаранцију за обезбеђење обавезе исплате купопродајне цене, тада стечајни управник може да одбије закључење уговора о продаји или пак да раскине већ закључени уговор због неприбављања банкарске гаранције, те да уговор закључи са другим најповољнијим учесником надметања, односно понуђачем. И у том случају, налогодавац има право на накнаду штете у виду изгубљене добити, коју као потенцијални купац није могао да оствари економским коришћењем предмета продаје. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку јавног надметања, односно прикупљања понуда, а посебно због задржаног депозита који износи 20% од процењене вредности предмета продаје.

Као што је наведено, за разлику од саме банкарске гаранције, уговор о издавању банкарске гаранције који се закључује између банке и налогодавца не мора бити закључен у писменој форми, јер је реч о уговору о налогу, за који законом није прописана посебна форма. Банкарску гаранцију, дакле треба разликовати од уговора о издавању банкарске гаранције који се закључује између банке и налогодавца. Издавањем банкарске гаранције банка испуњава своју уговорну обавезу из уговора о издавању банкарске гаранције (који је по својој правној природи уговор о налогу), док обавезу према кориснику испуњава исплатом износа наведеног у гаранцији. Доказивање да је закључен уговор о издавању банкарске гаранције могуће је свим доказним средствима дозвољеним процесним законом, а посебно је квалитетан доказ

одговарајући писмени акт банке, којим потврђује да је прихватила понуду налогодавца, односно захтев за издавање банкарске гаранције, нпр. писмо о намерама и сл.

6. Правне последице недостављања банкарске гаранције у поступку приватизације

Правне последице недостављања банкарске гаранције у поступку приватизације састоје се у раскиду уговора по сили закона, односно у елиминацији учесника из поступка аукцијске продаје.

6.1. Раскид уговора о приватизацији због недостављања гаранције за инвестиционо улагање

Правне последице недостављања банкарске гаранције у поступку приватизације предвиђене су чланом 41а став 1. тачка 5. Закона о приватизацији²⁹ у коме је прописано да се уговор о продаји капитала, односно имовине сматра раскинутим због неиспуњења ако, ни у накнадно остављеном року за испуњење, купац не достави гаранцију за инвестиционо улагање на начин утврђен уговором.

Дакле, у питању је раскид уговора о приватизацији по сили закона, што доводи до значајних правних последица, укључујући и накнаду штете купцу, као налогодавцу, ако банка није издала банкарску гаранцију, на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције.³⁰

И у том случају, налогодавац има право на накнаду штете у виду изгубљене добити, коју као купац није могао да оствари користећи власничка права у субјекту приватизације. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку приватизације, а посебно због задржане цене, с обзиром да према изричитој одредби из члана 41а став 3. Закона о приватизацији, у случају раскида уговора о продаји капитала, односно имовине због неиспуњења уговорених обавеза од стране купца капитала, купац капитала као несавесна страна, нема

²⁹ "Службени гласник РС" бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 30/2010

³⁰ Дукић-Мијатовић, М., Спасић, С., *Раскид уговора о продаји капитала у процесу приватизације и накнада штете*, Зборник радова "Златиборски правнички дани Славко Царић", Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија Нови Сад - Часопис Право, теорија и пракса, "Право" доо и Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија Нови Сад, 2008, стр. 57 - 77.

право на повраћај плаћеног износа на име уговорене цене, ради заштите општег интереса.³¹

