

KRIVIČNO DELO ZLOUPOTEBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM – *de lege lata* i *de lege ferenda*¹

Jelena Kostić²

Javne nabavke predstavljaju trošak za državu. Imajući u vidu način prikupljanja javnih prihoda, one ujedno predstavljaju i trošak za poreske obveznike. Ponašanja kojima se krše odredbe propisa o javnim nabavkama u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja mogu se kvalifikovati kao prekršaji ili kao krivična dela.

Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom postalo je deo krivičnog zakonodavstva 2012. godine. Međutim, veoma mali broj zemalja propisuje kao posebno krivično delo ponašanja koja predstavljaju zloupotrebe u u postupcima javnih nabavki. Razlog za to je možda činjenica što se ona mogu podvesti pod zakonski opis nekih drugih krivičnih dela, kao što su npr. prevara, davanje mita, zaključenje restriktivnog sporazuma ili zloupotreba službenog položaja. Često se bolji rezultati u suzbijanju kriminaliteta postižu unapređenjem institucionalnih kapaciteta i saradnje nadležnih organa, nego propisivanjem novih, posebnih oblika određenih krivičnih dela. Takav je slučaj i sa krivičnim delom zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. U skladu sa tim autor u ovom radu daje predlog de lege ferenda u pogledu navedenog dela.

KLJUČNE REČI: zloupotreba, javne nabavke, de lege lata, de lege ferenda

UVOD

Pod javnim nabavkama se podrazumeva nabavka dobara, usluga ili radova od strane korisnika javnih sredstava. Lica koja se javljaju u ulozi ponuđača nisu zaposlena u javnom sektoru, već se radi o licima koja se bave određenom privrednom delatnošću. Nabavka tih dobara, usluga ili radova mora da bude racionalna. To znači da se oni mogu nabavljati samo ukoliko za njima postoji realna potreba, ukoliko zadovoljavaju uslove predviđene planom javnih nabavki u skladu sa relevantnim propisima i ukoliko zadovoljavaju kriterijume koji su sadržani u konkursnoj dokumentaciji. Osim toga, svim učesnicima u postupku javne nabavke u skladu sa načelom slobodne konkurencije potrebno je dati šansu da dokažu da zadovoljavaju uslove definisane u pozivu za učešće u postupku javne nabavke kako bi njihova ponuda mogla da bude

¹ Tekst je rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu „Srpsko i evropsko pravo: upoređivanje i usaglašavanje“ (broj 179031), koga finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, a sprovodi Institut za uporedno pravo u Beogradu.

² Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, email: j.kostic@iup.rs

izabrana i sa njima zaključen ugovor o nabavci dobara, usluga ili radova.³ Međutim, zloupotrebe u postupcima javnih nabavki su često prisutne u praksi kada se radi o ugovaranju velikih poslova sa isporučiocima opreme, tehnologije, kao i prilikom izvođenja građevinskih radova. To ne znači da zloupotrebe nisu moguće i u nekim drugim postupcima. Tako se u praksi često nabavljaju dobra i usluge koje nisu neophodne ili u količinama većim od potrebnih (Tanjević, N. Špiler, M. 2016: 134). U cilju prevencije takvih ponašanja potrebno je da svaka institucija javnog sektora ima uspostavljen adekvatan sistem internih finansijskih kontrola (Šuput, J. 2012). Osim toga, od posebne važnosti jeste i rad Državne revizorske institucije. Zaposleni u navedenoj instituciji zahvaljujući znanju iz oblasti finansija i računovodstva mogu u velikoj meri da doprinesu otkrivanju i kasnijem procesuiranju izvršilaca zloupotreba u postupku javne nabavke. Zbog toga je od velikog značaja i adekvatan nivo saradnje Državne revizorske institucije i nadležnih tužilaštava i sudova (Šuput, J. 2014). Kako bi se obezbedilo da odabir ponuđača bude zasnovan na objektivnim i nepristrasnim kriterijumima, oni u skladu sa zakonom ne bi smeli da budu u određenoj vrsti odnosa sa naručiocem. Međutim, iako su pravila kojima se obezbeđuje poštovanje tih kriterijuma propisana relevantnim propisima kojima se uređuje oblast javnih nabavki, ona se često ne poštuju u praksi.⁴ Zbog toga su poslednjih godina izmenjeni kako propisi kojima se uređuje postupak javnih nabavki, tako i propisi kojima su predviđene sankcije za protivpravna ponašanja koja nanose štetu javnim sredstvima. Jedan od ciljeva takvog postupanja jeste kako ostvarivanje načela ekonomične i efikasne upotrebe javnih sredstava, tako i prevencija takvih ponašanja i borba protiv korupcije (Varinac, Ninić, 2014: 2). Nakon donošenja novog Zakona o javnim nabavkama 2012. godine, izmenjen je godinu dana kasnije i Krivični zakonik.⁵ Tim izmenama prvi put u grupi krivičnih dela protiv privrede propisano je krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, a čiji zakonski opis nije izmenjen poslednjim novelama Krivičnog zakonika iz 2016. godine.⁶ Međutim, i pre propisivanja zloupotrebe u vezi sa javnom nabavkom kao posebnog krivičnog dela, bilo je moguće krivičnopravno sankcionisanje određenih ponašanja koja se sada mogu podvesti pod njegov zakonski opis. Ta ponašanja su se kvalifikovala kao krivično delo davanje mita, zaključenje restriktiv-

