

Mr. sc. Šime Pavlović*

KRIMINOLOŠKI PREGLED I KAZNENOPРАВNA ZAŠTITA POSTUPAKA JAVNE NABAVE

Zaštiti postupaka javne nabave autor u radu prilazi s kriminološke i kaznenopravne strane. Prikazom relevantnih podataka o javnoj percepciji korupcije u postupcima javne nabave ilustrira se pogubnost nezakonitosti u postupku dobivanja poslova u javnoj nabavi. U radu se daju odgovarajući podaci o visini iznosa kojima raspolaže javni naručitelj u EU i Republici Hrvatskoj.

U postupcima javne nabave po stajalištu autora nužna je striktna primjena i poštovanje načela javne nabave, navlastito jednakog tretmana, transparentnosti i zabrane diskriminacije.

Rad sadržava prikaz odredaba Zakona o javnoj nabavi i nekoliko međunarodnih pravnih dokumenata (konvencije, okvirne odluke, direktive) o suzbijanju korupcije, s naglaskom na obvezi zakonitosti postupanja u postupcima javne nabave.

U radu se obrađuju pojavni oblici kriminalnog ponašanja naručitelja i gospodarskih subjekata u postupcima javne nabave. Analizira se kazneno djelo iz čl. 254. i 292. KZ/11. Autor smatra da je preblaga kazna propisana za kazneno djelo iz čl. 292. i da postoji potreba unošenja kvalificiranog oblika toga delikta.

Na kraju rada autor u zaključcima daje svoje viđenje pitanja i problema u postupcima javne nabave.

I. PRISTUP TEMI

Naslov rada govori puno, ali i malo. Nije teško njegov sadržaj ograničiti na kazneno djelo zlouporabe u postupku javne nabave (čl. 254. KZ/11) i na nezakonito pogodovanje (čl. 292. KZ/11), dakle na dva delikta protiv zakonitog provođenja postupaka javne nabave (delikti u užem značenju) te ih „garnirati“ kaznenim djelima u širem značenju (uglavnom su to koruptivna kaznena djela: različiti oblici mita i zlouporabe) počinjenih u postupcima javne nabave. Je li to dovoljno? Svakako da nije. Kaznenopravnu reakciju kao *ultima ratio* ne

* Mr. sc. Šime Pavlović, odvjetnik iz Zadra

može se promatrati izdvojeno i izvan postojećeg konteksta. Tu smo na terenu kriminologije. Razlog je to za cjelovitiji i širi prikaz problema i otvorenih pitanja toliko aktualnih u hrvatskoj zbilji, navlastito kad je riječ o postupcima javne nabave. Zašto? Zar ne svjedočimo gramzivosti zbog koje je Republika Hrvatska ne samo opljačkana nego i osramočena!?

Najprije definirajmo pojam *postupci javne nabave*. To su zakonom propisane radnje i postupci jednog ili više naručitelja (javnih ili sektorskih) i jednog ili više gospodarskih subjekata koji imaju za predmet izvođenje radova, isporuku robe (opskrbu proizvodima) ili pružanje usluga.

*Javne nabave (engl. public procurement) posebnim su propisom utvrđeni obvezni načini i postupci nabave robe i usluga, ustupanja radova, kupnje, najma ili zakupa od strane državnih i drugih tijela koja su korisnici državnog proračuna, jedinica lokalne i regionalne samouprave te pravnih osoba pod kontrolom države ili jedinice ili regionalne samouprave (tzv. javnih poduzeća). Javne se nabave obavljaju na temelju raspisanih javnih natječajeva. S obzirom na to da su poduzetnici u pravilu vrlo zainteresirani za poslovanje s državom kao naručiteljem, budući da je najčešće riječ o velikim i financijski isplativim i sigurnim poslovima, poduzetnici često posežu za, sa stanovišta prava tržišnog natjecanja, nedopuštenim manipuliranjem ponudama na javnom natječaju (engl. bid rigging).*¹

U Velikoj Britaniji poznat je također postupak javne nabave. Postoje pravila i standardi kojih se moraju pridržavati naručitelji i dobavljači (natjecatelji).

Javna nabava je postupak kojim državne agencije ili tijela nabavljaju robu i usluge od privatnog sektora. Javlja se na državnoj i regionalnoj razini te je često podvrgnut posebnim pravilima i uvjetima na temelju kojih se donose odluke.

*Ovisno o lokalnim propisima, nadležni državni službenici moraju slijediti ustaljeni sustav nabave. Taj sustav može obuhvaćati načine na koje oglašavaju potrebu za dobavljačima, osnovne uvjete po kojima biraju dobavljače i način na koji ocjenjuju i provode zahtjeve koje im postavljaju. Uobičajeni su ciljevi takvog sustava iskoristiti prednosti konkurencije među dobavljačima i smanjiti rizik od korupcije.*²

¹ Mladen Cerovac, Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja - inačica za internetsku stranicu AZTN-a, prosinac 2010., str. 67 (<http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>)

² *Public procurement* is the process by which government departments or agencies purchase goods and services from the private sector. It takes place at both a national and regional level, and the process will usually be subject to specific rules and policies covering how the relevant decisions are made.

Depending on local laws, the relevant government officials will have to follow a set system for procurement. This system could cover the way they advertise for suppliers, the grounds

Bitne komponente postupka javne nabave jesu: 1. postupak provodi naručitelj (javni ili sektorski); 2. naručitelj samostalno ne stječe financijska sredstva; 3. naručitelj je korisnik sredstava iz državnog ili lokalnog proračuna; 4. postupak se mora provesti prije sklapanja ugovora o javnoj nabavi; 5. ugovor o javnoj nabavi obuhvaća isporuku robe, izvođenje radova ili pružanje usluga; 6. naručitelj je dužan pridržavati se zakonodavstva o javnoj nabavi.