Пре новеле из 2005. године, којом је недостављање гаранције за инвестиционо улагање изричито предвиђено као разлог за раскид уговора о приватизацији, у судској пракси је применом општих правила о раскиду уговора због неиспуњења из члана 124. Закона о облигационим односима, био заузет став о раскиду уговора о продаји друштвеног капитала због недостављања банкарске гаранције као средства обезбеђења обавезе инвестирања. Према ставу праксе, када је обавеза купца да инвестира у субјекат приватизације везана за одређени рок, који се рачуна од дана од закључења уговора о продаји друштвеног капитала и имовине, то није и рок за предају банкарске гаранције као средства обезбеђења ове уговорне обавезе, већ се банкарска гаранција мора обезбедити и предати Агенцији за приватизацију одмах по закључењу уговора, а ако купац то не учини ни у накнадно остављеном року, Агенција има право да раскине уговор због неиспуњења. У образложењу овог става истакнуто је да су били испуњени уговорни, као и законски услови за раскид уговора о продаји друштвеног капитала због неизвршења уговорних обавеза од стране туженог као купца. За такву одлуку битно је то да тужени купац није у време раскида, а ни након тога, ни инвестирао, ни обезбедио инвестирање банкарском гаранцијом, што је у смислу одредбе члана 124. Закона о облигационим односима довољан разлог за раскид уговора који је учинила Агенција. Када је инвестирање везано за рок од годину дана од закључења уговора, јасно је да то није рок за предају банкарске гаранције као средства обезбеђења, већ се иста мора обезбедити и предати другој уговорној страни одмах по закључењу уговора, што предвиђа и уговор у клаузули 3. (без одлагања). Није постојала обавеза Агенције да по захтеву туженог купца мења уговорне одредбе како је купац предлагао.³²

6.2. Елиминација учесника из поступка аукцијске продаје због неполагања банкарске гаранције

У члану 18. став 2. тачка 3. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом³³ предвиђено је да право учешћа на аукцији имају домаћа и страна правна и физичка лица ако су уплатили депозит. Депозит

³¹ Козар, В., *Правне последице због неиспуњења уговорне обавезе издавања банкарске гаранције*, часопис "Радноправни саветник", «Пословни биро», Београд, бр. 3/2011, стр. 83.

³² Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 9366/04 од 27. XII 2004, Софтверски пакет за правнике, "Интермех", Београд, 2010.

³³ "Службени гласник РС", бр. 52/2005, 91/2007, 96/2008, 98/2009

уплаћује, односно полаже заинтересовано лице, ради обезбеђења учешћа на аукцији, односно надметањима (члан 2).

Међутим, одредбама наведене уредбе предвиђено је да је поред новчаног износа, депозит и првокласна банкарска гаранција прихватљива од Агенције.³⁴ Дакле, депозит за аукцију може да се уплати у готовом новцу или полагањем првокласне банкарске гаранције.³⁵

Ако депозит није уплаћен у готовом новцу или полагањем првокласне банкарске гаранције долази до елиминације учесника из поступка аукцијске продаје. Иста правна последица наступа у случају полагања банкарске гаранције у поступку аукцијске продаје на мањи износ од предвиђеног депозита.

Дакле, неполагање банкарске гаранције у износу предвиђеног депозита доводи до елиминације учесника из поступка аукцијске продаје и других значајних правних последица, укључујући и накнаду штете учеснику, као налогодавцу, ако банка није издала банкарску гаранцију, на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције.

И у том случају, налогодавац има право на накнаду штете у виду изгубљене добити, коју као купац није могао да оствари користећи власничка права у субјекту приватизације. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку продаје капитала и имовине јавном аукцијом, нпр. за куповину аукцијске документације.³⁶

У време важења раније Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом,³⁷ која је садржала сличне одредбе, у судској пракси заузет је став о значају банкарске гаранција у поступку аукцијске продаје. Према ставу праксе, полагање банкарске гаранције у поступку аукцијске продаје на мањи износ од предвиђеног депозита је разлог за елиминацију учесника из поступка, без претходног налагања да се овај недостатак отклони.

У образложењу наведеног става истакнуто је да се тужбом основано указује на повреду правила поступања у поступку који је претходио утврђивању најповољнијег купца аукцијске продаје наведеног предузећа, која је битно утицала на верификацију учесника у поступку аукцијске продаје. Управни органи у образложењу својих решења су утврдили одлучну чињеницу која је од значаја за законитост спроведене аукцијске продаје и која се тиче банкарске гаранције на име депозита која је издата

³⁴ Члан 2. тачка 6. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом

³⁵ Члан 3. став 6. и члан 5. став 7. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом

³⁶ Сагласно члану 18. став 2. тачка 1. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом предвиђено је да право учешћа на аукцији имају домаћа и страна правна и физичка лица ако су купили аукцијску документацију.