³ Članom 10. Zakona o javnim nabavkama Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 124/2012, 14/2015 i 68/2015), definisano je načelo obezbeđivanja konkurencije prema kojem je naručilac u obavezi da omogući što veću konkurenciju. U skladu sa tim načelom, naručilac ne može da je ograniči, a posebno ne može da onemogući bilo kojeg ponuđača da učestvuje u postupku javne nabavke neoprvadnom upotrebom pregovaračkog postupka niti korišćenjem diskriminatorskih uslova, tehničkih specifikacija i kriterijuma. Osim toga, članom 12. Zakona o javnim nabavkama je definisano i načelo jednakosti ponuđača, a prema kojem je naručilac u obavezi da u svim fazama postupka javne nabavke obezbedi jednak položaj svim ponuđačima. U skladu sa navedenim načelom, on ne može da određuje uslove koji bi značili nacionalnu, teritorijalnu, predmetnu ili sličnu diskriminaciju među ponuđačima niti diskriminaciju koja bi proizilazila iz klasifikacije delatnosti koju obavlja ponuđač.

⁴ Zakon o javnim nabavkama Republike Srbije u posebnom poglavlju u nekoliko članova (čl. 21-30.) propisuje preventivne mere za sprečavanje korupcije i sukoba interesa u postupcima javnih nabavki.

⁵ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 121/2012).

⁶ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 94/2016).

nog sporazuma, prevara i zloupotreba službenog položaja. Zbog velike sličnosti zakonskog opisa navedenih krivičnih dela sa zloupotrebom u vezi sa javnom nabavkom, moglo bi se postaviti pitanje opravdanosti postojanja tog dela. Imajući u vidu nova rešenja predviđena poslednjim izmenama i dopunama krivičnopravnih propisa, trebalo bi veću pažnju posvetiti jačanju institucionalnih kapaciteta organa koji učestvuju u otkrivanju zloupotreba u postupcima javnih nabavki, kao i unapređenju njihove saradnje sa nadležnim tužilaštvima i sudovima.⁷

1. ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM *de lege lata*

Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom prvobitno je bilo propisano u grupi krivičnih dela protiv privrede članom 243a Krivičnog zakonika.⁸ Objekt zaštite krivičnog dela je dvojak. Njime se štiti kako privreda tj. pravo konkurencije, tako i javna sredstva (Kostić, Zirojević, 2017: 264). Iako se u krivičnom zakonodavstvu krivična dela svrstavaju u određenu grupu prema pretežnosti ili značaju zaštitnog objekta (Antolisei: 2008, 23), kod krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom teško je odrediti koji je od njih pretežniji. Navedeno delo je prema odredbi iz 2012. godine, kao i sada imalo dva oblika. Prvi oblik dela bi postojao ukoliko ponuđač podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, ukoliko se određeno lice na nedozvoljen način dogovaralo sa ostalim ponuđačima ili ukoliko su preduzete druge protivpravne radnje u nameri da se na taj način utiče na odluku izvršioca. Podnošenje ponude zasnovane na lažnim podacima moglo se bez postojanja krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom podvesti i pod zakonski opis krivičnog dela prevara, jer lice koje podnosi ponudu zasnovanu na lažnim podacima bi imalo nameru da sebi ili drugom licu pribavi protivpravnu imovinsku korist i na taj način dovede u zabludu ili održava u zabludi naručioca kako bi on u konkretnom slučaju verovatno učinio nešto na štetu javne imovine (javnih sredstava). Zbog toga bi naručilac zaključio ugovor o nabavci dobara, usluga ili radova sa ponuđačem koji ne ispunjava uslove sadržane u pozivu za dostavljanje ponuda u konkretnom postupku javne nabavke. Dakle, preduzimanjem aktivnosti koja predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, bili bi ostvareni elementi bića

⁷ Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije („Službeni glasnik RS“, broj 94/2016) propisana je obaveza uvođenja finansijske forenzike u specijalizovana odeljenja za borbu protiv korupcije viših javnih tužilaštava. Osim toga, propisana je obaveza za državne organe koji učestvuju u otkrivanju i prikupljanju dokaza relevantnih za krivični postupak protiv izvršilaca finansijskih krivičnih dela ili koji raspolažu podacima i informacijama od značaja za sprovođenje finansijske istrage da odrede službenike za vezu koji će tokom celog krivičnog postupka saradivati sa nadležnim organima. Istim Zakonom je propisana i mogućnost obrazovanja tzv. udarnih grupa u zavisnosti od procene javnog tužioca. Takve mere bi trebalo da doprinesu blagovremenom otkrivanju i izricanju presude licima koja su izvršila zloupotrebe u postupcima javnih nabavki. Upravo je neadekvatna saradnja organa koji bi trebalo da otkrivaju postojanje finansijskih krivičnih dela i dostavljaju dokaze o njihovom postojanju i nadležnih tužilaštava i sudova predstavljala jedan od problema u sprovođenju krivičnog postupka protiv njihovih izvršilaca.