Na važnost zadane teme u dovoljnoj mjeri upozorava podatak da je vrijednost javnih nabava u republici Hrvatskoj iznosila 5,4 milijarde eura u 2009. godini i 3,3 milijarde eura u 2010. godini.³ S druge strane, zabrinjava percepcija o postojanju i učincima koruptivnih kaznenih djela (v. izlaganje u t. II.). Prema provedenom istraživanju kontaminacija je zahvatila javnu nabavu na državnoj i lokalnoj razini. I ne samo za Republiku Hrvatsku kao članicu EU već i za gospodarstvo Unije, riječ je o vrlo važnom području, jer za potrebe javne nabave svake godine javna tijela potroše približno jednu petinu BDP-a EU-a.⁴

II. KRIMINOLOŠKA RASPRAVA O INDIKATORIMA KORUPTIVNOG KRIMINALITETA S NAGLASKOM NA POSTUPCIMA JAVNE NABAVE

A) Današnji trenutak i stvarno stanje postupaka javne nabave u kontekstu percepcije korupcije

Kriminološka obrada potrebna je stoga što je područje javne nabave pogodno tlo za počinjenje koruptivnih delikata.

OECD⁵ je iznio podatak da 15 do 20% BDP-a njegovih država članica otpada na postupke javne nabave. U Republici Hrvatskoj u postupcima javne nabave godišnje se obrne oko 40 milijardi kuna⁶ (što je nešto preko 5 milijardi eura).

Iz *Izvješća Europske komisije za suzbijanju korupcije* od 3. veljače 2014. (v. bilj. 3) slijedi da kaznena djela povezana s korupcijom u postupcima javne

on which they choose a supplier, and the way in which they measure and enforce the requirements they put on the supplier. The usual aims of such a system will be to take advantage of competition between suppliers and to reduce the risk of corruption. (<http://www.wisegeek.org/what-is-public-procurement.htm>)

³ Europska komisija, Bruxelles, 3.2.2014., COM(2014) 38 final, ANNEX 11

Prilog o Hrvatskoj *Izvješću o suzbijanju korupcije u EU-u* (http://www.javnabava.hr/userdocsimages/userfiles/file/Razne%20publikacije/Brochure_antikorruption_ENG.pdf)

⁴ V. *Izvješće o suzbijanju korupcije u EU-u*, bilj. 3, str. 14.

⁵ Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (engl. *Organisation for Economic Cooperation and Development* ili OECD).

⁶ <http://www.aztn.hr/article/646/karteli-u-javnoj-nabavi-su-najcesci-i-najteze-se-otkrivaju>

nabave u Republici Hrvatskoj participiraju s 10 do 15% u vrijednosti javnih ugovora. Prema rezultatima istraživanja *Eurobarometra*⁷ o korupciji iz 2013. godine, provedenog u gospodarstvu, 64% hrvatskih trgovačkih društava (poduzeća) smatra da je u postupcima javne nabave kojima upravljaju javna tijela na državnoj razini raširena korupcija 61% (prosjeak za EU: 56%), dok 63% isto misli za postupke kojima upravljaju lokalna tijela (prosjeak za EU: 60%). Hrvatski ispitanici navode da su u postupcima javne nabave raširene sljedeće pojave: specifikacije prilagođene pojedinim trgovačkim društvima ili poduzećima (62%), zlouporaba dogovorenih postupaka (50%), sukob interesa u ocjeni ponuda (54%), tajno dogovorene ponude (58%), nejasni kriteriji odabira ili ocjenjivanja (53%), zlouporaba razloga hitnosti radi izbjegavanja natječajnog postupka (51%) te izmjena uvjeta ugovora nakon njihova sklapanja (51%). Prema rezultatima istraživanja čini se da je u Republici Hrvatskoj *prilagođavanje specifikacija* u korist pojedinih gospodarskih subjekata (trgovačkih društava) jedna od najčešćih nepravilnosti povezanih s postupkom javne nabave. Ti podaci dovoljno govore o postojanju *čimbenika rizika* zbog kojih raste opasnost od korupcije u postupcima javne nabave. U dijelu Izvješća o budućim koracima (v. bilj. 3), kao prioriteta ističu se: provedba sveobuhvatnog strateškog pristupa sprječavanju i smanjenju mogućnosti pojave korupcije u *javnoj nabavi* na državnoj i lokalnoj razini, uključujući učinkovito praćenje provedbe pravila u području transparentnosti i pristupa javnim informacijama, sustavna procjena rizika, određivanje prioriteta u nadzoru sektora i postupaka podložnih korupciji, stroža provjera sukladnosti s pravilima o javnoj nabavi i izvršenju javnih ugovora.

Prema rezultatima istraživanja *Eurobarometra* o korupciji iz 2013., 94% hrvatskih ispitanika vjeruje da je korupcija u njihovoj zemlji široko rasprostranjena, dok 55% (prosjeak za EU: 26%) ispitanika smatra da korupcija utječe na njihov svakodnevni život. U istom istraživanju 89% ispitanika smatra da su podmićivanje i veze često najlakši način dobivanja određenih javnih usluga u Hrvatskoj (prosjeak za EU: 73%). Rezultati studije Ureda Ujedinjenih naroda za droge i kriminal (*United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC*) iz 2011. godine pokazuju da hrvatski građani smatraju da je korupcija danas treći po važnosti problem u zemlji. Prema istoj studiji 16% ispitanika dobilo je posao u javnoj upravi uz pomoć podmićivanja. Tijekom 12 mjeseci prije istraživanja UNODC-a 18% hrvatskih građana posredno je ili neposredno do-

⁷ This is the website for the Public Opinion Analysis sector of the European Commission. Since 1973, the European Commission has been monitoring the evolution of public opinion in the Member States, thus helping the preparation of texts, decision-making and the evaluation of its work. Our surveys and studies address major topics concerning European citizenship: enlargement, social situation, health, culture, information technology, environment, the Euro, defence, etc. (http://ec.europa.eu/public_opinion/index_en.htm).