³⁷ "Службени гласник РС", бр. 45/01, 45/02, 19/03, 59/94 и 98/04

од стране заинтересованог лица. Тужени орган у образложењу оспореног решења утврђује да је заинтересовано лице у овом управном спору доставило гаранцију ради учешћа на аукцији на износ 8.600.000,00 динара, па будући да гаранција није издата на пун износ депозита од 23.365.000,00 динара, наложио је издаваоцу гаранције да у остављеном року уподоби гаранцију на износ депозита, те да изда гаранцију на пуни износ депозита. Заинтересовано лице је, поступајући по налогу првостепеног органа у остављеном року доставило гаранцију на пуни износ депозита, па га је Агенција прихватила као законито установљеног учесника у поступку аукцијске продаје. Врховни суд Србије налази да заинтересовано лице у овом управном спору, полазећи од напред утврђених чињеница, није могло да добије статус законитог учесника у поступку аукцијске продаје наведеног предузећа. Одредбом члана 2. став 6. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом (*"Службени гласник РС", бр. 45/01 ... 19/03*), предвиђено је да је депозит новчани износ, првокласна банкарска гаранција, односно обвезнице по основу неисплаћене девизне штедне грађана издате физичким лицима која су држављани Републике Србије, по њиховој номиналној вредности (у даљем тексту: обвезнице). Депозит уплаћује, односно полаже заинтересовано лице, ради обезбеђења учешћа на аукцији, односно надметањима. Одредбом члана 12. исте уредбе је предвиђено да право учешћа на аукцији имају домаћа и страна правна и физичка лица, а ова лица могу учествовати на аукцији ако су 1) купили аукцијску документацију, 2) регистровани као учесници на аукцији и 3) уплатили депозит. Како се види из цитиране одредбе, наведени услови су предвиђени кумулативно. Код неспорне чињенице да заинтересовано лице у овом управном спору приликом обраћања Агенцији ради учешћа у поступку аукцијске продаје, није доставило банкарску гаранцију на пуни износ утврђеног депозита, погрешно је првостепени орган када је, уз примену одредбе члана 17. став 2. цитиране уредбе, наложио банци која је издала гаранцију на мањи износ од предвиђеног депозита, да изда нову гаранцију на пуни износ депозита. Ово из разлога што је цитираном одредбом предвиђено да Агенција може упутити захтев заинтересованим физичким и правним лицима да пријаве за учешће на аукцији, које не садрже сву потребну документацију, допуне или измене у року од 2 дана од дана достављања обавештења из става 1. истог члана. Према правном ставу Врховног суда Србије, уплата депозита или полагање банкарске гаранције на предвиђени износ депозита ради учешћа на аукцији представља један од три кумулативна услова предвиђена одредбом члана 12. став 2. цитиране уредбе, па се овлашћење агенције, предвиђено одредбом члана 17. став 2. уредбе да може да тражи у одређеном року допуну или измену пријаве за учешће на аукцији која не садржи сву потребну документацију, односи на саму пријаву за учешће, али не и на отклањање недостатака који се тичу издате банкарске гаранције на мањи

износ од предвиђеног депозита. Чињеница полагања банкарске гаранције на мањи износ од утврђеног депозита представља разлог за елиминацију таквог учесника из поступка аукцијске продаје због неиспуњавања предвиђених услова, без накнадног налагања да се овај недостатак отклони. Имајући у виду да је Агенција омогућила заинтересованом лицу у овом управном спору да отклони недостатак који се тиче неисправне банкарске гаранције, какво овлашћење у наведеној уредби не постоји, нити се цитирана одредба члана 17. став 2. уредбе односи на отклањање овог недостатка, то су очигледно оваквим ставом повређена правила поступања у поступку аукцијске продаје због које повреде је омогућено заинтересованом лицу у овом управном спору да учествује у поступку аукцијске продаје иако за то није испуњавало услове.³⁸

7. Полагање банкарске гаранције у царинском поступку

Полагање банкарске гаранције, као обезбеђења за плаћање царинског дуга регулисано је Царинским законом³⁹ и Уредбом о царински дозвољеном поступању с робом.⁴⁰

Обезбеђење за плаћање царинског дуга полаже се депоновањем готовине или банкарском гаранцијом.