⁸ Nakon poslednjih novela Krivičnog zakonika iz 2016. godine, krivično delo je i dalje propisano u grupi krivičnih dela protiv privrede, ali u članu 228.

krivičnog dela prevara.⁹ Krivičnim zakonikom nije bilo definisano šta se smatra pod „dogovaranjem sa drugim ponuđačima na nedozvoljen način“ (Šuput, 2013: 66). U praksi se dešava da se ponuđači dogovore o podeli tržišta tj. o javnim nabavkama u kojima će jedan ili više njih svoju ponudu prilagoditi ponudi drugog ponuđača kako bi na taj način omogućili da ponuda tog lica bude odabrana u postupku javne nabavke. Isto to lice se u drugim postupcima na isti način ponaša prema ponuđačima koji su omogućili da njegova ponuda bude odabrana kao najpovoljnija u drugom postupku javne nabavke. Na taj način vrši se podela tržišta, a što predstavlja obeležje bića krivičnog dela zaključenje restriktivnog sporazuma.¹⁰ Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom bi postojalo i ukoliko su preduzete druge radnje u nameri da se na takav način utiče na donošenje odluke naručioca javne nabavke. Te druge radnje nisu bile propisane Krivičnim zakonikom, pa se pretpostavlja da se misli na davanje ili obećanje poklona ili kakve druge pogodnosti, a što predstavlja zakonski opis krivičnog dela davanje mita.¹¹ Drugi oblik krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom bi postojao ukoliko odgovorno ili službeno lice u naručiocu javne nabavke iskorišćavanjem svog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog ovlašćenja ili nevršenjem svoje dužnosti krši zakon ili druge propise o javnim nabavkama. Da bi se radilo o krivičnom delu zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom potrebno je i nastupanje posledice koja se sastoji u nastupanju štete za javna sredstva. Imajući u vidu takav zakonski opis krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, čini se da ono predstavlja poseban oblik krivičnog dela zloupotreba službenog položaja i da bi se njegova radnja izvršenja i bez postojanja posebnog oblika mogla kvalifikovati kao krivično delo zloupotreba službenog položaja.¹²

Novelama Krivičnog zakonika iz 2016. godine nije izmenjen zakonski opis krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Zbog novih krivičnih dela propisanih u grupi dela protiv privrede, navedeno delo je sada predviđeno članom

⁹ Krivično delo prevara je propisano u grupi krivičnih dela protiv imovine, članu 208. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

¹⁰ Krivično delo zaključenje restriktivnog sporazuma je propisano članom 229. Krivičnog zakonika, grupi krivičnih dela protiv privrede. Delo postoji ukoliko neko lice u subjektu privrednog poslovanja zaključi restriktivni sporazum koji nije izuzet od zabrane u smislu zakona kojim se uređuju zaštita konkurencije, a kojim se određuju cene, ograničava proizvodnja ili prodaja, odnosno vrši podela tržišta. Kada je u pitanju zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, posledica dela se sastoji upravo u podeli tržišta. Određena lica su često odabrani ponuđači u postupcima javnih nabavki, zahvaljujući dogovoru sa drugim ponuđačima.

¹¹ Krivično delo davanje mita propisano je članom 368. Krivičnog zakonika, grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti i postoji ukoliko neko lice službenom ili drugom licu učini, ponudi ili obeća poklon ili drugu korist da službeno lice u okviru svog službenog ovlašćenja ili u vezi sa svojim službenim ovlašćenjem izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši.

¹² Krivično delo zloupotreba službenog položaja propisano je članom 359, grupi dela protiv službene dužnosti. Delo postoji ukoliko neko lice iskorišćavanjem svog službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog službenog ovlašćenja ili ne vršenjem svoje službene dužnosti pribavi sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu kakvu korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povredi prava drugog, S obzirom da se posledica krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom sastoji u nanošenju štete javnim sredstvima, radnja izvršenja navedenog dela bi se mogla podvesti pod zakonski opis krivičnog dela zloupotreba službenog položaja.

228. Krivičnog zakonika. Zakonski opis težeg oblika krivičnog dela se takođe nije izmenio i on postoji ukoliko je krivično delo izvršeno u odnosu na javnu nabavku čiji iznos prelazi 150.000.000 dinara. Iako opisom dela nije definisano da li se taj iznos odnosi na procenjenu vrednost ili vrednost iz ugovora (Matić Bošković, 2017: 221), najverovatnije je zakonodavac mislio na procenjenu vrednost javne nabavke u skladu sa odredbama Zakona o javnim nabavkama.¹³ U tom smislu bi trebalo voditi računa o javnim nabavkama koje se sprovode po partijama. Naime u planu javnih nabavki ukoliko je to moguće, trebalo bi pored ukupne vrednosti naznačiti i vrednost svake partije.¹⁴ Zbog toga bi kao vrednost javne nabavke u kontekstu navedene odredbe Krivičnog zakonika trebalo smatrati ukupnu vrednost procenjene javne nabavke.