živjelo podmićivanje javnog dužnosnika. Prema rezultatima te studije, sitnoj su korupciji u Hrvatskoj najizloženiji sektor zdravstva i policije (u bilj. 3 v. Izvješće Europske komisije).

Simptomatičan je podatak da se u oko 80% slučajeva provedenih postupaka javne nabave primjenjuje *postupak javne nabave bez prethodne objave* ili tzv. „izravna pogodba.“⁸ Taj se postupak prema odredbama čl. 26. st. 2., čl. 27. st. 2. i čl. 28. st. 2. ZOJN-a primjenjuje u taksativno određenim slučajevima, navlastito kada nije dostavljena nijedna ponuda ili nijedna prikladna ponuda ili nije dostavljen nijedan zahtjev za sudjelovanje u provedenom otvorenom ili ograničenom postupku javne nabave, pod uvjetom da se početni uvjeti ugovora bitno ne mijenjaju. Zakonom propisane iznimne situacije za sklapanje „izravne pogodbe“ praksa je transformirala u redovne i tako taj pregovarački postupak modificirala u redovni, dominantni postupak javne nabave.

*S obzirom na to da je pregovarački postupak bez prethodne objave najmanje konkurentan i transparentan postupak, treba ga koristiti samo u iznimnim slučajevima. U tom postupku postoji rizik za naručitelja da plati više za nižu kvalitetu (jer ponuditelj nije otvorenom konkurencijom prisiljen snižavati cijenu i garantirati kvalitetu).*⁹

B) Pravni dokumenti u sprječavanju korupcije, s naglaskom na postupcima javne nabave

Četiri značajna međunarodna pravna dokumenta u borbi protiv korupcije jesu: *Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije* (tzv. Merida konvencija)¹⁰; *Kaznenopravna konvencija o korupciji Vijeća Europe s Dodatnim protokolom*; *Građanskopravna konvencija o korupciji Vijeća Europe* i *Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ*. Sve te konvencije i Direktiva integralni su dio hrvatskog pravnog poretka (čl. 141. Ustava Republike Hrvatske).

U Izvješću projekta CARPO Vijeća Europe za zemlje jugoistočne Europe iz 2006. godine¹¹ naglašava se da se korupcija smatra iskorištavanjem funkcije,

⁸ Informator, Zagreb, br. 6310-6311 od 27. i 30. kolovoza 2014., str. 15.

⁹ *Teja Kolar, Postupci javne nabave*, u radu skupine autora *Zakon o javnoj nabavi*, RRiF, Zagreb, 2007., str. 41.

¹⁰ Konvencija je potpisana 9. prosinca 2003. u Meridi u Meksiku, i na taj se dan svake godine obilježava Međunarodni dan borbe protiv korupcije.

¹¹ Projekt CARPO (Razvoj pouzdanih aktivnosti i funkcionalnih sustava policijskog djelovanja, jačanje borbe protiv glavnih kriminalnih aktivnosti i jačanje policijske suradnje), http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/projects/carpo/Pct-c_2006_20croate.pdf

- CARDS Regional Police Project (CARPO) - A Council of Europe/European Commission regional project against serious crime in South-eastern Europe v.: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/projects/CARPO/Reports_en.asp

javnih ovlasti ili položaja za ostvarivanje koristi za sebe ili drugoga. U istom Izvješću za Republiku Hrvatsku kaže se da su „...*prijevare u javnim nabavama*“ jedan od oblika gospodarskog kriminaliteta.

Najčešći oblici korupcije su mito, davanje povlaštenih ugovora i korištenje dužnosničkim položajem u privatne svrhe.

Člankom 9. *Konvencije Ujedinjenih naroda protiv korupcije* reguliraju se obveze članica u poduzimanju potrebnih mjera za uvođenje primjerenih sustava javne nabave. Te su mjere: uvođenje primjerenih sustava nabave; sustavi nabave moraju se temeljiti na transparentnosti, tržišnom natjecanju i objektivnim mjerilima u odlučivanju; navedena načela u prvom redu trebaju biti djelotvorna u sprječavanju korupcije; uvedeni primjereni sustavi nabave, *inter alia*, moraju obuhvatiti učinkovito informiranje javnosti glede postupaka nabave (načelo opće i poslovne javnosti) i ugovora, uključujući informacije o pozivima na podnošenje ponuda, o relevantnim podacima sklopljenih ugovora, osiguranje dovoljno vremena za pripremu i podnošenje svoje ponude; prethodno utvrđivanje uvjeta sudjelovanja u postupku javne nabave s mjerilima za odabir i natječajnim pravilima; objavljivanje natječaja; učinkovit sustav pravne zaštite, kontrole i nadzora; mjere kojima se uređuju pitanja vezana za osoblje zaduženo za nabavu, postupke provjere te uvjete izobrazbe.

Značajnu ulogu u uređenju postupaka javne nabave ima *Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnim opskrbama te ugovora o pružanju javnih usluga*. Prema čl. 1. t. 2. (a) „*ugovori o javnim nabavama*“ su ugovori s financijskim interesom, sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više naručitelja te koji imaju za predmet izvođenje radova, opskrbu proizvodima ili pružanje usluga u smislu ove Direktive. U jednom je dijelu ta Direktiva ispravljena Direktivom 2005/75/EZ od 16. studenoga 2005., ispravak se ne odnosi na postupke javne nabave.