Банка гарант се у писменој форми обавезује да ће у року доспелости, солидарно са дужником, платити износ царинског дуга обухваћеног гаранцијом, укључујући камате и трошкове настале у поступку наплате неплаћеног царинског дуга.⁴¹ Дакле, царинска гаранција припада врсти солидарних банкарских гаранција, код којих се корисник не мора обраћати дужнику из основног правног посла са захтевом да испуни своју обавезу плаћања царинског дуга. Он се може одмах обратити банци са захтевом да она изврши обавезу из гаранције. Код супсидијарних гаранција банка је дужна исплатити гарантовани износ тек ако се корисник гаранције претходно обратио дужнику са захтевом да изврши своју обавезу плаћања царинског дуга.⁴²

Банка гарант мора бити основана у Републици Србији, а њено јемство прихватљиво по оцени царинског органа. Царински орган може да одбије банку гаранта или предложени облик гаранције, ако оцени да се тиме не

³⁸ Из пресуде Врховног суда Србије, У. 6492/04 од 24. XI 2005, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2005, Интермех, Београд, аутор сентенце: Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије.

³⁹ "Службени гласник РС", бр. 18/2010

⁴⁰ "Службени гласник РС", бр. 93/2010

⁴¹ Члан 231. став 1. Царинског закона

⁴² Мићовић, М., *нав. дело*, стр. 526.

обезбеђује благовремена наплата царинског дуга.⁴³ Специфичност царинске гаранције састоји се у томе што банка гарант мора бити основана у Републици Србији, дакле домаћа банка, што значи да се као средство обезбеђења у царинском поступку не прихватају гаранције страних банака.

Рок важења банкарске гаранције не може бити краћи од рока у којем може настати царински дуг, продужен за три месеца, односно шест месеци за банкарске гаранције поднете као обезбеђење за плаћање царинског дуга који би могао настати у поступку активног оплемењивања.⁴⁴ Према цитираном пропису, друга посебна карактеристика царинских гаранција јесу рокови. Ваља разликовати два рока. Прво, рок у којем може настати царински дуг – то је период који се обезбеђује гаранцијом, тј. период у коме може настати обавеза, односно царински дуг за који банка гарантује. У суштини реч је о периоду у коме роба, која подлеже плаћању царине, прелази царинску линију. Затим, рок важења банкарске гаранције – то је период у коме се гаранција може поднети банци на наплату, и он је за три месеца, односно шест месеци дужи од периода који се обезбеђује гаранцијом, што је логично јер је Царини потребно извесно време да обрачуна царину, да процени да ли ће царински обвезник (налогодавац) да добровољно да плати царину, да обрачуна камату итд, као и да сачини захтев за плаћање гаранције и достави га банци - гаранту. Сматрамо, да имајући у виду садржину цитираних прописа, нису прихватљиви ставови судске праксе, који не праве разлику између ова два рока. Према ставу праксе, наплата неизмирених обавеза царинског обвезника (банчиног налогодавца) по основу издате царинске гаранције не може се вршити од гарантне банке после истека важности гаранције, без обзира што се обавеза односи на робу оцарињену за време важења гаранције, јер је то противно самој природи царинске гаранције чији је један од битних елемената рочност.⁴⁵ Исто тако, корисник гаранције дужан је да тражи наплату гарантоване суме у року важности гаранције а за сву робу која је оцарињена у току важности гаранције. Ако је корисник гаранције оцарињенио робу последњег дана важности гаранције, он је дужан да тога дана тражи наплату по тој гаранцији (поштом).⁴⁶

У погледу правне природе царинске гаранције, у судској пракси преовладавају ставови да је у питању акцесорна банкарска гаранција. Према ставу праксе, царинска гаранција је акцесорна банкарска гаранција

⁴³ Члан 231. став 2. Царинског закона

⁴⁴ Члан 600. Уредбе о царински дозвољеном поступању с робом

⁴⁵ Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 493/98 од 20. X 1999, Петровић, З., Козар, В., *нав. дело* (I), стр. 1204

⁴⁶ Правно схватање утврђено на заједничкој седници одељења за привредне спорове и привредне преступе Вишег привредног суда у Београду од 9. VII 1998, Петровић, З., Козар, В., *нав. дело* (I), стр. 1213.