Poseban problem u praksi može da predstavlja određivanje štete za javna sredstva. Iako se zloupotrebama u postupcima javnih nabavki nanosi šteta i drugim licima i ugrožavaju prava drugih lica, ona u pogledu javnih sredstava neće biti prisutna u većini slučajeva. U slučaju izostanka štete za javna sredstva, bez obzira što se takvim ponašanjem krše odredbe zakona ili drugih propisa o javnim nabavkama biće ostvareni elementi bića krivičnog dela zloupotreba službenog položaja. Čak i ukoliko šteta za javna sredstva postoji u određenom broju slučajeva, problem u praksi će predstavljati i određivanje njene visine. Naime, u slučaju da vrednost zaključenog ugovora u postupku javne nabavke prevazilazi iznos procenjene vrednosti javne nabavke radiće se o prekršaju iz Zakona o budžetskom sistemu, a ukoliko taj iznos prevazilazi iznos od 1.000.000 dinara u odnosu na iznos utvrđen budžetom ili finansijskim planom radiće se o krivičnom delu nenamensko korišćenje budžetskih sredstava, a ne o krivičnom delu zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom.¹⁵ Obaveze koje preuzimaju direktni i indirektni korisnici budžetskih sredstava, kao i korisnici sredstava organizacija obaveznog socijalnog osiguranja moraju da odgovaraju iznosu koji im je odobren budžetom ili finansijskim planom za tu namenu u tekućoj godini. Jedini izuzetak predstavljaju tzv. kapitalni projekti ili kapitalne (višegodišnje investicije) koje se sprovode u skladu sa odredbama Zakona o budžetskom sistemu i uredbom Vlade kojom se uređuje ta oblast.¹⁶ Zbog toga je već u trenutku donošenja odluke o pokretanju postupka

¹³ U Zakonu o javnim nabavkama na više mesta se navodi procenjena vrednost javne nabavke. Ona se članom 51. stav 3. tačka 3) Zakona definiše kao obavezan deo godišnjeg plana o javnim nabavkama, članom 53. stav 1. tačka 5) kao obavezan deo odluke o pokretanju postupka javne nabavke, a članom 64-65 uređuje se način procenjivanja vrednosti javne nabavke. Procenjena vrednost se kao bitan deo Izveštaja o stručnoj oceni ponuda navodi u članu 105. stav 2. tačka 2. Zakona o javnim nabavkama. Zbog toga se kada se govori o vrednosti javne nabavke misli na njenu procenjenu vrednost.

¹⁴ Javna nabavka po partijama definisana je članom 3. stav 1. tačka 35) Zakona o javnim nabavkama kao javna nabavka čiji je predmet oblikovan u više istovrsnih celina. Ona se sprovodi kako bi se omogućila što veća konkurencija ponuđača za određenu robu, usluge ili radove. Zbog toga je potrebno u planu javnih nabavki, odluci o pokretanju postupka i ostaloj relevantnoj dokumentaciji pored ukupne vrednosti javne nabavke naznačiti i vrednost za svaku partiju (ukoliko je to moguće).

¹⁵ Članom 103. Zakona o budžetskom sistemu Republike Srbije propisani su prekršaji. Krivično delo nenamensko korišćenje budžetskih sredstava propisano je članom 362a Krivičnog zakonika, u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti.

¹⁶ Navedeno je definisano članom 54. Zakona o budžetskom sistemu Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013.ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015-dr. zakon, 103/2015, 99/2016 i 113/2017).

javne nabavke potrebno imati obezbeđena sredstva neophodna za njeno sprovođenje na odgovarajućoj budžetskoj aproprijaciji ili finansijskim planom. Ta sredstva je potrebno da budu obezbeđena i u trenutku pribavljanja saglasnosti od strane nadležnih organa ukoliko se radi o kapitalnim projektima u skladu sa Zakonom o budžetskom sistemu i drugim relevantnim pravnim aktima.¹⁷ Dakle, potrebno je već u trenutku donošenja pisane odluke o pokretanju postupka javne nabavke imati obezbeđena sredstva za njenu realizaciju.

Javne nabavke se osim iz javnih sredstava mogu finansirati i iz sredstava međunarodnih i regionalnih organizacija i na osnovu zaključenih ugovora o donacijama. I za takve javne nabavke potrebno je propisati mere kojima se sprečavaju zloupotrebe. Naročito što se na njih ne primenjuju odredbe Zakona o javnim nabavkama, već posebni postupci definisani od strane nadležnih organizacija i ugovorom o donaciji. Međutim, ti slučajevi nisu obuhvaćeni odredbom člana 228. kojom je propisano krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Prezare koje se javljaju u takvim postupcima mogu se podvesti pod zakonski opis nekih drugih krivičnih dela, kao što je npr. prevara ili neosnovano dobijanje i korišćenje kredita, subvencije i druge pogodnosti itd.¹⁸

2. KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM U UPOREDNOM ZAKONODAVSTVU

Posebno krivično delo koje se može smatrati zloupotrebom u postupku javne nabavke propisano je u veoma malom broju zakonodavstava. Ono postoji u krivičnom zakonodavstvu Estonije, Italije i Republike Srpske. Razlog za to je verovatno činjenica, što se ponašanja kojima se krše propisi u oblasti javnih nabavki mogu podvesti pod zakonski opis nekih drugih krivičnih dela.

2.1. Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom u krivičnom zakonodavstvu Estonije

Članom 300. Krivičnog zakonika Estonije propisano je krivično delo povreda propisa u postupku javnih nabavki. Zakonski opis navedenog dela je izmenjen 2017. godine. Prema ranijoj odredbi delo je postojalo ukoliko službeno lice u pozivu za tender propiše neopravdano povlašćene uslove ili zahteve za učesnike ili na drugi način

¹⁷ Prema članu 53. Zakona o javnim nabavkama odluka kojom se pokreće postupak javne nabavke treba osim procenjene vrednosti javne nabavke da sadrži i podatke o obezbeđenoj aproprijaciji u budžetu, odnosno finansijskom planu (ukoliko se radi o korisniku javnih sredstava tj. organizacija obaveznog socijalnog osiguranja).