Člankom 3. stavkom 1. *Zakona o javnoj nabavi* (Nar. nov., br. 90/11., 83/13., 143/13. i 13/14. – odluka Ustavnog suda br. U-I-1678/13., u nastavku teksta: ZOJN) obuhvaćena su *načela javne nabave* kojih se moraju pridržavati svi naručitelji prilikom provođenja postupaka javne nabave u odnosu prema svim gospodarskim subjektima. Ta su načela: sloboda kretanja robe; sloboda poslovnog nastana i sloboda pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, *načelo jednakog tretmana*, zapravo *načelo zabrane diskriminacije*, *načelo transparentnosti*, načelo uzajamnog priznavanja i načelo razmjernosti.

Jednakost tretmana jamči tumačenje sličnih situacija na isti način ili kroz negativnu definiciju – slične situacije ne smiju se razmatrati i prihvaćati različito. U postupku se svim kandidatima mora omogućiti pristup pravilima i

kriterijima odabira, kriteriji odabira moraju biti objektivni i svaki kandidat treba imati jednaku mogućnost podnošenja ponude. U postupku javne nabave naručitelj je dužan na pogodan način sa svojim iscrpnim propozicijama upoznati sve kandidate – ponuditelje, jer se tako omogućuje korektna i objektivna usporedba svih pristiglih ponuda. Postupanje kojim jednom od ponuditelja naknadno naručitelj dopusti izmjenu ponude smatra se povredom načela istog tretmana, jer je kroz naknadno izmijenjenu ponudu kandidat u odnosu prema ostalim konkurentima u prednosti; ostali su kandidati u neravnopravnom položaju. Uvijek treba imati na umu da je povreda toga načela moguća u svakom stadiju postupka javne nabave.

Načelo *očiglednosti (transparentnosti)* znači naručiteljevu obvezu da u svim stadijima (dijelovima; od početka do kraja) osigura javnost postupka javne nabave. Obveza transparentnosti sastoji se u postizanju visokog stupnja oglašavanja da bi se time sudjelovanje u postupku omogućilo širokom tržišnom području i posebno da bi se na takav način povećala kontrola postupka javne nabave od njezina početka do završetka. Ono se ostvaruje kroz obvezu naručitelja da putem javnog objavljivanja oglašava i priopćuje svoju namjeru provođenja postupka javne nabave ili da, primjerice, kroz periodično obavještavanje javnost upozna o ugovorima sklopljenim u tome postupku. Načelo je u uskoj svezi s načelom zabrane diskriminacije i načelom jednakog tretmana, štoviše stimulira afirmaciju tih dvaju načela. To načelo posebno je značajno u sprječavanju moguće korupcije zbog davanja prednosti nekima od ponuditelja, a diskriminacije drugih ponuditelja. Sve treba staviti u isti položaj, dok razlika može biti u potencijalnoj snazi i mogućnosti ispunjenja obveza iz budućeg ugovora. Načelo transparentnosti ovisi o prirodi predmeta budućeg posla.¹²

¹² Danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji 1. srpnja 2013. objave javne nabave za nabave velike vrijednosti šalju se na objavljivanje putem Elektroničkog oglasnika javne nabave RH i u Službeni list Europske unije (TED – Tender electronic daily).

Vrijednosti europskih pragova

Objave javne nabave čija je procijenjena vrijednost jednaka ili prelazi vrijednost europskih pragova morat će se poslati na objavu u Službeni list Europske unije.

Vrijednosti europskih pragova od 1. siječnja 2014.

1. Europska komisija donijela je Uredbu Komisije (EU) br. 1336/2013 od 13. prosinca 2013. o izmjeni direktiva 2004/17/EZ, 2004/18/EZ i 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u svezi s pragovima primjene za postupke dodjele ugovora (SL br. L-335 od 14. prosinca 2013.) kojom se mijenjaju vrijednosti europskih pragova (nabava velike vrijednosti).

2. Također, objavljena je Komunikacija Komisije Odgovarajuće vrijednosti pragova iz direktiva 2004/17/EZ, 2004/18/EZ i 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (SL br. C-366 od 14. prosinca 2013.) u kojoj su nove vrijednosti europskih pragova iz gore navedene Uredbe preračunate u kune.

III. KAZNENA DJELA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE

A) Statistički podaci za kaznena djela iz čl. 254. i 292. KZ/11 za razdoblje od 1. siječnja do 31. prosinca 2013.¹³

	Prijava	Odluka o prijavi	Odluka o optužbi
čl. 254. st. 2.	1	odbačaj (nije kazneno djelo)	
čl. 292. st. 1.	1	odbačaj (nije kazneno djelo)	
čl. 292. st. 2.	5		
	od toga 1	odbačaj (nije kazneno djelo)	
	od toga 2	obustavljena istraga (nema dokaza)	
	od toga 2	podnesena optužnica (poslije provedene istrage)	1 odbijajuća presuda

Gornji podaci statistički nisu signifikantni za donošenje nekakvog ozbiljnijeg zaključka o raširenosti navedenih delikata. Možda bi se neznatan broj prijavljenih djela mogao opravdati time što je KZ/11 stupio na snagu 1. siječnja 2013. Može se ipak izvesti zaključak o možebitnom postojanju visokog tamnog broja neotkrivenih kaznenih djela iz područja javne nabave, navlastito ako se ti podaci koreliraju s percepcijom javnosti o koruptivnim kaznenim djelima i vrijednosti sklopljenih ugovora o javnoj nabavi isporuke robe, izvođenja radova ili pružanja usluga.

Kazneno djelo iz čl. 254. odnosi se na zabranjeno ponašanje gospodarskih subjekata u postupku javne nabave; riječ je o deliktu protiv gospodarstva. Kazneno djelo iz čl. 292. poseban je oblik kaznenog djela protiv službene dužnosti, sa službenom ili odgovornom osobom kao njegovim počiniteljem; povreda službene dužnosti čini se u sferi javne nabave.