из члана 1083. Закона о облигационим односима, што значи да је обавеза гаранта тесно везана за обавезе налогодавца према кориснику гаранције и важи само уколико су те обавезе пуноважне.⁴⁷ Међутим, насупротив наведеном ставу судске праксе, нови прописи царинску гаранцију сврставају у апстрактне банкарске гаранције из члана 1087. Закона о облигационим односима, које су независне од постојања и пуноважности обавезе из основног правног посла поводом кога је гаранција издата, дакле не у акцеосрне банкарске гаранције. Наиме, према члану 602. Уредбе о царински дозвољеном поступању с робом, банкарска гаранција за обезбеђење царинског дуга, поред рока важења гаранције и износа царинског дуга за који се полаже обезбеђење, садржи и клаузулу "на први позив" и "без приговора. А према члану 1087. став 1. Закона о облигационим односима, ако банкарска гаранција садржи клаузулу "без приговора", "на први позив" или садржи речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавезе. Код апстрактне гаранције банка би према кориснику могла да истиче само приговоре из гаранције – начело аутономије гаранције (нпр. приговор да је рок важења гаранције истекао).⁴⁸

Банкарска гаранција за обезбеђење царинског дуга садржи оверу царинског органа о прихватању гаранције (број, датум, потпис овлашћеног службеника и печат).⁴⁹ Прихватање гаранције у форми овере царинског органа, као обавезан елемент царинске гаранције, представља такође одступање од општих правила, јер је банкарска гаранција облигационог права, једностранни правни посао,⁵⁰ тј. банкарски услужни посао, а не двострани правни посао – уговор, за чији настанак би био потребан прихват корисника гаранције, као друге стране у облигационом односу, чији је извор гаранција. Међутим, сматрамо да и обавеза банке према кориснику царинске гаранције настаје једностраном изјавом воље банке израженој у датој гаранцији. Поверилац из основног правног посла (корисник гаранције) може користити гаранцијом и када није сагласан са њеним условима, јер се за настанак пуноважне гаранцијске обавезе не тражи сагласност двају воља⁵¹

Неполагање банкарске гаранције, као обезбеђења за плаћање царинског дуга доводи до немогућности увоза робе и других правних

⁴⁷ Из решења Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 1144/02 од 8. V 2002, Петровић, З., Козар, В., *нав. дело* (I), страна 1197.

⁴⁸ Васиљевић, М., *Пословно право*, Савремена администрација д.д, Београд, 1997, (у даљем тексту: II), стр. 729.

⁴⁹ Члан 602. Уредбе о царински дозвољеном поступању с робом

⁵⁰ Васиљевић, М., *нав. дело* (II), стр. 725 - 726

⁵¹ Мићовић, М., *нав. дело*, стр. 519.

последница, укључујући и накнаду штете налогодавцу, ако банка није издала царинску гаранцију, на чије се издавање обавезала уговором о издавању царинске гаранције. Налогодавац, царински дужник – шпедитер или други увозник робе, имао би право на накнаду штете у виду изгубљене добити, коју као шпедитер или увозник није могао да оствари обављањем своје пословне активности организовања превоза и увоза робе. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења имовине до које би дошло услед плаћања камате банци од које би налогодавац био принуђен да узме кредит ради обезбеђења средстава за измирење царинског дуга.

Закључак

Банкарска гаранција је банкарски услужни посао којим банка гарантује повериоцу да ће дужник уредно извршити своју обавезу, тј. да ће повериоцу измити обавезу о доспелости ако то дужник не учини. Банка се код ових послова појављује у улози јемца.