¹⁸ Krivično delo neosnovano dobijanje i korišćenje kredita, subvencije i druge pogodnosti propisano je članom 209. grupi krivičnih dela protiv imovine Krivičnog zakonika Republike Srbije i postoji ukoliko neko lice lažnim prikazivanjem činjenica ili njihovim prikrivanjem dobije za sebe ili drugo lice kredit, subvenciju ili drugu pogodnost iako za to ne ispunjava propisane uslove kao i kada neko lice dobijeni kredit, subvenciju ili drugu pogodnost iskoristi za drugu namenu od one za koju su mu odobreni.

izvrši povredu propisa kojima su uređene javne nabavke i na taj način prouzrokuje štetu za prava ili interese drugog lica ili javni interes. Dakle, radnja izvršenja se sastojala u propisivanju neopravdano povlašćenih uslova ili zahteva za učesnike u pozivu za tender ili povredi propisa kojima su uređene javne nabavke u Republici Estoniji na drugi način. Da bi postojalo navedeno delo bilo je neophodno i nastupanje posledice, a koja se sastojala u nastanku štete za prava ili interese drugog lica (misli se na ponuđača ili ponuđače u postupku javne nabavke) ili javni interes (da je na taj način oštećena javna imovina). Prema poslednjim novelama krivično delo je promenilo naziv u povreda proceduralnih ograničenja u postupku javne nabavke. Navedeno delo postoji ukoliko neko lice sa umišljajem povredi proceduralna ograničenja u postupku javne nabavke, a koja su propisana Zakonom o borbi protiv korupcije. Na taj način zakonski opis krivičnog dela je postao znatno neodređeniji.¹⁹

2.2. Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom u krivičnom zakonodavstvu Italije

Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom u italijanskom krivičnom pravu propisano je u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti, članu 356. Krivičnog zakonika pod nazivom prevara u javnim nabavkama. Ono postoji ukoliko neko lice izvrši prevaru u vezi sa zaključenjem ugovora u postupku javne nabavke ili prilikom ispunjenja ugovornih obaveza.²⁰ Dakle, radnja izvršenja se sastoji u vršenju prevare prilikom zaključenja ugovora ili ispunjenja ugovornih obaveza. Imajući u vidu zakonski opis navedenog dela, čini se da su njegov zaštitni objekt kako javna sredstva, tako i službena dužnost. Prevara prilikom zaključenja ugovora, može se sastojati npr. u davanju netačnih podataka od značaja za njegovo zaključenje, dok se prevara u vezi sa ispunjenjem ugovornih obaveza može sastojati u njihovoj nerealizaciji ili izvršenju na drugačiji način od ugovorenog. Upravo takve radnje predstavljaju štetu za javna sredstva. Iako se i radnja izvršenja krivičnog dela prevara u vezi sa javnom nabavkom može kvalifikovati kao neko drugo krivično delo propisano Krivičnim zakonikom Italije, čini se da je rešenje italijanskog zakonodavstva kvalitetnije od rešenja prisutnog u srpskom i estonskom zakonodavstvu. Šteta za javna sredstva u najvećoj meri nastaje kao posledica neizvršenja ili neadekvatnog izvršenja ugovorenih obaveza.

2.3. Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske

Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom bila je na sličan način, kao i u Krivičnom zakoniku Republike Srbije propisana Krivičnim zakonikom Republike Srpske.

¹⁹ Penal Code of Estonia, consolidated text of January 10. 2017. Tekst na engleskom jeziku dostupan je na web-stranici: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=432563 15.08.2018.

²⁰ Codice Penale Italiano con le modifiche apportate da ultimo dal D.Lgs. 11 maggio 2018, n. 63, dal D.Lgs. 10 aprile 2018 n. 36 e dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21. Tekst na italijanskom jeziku je dostupan na web-stranici: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> 15.08.2018.

Navedeno delo je postalo deo krivičnog zakonodavstva nakon izmena i dopuna Krivičnog zakonika Republike Srpske 2013. godine.²¹ Ono je prvobitno bilo propisano članom 264. u grupi krivičnih dela protiv privrede i postojalo bi u slučaju da odgovorno lice u privrednom društvu ili drugom subjektu privrednog poslovanja koje ima svojstvo pravnog lica ili preduzetnik u postupku javne nabavke podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima ili se na nedozvoljen način dogovara sa ostalim ponuđačima ili ukoliko preduzme druge protivpravne radnje u nameri da na taj način utiče na donošenje odluke naručioca u bilo kojoj fazi postupka javne nabavke. Teži oblik dela se vezivao za vrednost javne nabavke, tako da bi on postojao ukoliko bi radnja izvršenja bila preduzeta u postupku javne nabavke čija vrednost prelazi iznos od tri miliona konvertibilnih maraka. Isto kao i u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, propisana je fakultativna mogućnost ublažavanja kazne ili oslobođenja od kazne ukoliko izvršilac dela dobrovoljno otkrije naručiocu da se ponuda zasniva na lažnim podacima ili nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima ili da je preduzeo druge protivpravne radnje u nameri da utiče na donošenje odluke naručioca, ali pre nego što je naručilac doneo odluku o izboru ponude. Novim Krivičnim zakonikom iz 2017. godine izmenjen je član kojim je propisano krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Promene u pogledu zakonskog opisa osnovnog oblika krivičnog dela nisu izvršene. Razlika se nakon poslednjih novela primećuje jedino u pogledu težeg oblika krivičnog dela. Naime spušten je iznos vrednosti javne nabavke u vezi sa kojom je neophodno da je preduzeta neka od radnji izvršenja krivičnog dela. Sada je dovoljno da su one preduzete u postupku javne nabavke čija je vrednost 1.000.000 konvertibilnih maraka.²²

Iako postoji velika sličnost u pogledu zakonskog opisa prvog oblika krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom sa onim koji je predviđen Krivičnim zakonikom Republike Srbije, postoje i razlike. Zakonodavac Republike Srpske nije propisao drugi oblik krivičnog dela koji je propisan Krivičnim zakonikom Republike Srbije. Razlog za to može biti upravo činjenica što se takva radnja izvršenja može podvesti pod zakonski opis krivičnog dela zloupotreba službenog položaja.

3. KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM – STANJE U PRAKSI

Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom propisano je u cilju povećanja efikasnosti nadležnih organa u suzbijanju postupaka koji se mogu podvesti pod zakonski opis navedenog dela. Zaključke o stanju u praksi nije moguće izvesti samo na osnovu statističkih podataka, ali se na osnovu toga može zaključiti kakva je kaznena politika prema izvršiocima krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom i koliko je lica u odnosu na broj podnetih krivičnih prijava osuđeno za navedeno delo. Krivično delo je propisano 2012. godine, tako da se statistički podaci

²¹ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 37/2013).

²² Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/2017).

moгу pratiti počev od 2013. do 2017. godine. Tokom 2013. godine prijavljeno je 11 izvršilaca krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. U toku te godine za navedeno delo nije osuđeno nijedno lice.²³ S obzirom da je krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom propisano Krivičnim zakonikom tek krajem 2012. godine, takvo stanje u praksi je sasvim očekivano. Do tada su krivična dela kojima se vrše zloupotrebe u postupcima javnih nabavki bila kvalifikovana kao druga krivična dela: prevara, zaključenje restriktivnog sporazuma, davanje mita i zloupotreba službenog položaja.

Sledeće godine prijavljeno je 17 izvršilaca krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Tokom godine optužena su ukupno 3 lica, 2 lica su oglašena krivim, a od kojih je jednom licu izrečena uslovna osuda.²⁴ Na osnovu navedenog može se pretpostaviti da za donošenje optužnog akta, a kasnije i sudske presude verovatno nisu pribavljeni ili nisu dostavljeni relevantni dokazi.

Znatno veći broj prijava za krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom zabeležen je 2015. godine. Tada je prijavljeno ukupno 32 lica. Od toga je osuđeno samo jedno lice. Njemu je izrečena uslovna osuda.²⁵ To može da ukazuje na nedostatak dokaza neophodnih za donošenje optužnog akta i presude, nemogućnost dokazivanja postojećim dokazima ili na nedovoljno poznavanje propisa kojima su uređene javne nabavke od strane zaposlenih u organima krivičnog gonjenja i nosilaca pravosudnih funkcija. Zbog toga je u takvim postupcima od velikog značaja postojanje finansijskih forenzičara i službenika za vezu.

Nešto manji broj izvršilaca krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom u odnosu na prethodnu, zabeležen je 2016. godine. Tada je prijavljeno ukupno 29 izvršilaca navedenog dela. U toku godine je optuženo 10 lica. Za 5 lica se ispostavilo da nisu izvršiocu krivičnog dela, već nekog od prekršaja iz Zakona o javnim nabavkama. Osuđeno je 7 lica, od čega je 5 lica izrečena uslovna osuda, dok su samo 2 lica osuđena na kaznu zatvora.²⁶ I u navedenom periodu se vidi da je mali broj lica osuđen za krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, ali i da je kaznena politika blaga prema izvršiocima navedenog dela.

Na osnovu evidencije Republičkog zavoda za statistiku u toku 2017. godine za krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom prijavljeno je ukupno 38 lica. U toku godine osuđena su 4 lica. Svim osuđenim licima je izrečena uslovna osuda.²⁷

²³ *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku broj 19, LXIV od 15.07.2014. godine. Tekst saopštenja je dostupan na web-stranici: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/15.08.2018>.

²⁴ Navedeni podaci su sadržani u Biltenu Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije, *Punoletni izvršiocu krivičnih dela u Republici Srbiji 2014, prijave, optuženja i osude*. Tekst dokumenta se nalazi na web-stranici: <http://publikacije.stat.gov.rs/G2015/Pdf/G20155603.pdf> 15.07.2018.

²⁵ *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku, broj 189, LXVI od 15. 07.2016. godine, Tekst saopštenja je dostupan na web-stranici: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/15.08.2018>.

²⁶ Bilten, *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji 2016, prijave, optuženja i osude*. Tekst dokumenta se nalazi na web-stranici: <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20175629.pdf>

²⁷ *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku, broj 193, LXVIII od 16.07.2018. godine. Tekst dokumenta se nalazi na web-stranici: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/15.08.2018>.

Kao što se može zaključiti, broj prijavljenih lica u toku 2017. godine je znatno veći u odnosu na prethodne godine. Međutim, kaznena politika je takođe previše blaga prema izvršiocima krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Izricanjem uslovne osude ne može se preventivno delovati na izvršioce takvog krivičnog dela. Međutim, mali broj prijavljenih lica za krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom može ukazivati i na kvalifikaciju ili prekvalifikaciju njegovih oblika kao nekog drugog krivičnog dela, kao što je npr. zloupotreba službenog položaja zbog nemogućnosti utvrđivanja nastupanja štete za javna sredstva.

4. KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM – *de lege ferenda*

Potreba za sankcionisanjem ponašanja koja predstavljaju zloupotrebe u postupcima javne nabavke postojala je i pre izmena i dopuna Krivičnog zakonika kojima je propisano krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Veoma česta zloupotreba u postupku javne nabavke jeste međusobni dogovor ponuđača o načinu učešća i ishodu postupka kao vid restriktivnog ili kartelnog sporazuma (Ezrahi, 2010: 110). Takvo ponašanje danas je propisano kao oblik krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. Navedena povreda načela konkurentnosti u postupku javne nabavke koja se ostvaruje kroz dogovor naručioca i ponuđača, kao vid kartelnog sporazuma pre izmena i dopuna Krivičnog zakonika se kvalifikovala kao povreda konkurencije i mogla se sankcionisati i u skladu sa odredbama Zakona o zaštiti konkurencije (Danković Stepanović, 2013: 306). Na taj način se sankcionisao jedan od načina izvršenja krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom. U krivičnopravnom smislu, takvo ponašanje se i dalje može smatrati radnjom izvršenja krivičnog dela zaključenje restriktivnog sporazuma. Sankcionisanjem takvom ponašanja pruža se efikasna zaštita načela slobodne konkurencije.

Ponašanje ponuđača kojim on utiče na volju naručioca da donese određenu odluku u postupku javne nabavke, mogla bi se kvalifikovati u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja kao krivično delo davanje mita, a moguće je da se u nekim slučajevima kvalifikuje kao ucena ili npr. pretnja. Radnja izvršenja drugog oblika krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, mogla bi se kvalifikovati i kao zloupotreba službenog položaja. Na taj način se obezbeđuje sankcionisanje postupaka koji predstavljaju povredu ovlašćenja ili službene dužnosti u postupku javne nabavke u cilju pribavljanja protivpravne imovinske koristi sebi ili drugom licu ili nanošenju štete nekom drugom licu. Takva radnja se u slučaju izostanka štetne posledice za javna sredstva i kvalifikuje zloupotreba službenog položaja. S obzirom da nije jednostavno odrediti kako postojanje, tako i visinu te štete, to će se i dešavati u velikom broju zloupotreba u postupku javnih nabavki od strane odgovornog ili službenog lica naručioca. Možda zbog toga takav oblik krivičnog dela nije propisan Krivičnim zakonikom Republike Srpske, dok je prvi oblik dela identičan onom koji postoji u zakonodavstvu Republike Srbije. Kao što se može zaključiti Srbija se nalazi među manjim brojem zemalja koje propisuju ponašanja koja predstavljaju zloupotrebu u

vezi sa javnom nabavkom kao posebna krivična dela. Osim toga, stanje u praksi je takvo da veoma mali broj prijavljenih izvršilaca bude i osuđen za to krivično delo. U tim slučajevima je kaznena politika izuzetno blaga, s obzirom da se izvršiocima dela uglavnom izriče uslovna osuda. Zbog toga bi se moglo i postaviti pitanje opravdanosti postojanja krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije.

Čini se da se poslednjih decenija ide ka sve većem širenju kažnjivih ponašanja. Naročito u ekonomskoj oblasti (Ignjatović, 2011: 142). Zbog toga bi umesto propisivanja novih inkriminacija pažnju trebalo usmeriti na unapređenje otkrivanja takvih krivičnih dela i unapređenje saradnje kako organa koji u tome učestvuju, tako i organa krivičnog gonjenja i sudova. Neadekvatni dokazi su često uzrok nedonošenja presude u postupcima koji se vode prema izvršiocima finansijskih krivičnih dela. Uzrok toga može biti nedostavljanje dokaza od strane organa nadležnih za njihovo otkrivanje ili neznanje tumačenja takvih dokaza. Razlog za to je i činjenica što se u tim slučajevima radi o krivičnim delima sa blanketnom dispozicijom za čije je razumevanje neophodno dobro poznavanje finansijskih propisa.

Imajući u vidu način na koji je propisano krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom i mogućnost kvalifikovanja njegove radnje izvršenja kao nekog drugog dela propisanog Krivičnim zakonikom, činjenicu da se njegovim izvršiocima vrlo retko u praksi izriče osuđujuća presuda i previše blagu kaznenu politiku nadležnih sudova u tim slučajevima, ono ne bi trebalo da bude deo krivičnog zakonodavstva. Umesto toga trebalo bi iskoristiti i unaprediti postojeće mehanizme u borbi protiv zloupotreba u postupcima javne nabavke. Finansijski forenzičari bi trebalo da pomognu tužiocima u tumačenju finansijske dokumentacije i usmeravanju istrage kada su u pitanju finansijska krivična dela, a u koje spadaju i ponašanja koja predstavljaju zloupotrebe u postupku javne nabavke. Unapređenju postupka dokazivanja složenih krivičnih dela trebalo bi da doprinesu službenici za vezu. Oni bi trebalo da budu od velike pomoći nadležnim organima kako tokom dostavljanja dokaza, tako i prilikom njihove dopune i tumačenja u sudskom postupku. Osim toga, neophodna je i kontinuirana edukacija zaposlenih u tužilaštvima i sudovima. To je sigurno efikasniji način za suzbijanje finansijskog kriminaliteta nego propisivanje nepotrebnih i dupliranje postojećih inkriminacija. Da bi se efikasno suprotstavilo finansijskog kriminalitetu nije neophodno propisivanje posebnih oblika već postojećih krivičnih dela, već unapređenje institucionalnih kapaciteta i preventivnih mera. Osim toga važno je naglasiti potrebu uspostavljanja i unapređenja efikasnog sistema interne finansijske kontrole korisnika javnih sredstava. Na taj način vrši se kako podela dužnosti, tako i povećanje odgovornosti zaposlenih u javnom sektoru.