¹³ Podaci Državnog zavoda za statistiku.

B) Kaznena djela iz čl. 254. i 292. KZ-a

Prije objašnjenja tih kaznenih djela uputno je prikazati sadržaj kaznenog djela *prijevare u natječaju* iz čl. 2. *Corpus Juris* (u nastavku teksta: CJ).¹⁴ Prema st. 1. čl. 2. CJ-a, radnja počinjenja kaznenog djela sastoji se u davanju ponude u postupku dodjele sredstava Europske unije (u nastavku teksta: EU) ako je ponuda utemeljena na sporazumu kojim se suzuje utakmica i ako se nje ide za time da nadležna vlast prihvati određenu ponudu. U st. 2. je odredba prema kojoj se počinitelj neće kazniti ako su ispunjeni uvjeti iz st. 2. čl. 1. CJ-a. Prema toj odredbi neće se kazniti osoba koja dragovoljno spriječi štetu za financijske interese EU tako da ispravi ili dopuni prijavu ili da vlast obavijesti o činjenicama koje je propustio prijaviti, zapravo je riječ o djelotvornom kajanju.

Kaznena djela iz čl. 254. i 292. KZ-a su s *blanketnom dispozicijom*; riječ je o nepotpunim zakonskim opisima; njihov sadržaj upućuje na propise iz postupka javne nabave; bez njih nema niti kaznenog djela; ti posebni propisi sastavni su dio bića kaznenog djela.¹⁵

U prikazu kaznenih djela u postupcima javne nabave pozornost se obratila samo na navedena kaznena djela, usko povezana s postupcima javne nabave, što ne znači da se i neka druga kaznena djela ne mogu počinuti u postupku javne nabave, primjerice zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl. 246. KZ-a) ili kaznena djela mita (čl. 251., 252., 293. i 294. KZ-a).

Zlouporaba u postupku javne nabave

Članak 254.

(1) Tko u postupku javne nabave stavi ponudu utemeljenu na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata koji ima za cilj da naručitelj prihvati određenu ponudu,

kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta,

počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.

(3) Počinitelj koji dobrovoljno spriječi da naručitelj prihvati ponudu iz stavka 1. ovoga članka može se osloboditi kazne.

¹⁴ *Corpus Juris* projekt je stručne grupe Europske komisije u kojem su razrađena određena rukovodna načela za kaznenopravnu zaštitu financijskih interes Europske unije. Verzija na engleskom i francuskom jeziku objavljena je 1997. godine, a nakon toga postao je dostupan na drugim europskim jezicima (v. *Corpus Juris* 2000 Hrvatske udruge za europsko kazneno pravo, Zagreb, 2003.).

¹⁵ O kaznenim djelima s blanketnom dispozicijom v. *F. Bačić i Š. Pavlović, Komentar Kaznenog zakona*, Organizator, Zagreb, 2004., str. 23/24.

Riječ je o novom kaznenom djelu. Sadržaju delikta više bi odgovarao naziv *prijeara u postupku javne nabave*. Gospodarski subjekt, s ciljem prihvaćanja određene ponude, zabranjenim dogovorom namjerno dovodi u zabludu naručitelja. Takvo je rješenje i u čl. 2. CJ-a (v. uvodni dio). Zlouporabi je više svojstvena nezakonita uporaba položaja i ovlasti.

Stavak 1.

Ratio inkriminacije jest kažnjavanje dosadašnje zabranjene prakse kršenja propisa o zaštiti tržišnog natjecanja u postupcima javne nabave, navlastito kada takva ponašanja dovode do smanjenja broja natjecatelja, a prihvaćaju se najčešće ponude zajednice ponuditelja ili natjecatelja u kojima nisu jasno definirani njihovi međusobni odnosi ili gospodarski subjekti mimo, prije i tijekom postupka sklapaju tajne i nezakonite dogovore kojima istiskuju druge iz postupka. Najsignifikantniji dokaz je pojavljivanje ograničenog broja istih ponuditelja ili unaprijed zemljopisno dogovorena podijeljenost ponuda. Na takvu praksu upozorila je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja kad je na zahtjev Ureda za središnju javnu nabavu 27. studenoga 2011. dala stručno mišljenje vezano za primjenu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Nar. nov., br. 79/09. i 80/13., u nastavku teksta: ZZTN) na sporazume između članova zajednice ponuditelja koji se javljaju u postupcima javne nabave. Agencija u mišljenju navodi da se zabranjenim sporazumima, u smislu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, smatraju ne samo ugovori ili pojedine odredbe ugovora nego i svi pisani ili usmeni i tajni dogovori među poduzetnicima te usklađeno djelovanje koje je posljedica takvih dogovora. U kontekstu zajednice ponuditelja koja sudjeluje na natjecanjima u postupcima javne nabave to se osobito odnosi na dogovore o cijenama, podjeli tržišta ili nekom drugom obliku suradnje iza čega se može skrivati tajni ili nezakoniti dogovor koji se smatra povredom propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Rezultat takvih postupaka najčešće je prihvaćanje određene ponude.

Osim ZOJN-a još su tri uredbe o provedbi Zakona o javnoj nabavi Vlade Republike Hrvatske značajne za suzbijanje nezakonitosti u postupcima javne nabave: *Uredba o nadzoru nad provedbom Zakona o javnoj nabavi*, *Uredba o načinu izrade i postupanju s dokumentacijom za nadmetanje i ponudama* i *Uredba o objavama javne nabave* (objavljene u Nar. nov., br. 10/12.). Važna uloga pripadala bi i Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Nar. nov., br. 18/13. i 74/14.) kad u čl. 3. st. 1. nadležnost Državne komisije kao samostalnog i neovisnog državnog tijela ne bi bila reducirana na rješavanje o žalbama u svezi s postupcima javne nabave, postupcima davanja koncesija i postupcima odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva.