Правни однос између налогодавца (дужника из основног правног посла), и банке која издаје гаранцију настаје закључењем уговора о издавању банкарске гаранције. Према својој правној природи ово је уговор о налогу, а могу постојати и елементи уговора о кредиту.

Неиспуњавање обавезе прибављања банкарске гаранције за добро извршење посла код уговора о грађењу, ако другачије није уговорено, не даје право наручиоцу радова да од извођача радова захтева исплату износа на који је требало да гласи гаранција, ако се нису стекли услови за испуњење обавезе из банкарске гаранције.

Банкарска гаранција предвиђена је као инструмент обезбеђења испуњења обавеза понуђача по Закону о јавним набавкама. У суштини, Закон о јавним набавкама, према врсти правног посла чије се испуњење обезбеђује, разликује три врсте банкарске гаранције и то: лицитациону гаранцију, гаранцију за добро извршење посла, као и гаранцију за враћање аванса.

Ако банка није издала одговарајућу банкарску гаранцију, сагласно условима из конкурсне документације (лицитациону гаранцију, гаранцију за добро извршење посла или за враћање аванса), на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције, тада налогодавац (понуђач у поступку јавне набавке) има право на накнаду штете због повреде уговорне обавезе сагласно члану 262. став 2. Закона о облигационим односима. Штету представља изгубљену добит, јер би наручилац могао да одбије да закључи уговор о јавној набавци са налогодавцем као понуђачем, или да раскине већ закључени уговор због неприбављања банкарске гаранције. Шта више, неиздавање лицитационе банкарске гаранције онемогућава понуђача да учествује у поступку јавне

набавке, што доводи до његове дисквалификације, јер његову понуду чини неисправном. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету која се састоји у умањењу његове имовине за трошкове учешћа у поступку јавне набавке и сл.

Банкарска гаранција као инструмент обезбеђења у поступку уновчења имовине стечајног дужника није регулисана Законом о стечају, али је предвиђена Националним стандардом број 5. о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника када је у питању обавеза полагања депозита пре одржавања продаје.

Поред обезбеђења, односно замене обавезе полагање депозита у новцу полагањем банкарске гаранције, стечајни управник може, по општим правилима облигационог права, захтевати полагање банкарске гаранције којом се обезбеђује обавеза исплате купопродајне цене, поготово ако се цена плаћа у ратама, било да је реч о продаји појединачних делова имовине стечајног дужника или самог стечајног дужника као правног лица.

Ако банка није издала гаранцију за обезбеђење депозита ради учешћа у поступку продаје имовине стечајног дужника, на чије се издавање обавезала уговором о издавању банкарске гаранције, тада налогодавац има право на накнаду штете због повреде уговорне обавезе сагласно члану 262. став 2. Закона о облигационим односима. Штета може бити изгубљена добит, коју потенцијални купац није остварио привредним искоришћавањем имовине која је била предмет продаје, с обзиром да му је онемогућено да учествује у поступку јавног надметања, односно прикупљања понуда.

Ако банка није издала гаранцију за обезбеђење обавезе исплате купопродајне цене, тада стечајни управник може да одбије закључење уговора о продаји или пак да раскине већ закључени уговор због неприбављања банкарске гаранције, те да уговор закључи са другим најповољнијим учесником надметања, односно понуђачем. И у том случају, налогодавац има право на накнаду штете у виду изгубљене добити, коју као потенцијални купац није могао да оствари економским коришћењем предмета продаје. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку јавног надметања, односно прикупљања понуда, а посебно због задржаног депозита који износи 20% од процењене вредности предмета продаје.

Правне последице недостављања банкарске гаранције у поступку приватизације састоје се у раскиду уговора по сили закона, односно у елиминацији учесника из поступка аукцијске продаје. Налогодавац има право на накнаду штете у виду изгубљене добити, коју као купац није могао да оствари користећи власничка права у субјекту приватизације. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења

имовине у висини трошкова учешћа у поступку приватизације, а посебно због задржане цене, с обзиром да у случају раскида уговора због неиспуњења, купац капитала нема право на повраћај плаћеног износа на име уговорене цене.