LITERATURA

1. Antolisei, F. (2008), *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Milano: Giuffrè editore.
2. Bilten Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije, *Punoletni izvrši-*

- oci krivičnih dela u Republici Srbiji 2014, prijave, optuženja i osude.* Tekst dokumenta se nalazi na web-stranici: <http://publikacije.stat.gov.rs/G2015/Pdf/G20155603.pdf> 15.07.2018
3. Bilten, *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji 2016, prijave, optuženja i osude.* Tekst dokumenta se nalazi na web-stranici: <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20175629.pdf>.
 4. Codice Penale Italiano con le modifiche apportate da ultimo dal D.Lgs 11 maggio 2018. n. 63, dal D.Lgs 10 aprile 2018 n. 36 e dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21. Tekst na italijanskom jeziku je dostupan na web-stranici: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>
 5. Danković Stepanović, S. (2013), „Zaštita efektivne konkurencije u postupcima javnih nabavki“, *Pravni život*, broj 11.
 6. Ezrachi, A. (2010), *Competition Law*, Oxford.
 7. Ignjatović, Đ. (2011), *Kriminologija*, Beograd: Dosije studio.
 8. Kostić, J., Zirojević, M. (2017), „Objekt zaštite krivičnih dela protiv privrede“, u: *Privredna krivična dela*, (urs. Stevanović, I., Čolović, V.), Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Institut za uporedno pravo, 257-268.
 9. Krivični zakonik Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj broj 85/2005, 88/2005-ispr., 107/2005-ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016).
 10. Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/2017).
 11. Matić Bošković, M. (2017), „Krivično delo zloupotreba u javnim nabavkama“, u: *Privredna krivična dela*, (urs. Stevanović, I., Čolović, V.), Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Institut za uporedno pravo, 215-228.
 12. Penal Code of Estonia, consolidated text of January 10. 2017. Tekst na engleskom jeziku dostupan je na web-stranici: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=432563, 15.08.2018.
 13. *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku broj 19, LXIV od 15.07.2014. godine.* Tekst saopštenja je dostupan na web-stranici: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/>, 15.08.2018.
 14. *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku, broj 189, LXVI od 15. 07.2016. godine,* Tekst saopštenja je dostupan na web-stranici: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/>, 15.08.2018.
 15. *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, Saopštenje Republičkog zavoda za statistiku, broj 193, LXVIII od 16.07.2018. godine.* Tekst dokumenta se nalazi na web-stranici: <http://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivicnih-dela/>, 15.08.2018.
 16. Šuput, J. (2012), „Interna finansijska kontrola u prevenciji krivičnog dela nenamenskog trošenja budžetskih sredstava“, *Nauka, bezbednost, policija*, broj 1.
 17. Šuput, J. (2013), „Novo krivično delo-Zloupotreba u vezi sa javnim nabavkama“, *Pravni savetnik*, broj 1-3. Beograd: NIP „Obrazovni informator“, 65-68.

18. Šuput, J. (2014), „Državna revizorska institucija i prevencija kriminaliteta belog okovratnika u javnom sektoru“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, broj 67, LIII, 331-346.
19. Tanjević, N., Špiler, M. (2016), „Ključni rizici za korupciju u javnim nabavkama i protivmere u pravnom okviru Republike Srbije“, *Bezbednost*, broj 2, 131-150.
20. Varinac, S., Ninić, I. (2014), *Korupcijska mapa sistema javnih nabavki u Republici Srbiji*, Beograd: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS), misija u Srbiji.
21. Zakon o budžetskom sistemu Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“; broj broj 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013. ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015-dr. zakon, 103/2015, 99/2016 i 113/2017).
22. Zakon o javnim nabavkama Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 124/2012, 14/2015 i 68/2015).
23. Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije („Službeni glasnik RS“, broj 94/2016).

ABUSE IN PUBLIC PROCUREMENT– *de lege lata and de lege ferenda*

Public procurement is the cost to the state budget. Bearing in mind the manner of public revenues collection, it is also a cost to taxpayers. Violation of public procurement regulations, depending of circumstances can be qualified as misdeminor or crime.

The crime of abuse in public procurement has been introduced in the criminal legislation by amendments of Criminal Code from 2012. However, criminal legislation of very few countries prescribes as a separate crime activities that are abuse in public procurement. Perhaps, the reason for this may be the fact as they can be subsumed under the legal description of some other crimes, such as: fraud, bribery, concluding restrictive agreements or abuse of office. Better results in combating financial crime can be achieved by enchancing institutional capacities and cooperation of the competent authorities, rather than prescribing new, special forms of certain crimes. Such is the case with the crime abuse in public procurement. Accordingly, the author of this paper gives a proposal de lege ferenda regarding the said crime.

KEY WORDS: *abuse, public procurement, de lege lata, de lege ferenda*