Savjesnim načinom određivanja minimalnih razina sposobnosti ponuditelja ili natjecatelja, pravilnim postupkom pregleda i ocjene ponuda i unošenjem

u zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda svih podataka relevantnih za donošenje odluke o najboljem ponuditelju ili natjecatelju zasigurno će se izbjeći prihvaćanje ponude „...*utemeljene na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata koji ima za cilj da naručitelj prihvati određenu ponudu...*“ (dio obilježja kaznenog djela iz čl. 254. st. 1.). U biti riječ je o kaznenom djelu s prijevarnim ciljem: naručitelj prihvaća ponudu koja se temelji na zabranjenom dogovoru gospodarskih subjekata. Obilježje kaznenog djela prijave u gospodarskom poslovanju (čl. 247. st. 1.) sastoji se u dovođenju nekoga prijevarnim ponašanjem u zabludu ili održavanju u zabludi s ciljem da pravnoj osobi koju zastupa ili drugoj pravnoj osobi pribavi protupravnu imovinsku korist tako što ga navede da na štetu svoje ili tuđe imovine nešto učini ili ne učini. Za razliku od te inkriminacije, za postojanje kaznenog djela iz čl. 254. st. 1. nije potrebno prouzročenje štete.

U KZ-u nije definiran *počinitelj* kaznenog djela. Međutim, to je *ponuditelj*,¹⁶ navlastito to je *gospodarski* subjekt¹⁷ odnosno član zajednice ponuditelja ili natjecatelja,¹⁸ koji na tržištu dogovorom s drugima sklapa neformalni sporazum o tzv. dirigiranoj ponudi. Pravna osoba može za to kazneno djelo odgovarati zajedno sa svojom odgovornom osobom. Kazneno djelo je *delictum proprium* (može ga počiniti samo osoba koja je stavila ponudu u postupku javne nabave).

Sastavnica inkriminacije je *ponuda*. Nije definirana u deliktnoj dispoziciji, a niti u ZOJN-u. Do njezina sadržaja možemo doći samo kroz osobu koja je dostavila ponudu; to je prema čl. 2. t. 18. ZOJN-a ponuditelj kao gospodarski subjekt koji je pravodobno dostavio ponudu. Pojednostavljeno kazano, ponuda je pisani prijedlog za sudjelovanje u postupku javne nabave; u njoj su sadržani svi bitni uvjeti naručitelja javne nabave; njezinim prihvaćanjem ponuditelj sudjeluje u postupku, uz kasniju mogućnost sklapanja ugovora o javnoj nabavi.

Bitan element kaznenog djela je *zabranjeni dogovor* gospodarskih subjekata. Sadržaj toga pojma nemaju ZOJN i postojeći delikt; najbliži mu je *nepravilna ponuda*. Prema čl. 29. t. 1. ZOJN-a, nepravilna je ona ponuda koja nije izrađena u skladu s dokumentacijom za nadmetanje, sadržava odredbe koje javni naručitelj smatra štetnima ili za koju osnovano smatra da nije rezultat tr-

¹⁶ Prema odredbi čl. 2. t. 18. ZOJN-a, „*ponuditelj je gospodarski subjekt koji je pravodobno dostavio ponudu*“. Pri tome treba voditi računa da ponuditelj ne može biti podružnica unutarnjeg ili inozemnog osnivača, već domaće ili inozemno trgovačko društvo odnosno trgovac pojedinac. Prema čl. 7. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima (Nar. nov., br. 90/11., 83/13., 143/13. i 13/14.), podružnica nije pravna osoba.

¹⁷ Gospodarski subjekt je fizička ili pravna osoba, ili zajednica tih osoba, koji na tržištu nudi izvođenje radova i/ili posla, isporuku robe ili pružanje usluga (čl. 2. t. 4. ZOJN-a).

¹⁸ Zajednica ponuditelja ili natjecatelja je udruženje više gospodarskih subjekata koje je pravodobno dostavilo zajedničku ponudu ili zahtjev za sudjelovanje (čl. 2. t. 29. ZOJN-a).

žišnog natjecanja, već je, primjerice, posljedica nedopuštenog sporazuma gospodarskih subjekata. Naručitelj je obvezan takvu ponudu odbiti (čl. 93. st. 1. t. 15. ZOJN-a). Prema čl. 8. st. 1. ZZTN-a, zabranjeni su svi sporazumi između dvaju ili više neovisnih poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje, koje kao cilj ili posljedicu imaju narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, a osobito oni kojima se dijele tržišta ili izvori nabave. Sporazumi u smislu st. 1. ovoga članka smatraju se osobito ugovori, pojedine odredbe ugovora, usmeni ili pisani dogovori među poduzetnicima te usklađena praksa koja je posljedica takvih dogovora, odluke poduzetnika ili udruženja poduzetnika, opći uvjeti poslovanja i drugi akti poduzetnika koji jesu ili mogu biti sastavni dio ugovora i slično, neovisno o tome jesu li takvi sporazumi sklopljeni između poduzetnika koji djeluju na istoj razini proizvodnje odnosno distribucije (horizontalni sporazumi) ili između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje odnosno distribucije (vertikalni sporazumi).

Najznačajniji upućujući indikatori mogućeg postojanja manipuliranja ponudama i sklapanja zabranjenog sporazuma jesu: (a) poznati poduzetnici odbijaju bez stvarnih i opravdanih razloga sudjelovati u postupku javne nabave; (b) ponuditelji u ponudi ističu nerealne i neprihvatljive uvjete; (c) određuju različite cijene na različitim mjestima, pravdajući ih manipulativnim troškovima; (d) nakon pojavljivanja novog ponuditelja pojava iznenadnog pada cijena prije poznatih ponuditelja, što bi upućivalo na postojanje kartela i *bid rigginga* postojećih ponuditelja i (e) iznenadno i ničim opravdano odustajanje od ponude.