У случају у елиминације учесника из поступка аукцијске продаје због недостављања банкарске гаранције, налогодавац има право на накнаду штете од банке у виду изгубљене добити, коју као купац није могао да оствари користећи власничка права у субјекту приватизације. Такође, налогодавцу би припадало и право на обичну штету због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку продаје капитала и имовине јавном аукцијом, нпр. за куповину аукцијске документације

У погледу правне природе царинске гаранције, у судској пракси преовладавају ставови да је у питању акцесорна банкарска гаранција. Међутим, насупрот ставу судске праксе, нови прописи царинску гаранцију сврставају у апстрактне банкарске гаранције из члана 1087. Закона о облигационим односима, које су независне од постојања и пуноважности обавезе из основног правног посла поводом кога је гаранција издата, јер банкарска гаранција за обезбеђење царинског дуга, мора да садржи и клаузулу "на први позив" и "без приговора". Неполагање банкарске гаранције, као обезбеђења за плаћање царинског дуга доводи до немогућности увоза робе и других правних последица, укључујући и накнаду штете налогодавцу, ако банка није издала царинску гаранцију, на чије се издавање обавезала уговором о издавању царинске гаранције.

Miroslav Vrhovšek, Ph.D., Full-time Professor

Vladimir Kozar, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Law, University of Business Academy, Novi Sad

BANK GUARANTEE AS A SERVICE BANKIGN BUSINESS AND COMPENSATION OF DAMAGE

Summary

The practice of business entities by the term "bank guarantee" means different legal institutes, aimed at ensuring the fulfillment of contract obligations the banks' clients. It is a different means of securing both personal (endorsement guarantee, acceptance bill, documentary credit, etc..) and the actual or the real (pledge, mortgage, lien on securities). Ensuring the

fulfillment of contractual obligations is a common feature of these institutes in the wider sense of the "bank guarantee" for the fulfillment of contractual obligations. However, the bank guarantee in the narrow sense is a separate legal institution that has specific characteristics, and that it, in spite of certain common points, significantly different from the above mentioned institutes.

The subject of this paper of damage if not issued bank guarantee in the narrow sense. It is a contractual damages for breach of obligations resulting from contracts of the bank issuing the bank guarantee, which can be both tangible (actual damages and profits escaped) and intangible, and consists in violation of the business reputation of the payer as the other contracting party.

Also, the legal basis for compensation may be also if the bank issue a guarantee under conditions different from those provided by contract on the issuance of bank guarantees - eg. to a lower amount than the agreed, with shorter validity, or under other conditions, or if another type of warranty issue - eg. agreed the issue of unconditional bank guarantee, but a bank issue conditional bank guarantee.

Key words: *bank guarantee, security claims, compensation, damage, lost profit, non-material damages, termination of contracts, public procurement, bankruptcy, privatization, customs guarantee*

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

338.46:34(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп XXI век - век
услуга и услужног права (2011 ; Крагујевац)

XXI век - век услуга и услужног права :
[зборник реферата са Међународног научног
скупа одржаног 5. маја 2011. године, на
Правном факултету у Крагујевцу у организацији
Института за правне и друштвене науке Правног
факултета Универзитета у Крагујевцу] /
уредник Миодраг Мићовић. - Крагујевац :
Правни факултет Универзитета, Институт за
правне и друштвене науке, 2011 (Краљево :
Кварк). - X, 892 стр. ; 24 cm

Текст ћир. и лат. - Тираж 200. - Напомене и
библиографске референце уз текст. -
Summaries.

ISBN 978-86-7623-024-2

1. Мићовић, Миодраг [уредник] 2. Правни
факултет (Крагујевац). Институт за правне и
друштвене науке

а) Услуге делатности - Правни аспект -
Зборници б) Услуге - Правна заштита -
Зборници

COBISS.SR-ID 183493900