Dolus je oblik krivnje. Počinitelj postupa s *ciljem* da naručitelj prihvati određenu ponudu. Taj cilj je subjektivna sastavnica protupravnosti; on je subjektivno obilježje kaznenog djela. *Dolus* je ovdje sastojak krivnje (čl. 23. KZ-a); karakterizira ga počiniteljeva svijest o svim bitnim obilježjima kaznenog djela i htijenje ili sigurno ostvarenje obilježja delikta odnosno pristajanje na njegovo počinjenje; počinitelj je svjestan, njemu je poznato da se ponuda temelji na zabranjenom dogovoru gospodarskih subjekata, ali i uz to on hoće ili je siguran u to ili je svjestan svega toga i pristaje u postupku javne nabave staviti takvu ponudu.

Počinitelj kaznenog djela ne može se pozivati na zabludu o protupravnosti (čl. 32. KZ-a). Neprihvatljivo je da se osoba koja je kao gospodarski subjekt ili njegov zakonski zastupnik ili ovlaštenu predstavnik sudjelovala u postupku javne nabave ispričava nepoznavanjem propisa o postupcima javne nabave. Poznavanje propisa o javnoj nabavi preduvjet je sudjelovanja u postupku. Može se, dakle, zaključiti da se u postupcima javne nabave ne može primijeniti pravilo da počinitelj u vrijeme počinjenja djela nije znao da je njegovo djelo protupravno, a to nije bio dužan niti je mogao znati (čl. 32. st. 1. KZ-a); upravo je, *vice versa*, počinitelj bio dužan znati da je suprotna zakonu ponuda utemeljena na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata s ciljem da naručitelj prihvati određenu ponudu. Riječ je o otklonljivoj ili neispričivoj

zabludi kod koje u obzir ne bi trebala doći niti primjena odredbe čl. 32. st. 2. KZ-a (otklonjiva zabluda o protupravnosti ili zabluda iz nehaja kao fakultativni razlog ublažavanja kazne).¹⁹

Djelo je dovršeno svakom radnjom kojom se dostavlja ponuda utemeljena na zabranjenom sporazumu gospodarskih subjekata. Kazneno djelo je počinjeno neovisno o tome je li ostvaren kriminalni cilj.

Stavak 2.

Stavak 2. obuhvaća kvalificirani oblik kaznenog djela iz st. 1. Teži oblik kaznenog djela postoji ako se ostvari znatna imovinska korist ili nastupi znatna šteta. Radi jasnoće inkriminacije trebalo je po uzoru na slične delikte precizirati kome se pribavlja znatna imovinska korist ili prouzrokuje znatna šteta. Korist se očito pribavlja fizičkoj ili pravnoj osobi čija je ponuda prihvaćena u postupku javne nabave, dok šteta može biti prouzročena naručitelju ili osobi čija je ponuda odbijena. Izrazi *znatna imovinska korist* i *znatna šteta* postoje ako njihov iznos prelazi 60.000,00 kuna (čl. 87. st. 28. KZ-a).

Stavak 3.

U st. 3. slučaj je *djelotvornog kajanja*. Počinitelja djela iz st. 1., zato što je spriječio nastanak posljedice, honorira se mogućnošću oslobađanja od kazne (čl. 50. st. 1. t. 1. KZ-a).

Što označuje zakonska sintagma *dobrovoljno spriječi*? Prije odgovora treba reći kako je poznato da se tajni sporazumi poduzetnika teško otkrivaju te da tijela otkrivanja teško dolaze do spoznaje o njihovu postojanju. Velika dobit putem *bid rigginga* (v. bilj. 22) te česta pojava *kartela* (v. bilj. 21) u kojima se sve to odvija, uvijek predstavljaju potencijalnu opasnost za poduzetnike i njihove odgovorne osobe u slučaju otkrivanja tajnih sporazuma. Nadležna tijela stoga moraju pronaći način pribavljanja dokaza o postojanju sporazuma i o njegovim sudionicima. Razbijanje tajnosti moguće je, *inter alia*, korištenjem odredbe st. 3. Za počinitelja koji dobrovoljno spriječi da naručitelj prihvati ponudu utemeljenu na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata koji ima cilj da naručitelj prihvati određenu ponudu nije toliko bitno hoćemo li se koristiti izrazom *svjedok pokajnik*, *maverick (nezadovoljnik)*, *zviždač (whistle blower, onaj koji puše u zviždaljku)* ili *informerator*. Našem pravnom poretku najbliži izraz je *svjedok pokajnik*.

¹⁹ U čl. 46. st. 3. KZ/97 odredba o okvirnim kriterijima postojanja otklonjive zablude o protupravnosti djela glasila je: „Zabluda se neće smatrati otklonjivom ako bi svatko pa i počinitelj mogao lako spoznati protupravnost djela, ili ako se radi o počinitelju koji je s obzirom na svoje zvanje, zanimanje ili službu bio dužan upoznati se s odgovarajućim propisom.“

Ratione materiae odnosi se na zabranjene dogovore između gospodarskih subjekata u postupcima javne nabave, pri čemu je neodlučno je li riječ o pisanim ili usmenim dogovorima, bitno je da su zabranjeni i ništetni. *Ratione personae* odnosi se na *svjedoke pokajnike* (poduzetnike i/ili njihove odgovorne osobe). O čemu ovisi hoće li počinitelj biti oslobođen od kazne (čl. 254. st. 3. u svezi s čl. 50. st. 1. t. 1. KZ-a) ili će biti blaže kažnjen (čl. 50. st. 2. KZ-a)? Opći uvjet oslobađanja od kazne ili ublažavanja kazne jest da naručitelj još nije prihvatio ponudu utemeljenu na zabranjenom tajnom dogovoru između gospodarskih subjekata. Prva situacija postoji kad je prije pokretanja kaznenog postupka *svjedok pokajnik* poduzeo radnje (dostavio dokaze) o postojanju tajnog dogovora i time bitno, značajno pridonio sprječavanju sklapanja ugovora o javnoj nabavi. Takva će situacija uglavnom postojati ako nadležna tijela (Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, policija i državno odvjetništvo) ne raspolažu relevantnim dokazima da je sklopljen dogovor, odnosno dokazima iz kojih proistječe osnovana sumnja o počinjenju ili pokušaju počinjenja kaznenog djela iz čl. 254. st. 1. Druga situacija postoji kad je *svjedok pokajnik* dostavio dokaze nakon što je pokrenut kazneni postupak. Nadležno tijelo već raspolaže dokazima. Međutim u ovome je slučaju moguće oslobođenje počinitelja ako je značajno pridonio otkrivanju radnji počinjenja i tako spriječio prihvrat ponude iz čl. 254. st. 1. KZ-a.²⁰

Sigurnosne mjere

Počinitelju koji je kazneno djelo počinio u obavljanju postupka javne nabave kao pojedinac (obrtnik) ili odgovorna osoba ponuditelja ili natjecatelja, a postoji opasnost da će zlouporabom toga postupka ponovo počiniti kazneno djelo, sud može izreći *sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti* (čl. 71. KZ). Prema odredbi čl. 18. st. 1. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (Nar. nov., br. 151/03., 110/07., 45/11. i 143/12., u nastavku teksta: ZOPOKD), pravnoj osobi može se izreći sigurnosna mjera zabrane poslovanja s korisnicima državnog i lokalnih proračuna ako postoji opasnost da bi takvo poslovanje moglo poticajno djelovati na počinjenje novoga kaznenog djela.

²⁰ V. Mladen Cerovac, Karteli – suradnja sudionika zabranjenih sporazuma s antimonopolnim tijelima kao preduvjet za oslobađanje ili ublažavanje kazne, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 9/02., str. 85-103, ili http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mladen_cerovac/12_mc.pdf

V. i Mladen Rebić, Program oslobađanja odnosno ublažavanja kazne za učesnike kartela, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, godina II, 1/11, str. 168-195, ili <http://www.gpfis.rs.ba/pdf%202011%20br1/Program%20osloba%C4%91anja%20odnosno%20ubla%C5%BEavanja%20od%20kazne%20za%20u%C4%8Desnike%20kartela.pdf>

Karteli i bid rigging u EU-u i SAD-u

U Europskoj uniji i SAD-u poznata je pojava *kartela*²¹ i *bid rigginga*²² u javnoj nabavi. *Kartel* je oblik sporazumnog udruživanja istorodnih neovisnih gospodarskih korporacija s ciljem stvaranja monopolskog položaja na tržištu; primarna mu je zadaća ograničavanje ili sprječavanje konkurencije poduzetnika izvan kartela; nameće uvjete prodaje, sklapanja ugovora, monopolske cijene i druge pogodnosti njegovih članova. Članovi kartela su neovisni u poslovanju, ali su obvezni pridržavati se sporazuma o kartelu. Karteli postoje u velikom broju gospodarskih djelatnosti (proizvodnji, trgovini, pružanju usluga i drugim djelatnostima). Karteli se posebno pojavljuju u manipuliranju ponudama u postupcima javne nabave. U javnoj nabavi koriste se *nezakoniti dogovori* poduzetnika; poznato je da su opasni upravo u javnoj nabavi i da se zbog mnoštva pojavnih oblika vrlo teško otkrivaju. Namještanje ponuda u postupcima javne nabave dovodi do povećanja cijene robe, radova i usluga u prosjeku za 20%.²³ Tajni i neformalni zabranjeni sporazumi neovisnih poduzetnika o namještanju nadmetanja u postupcima javne nabave u pravilu se pretvaraju u kartele kojima se krše pravila tržišnog natjecanja. Najčešći su javni oblici: podnošenje

²¹ *Kartel* (engl. *cartel*; *ring*; franc. *entente*; njem. *Kartell*; *Ring*) formalni sporazum između tržišnih takmaca čija je svrha ograničavanje ili potpuno isključivanje tržišnog natjecanja između sudionika sporazuma s ciljem da povećanjem cijena ostvare dodatni, značajno povećani profit (engl. *excess profit*). ... Karteli u pravilu nastaju na tržištu na kojem postoji *oligopol*. U teoriji se stoga takva situacija naziva *kooperativni oligopol* (engl. *cooperative oligopoly*). Razlikujemo dvije osnovne vrste kartela. *Javni karteli* (engl. *public cartels*) karteli su u kojima države utvrđuju pravila koja se odnose na cijene, obujam proizvodnje i sl. ... Za razliku od javnih kartela čije su postojanje i uvjeti djelovanja obznanjeni i javnosti poznati, *privatni karteli* (engl. *private cartels*) rezultat su tajnog sporazuma poduzetnika na temelju kojeg samo njegovi članovi ostvaruju određene uzajamne koristi. Njihovo postojanje nije poznato javnosti, a vjerojatnost da se za njih sazna vrlo je mala. Propisi o tržišnom natjecanju većine zemalja privatne kartele u pravilu smatraju *per se* zabranjenim sporazumima. ... (M. Cerovac, bilj. 1, str. 71/72).

²² *Bid rigging* (engl.) *manipuliranje ponudama na javnom natječaju* (engl. *bid rigging*; *collusive bidding/tendering*; franc. *truquague d'appels d'offres*; njem. *Submissionsabsprache*), tehnički izraz kojim se u pravu tržišnog natjecanja označuje manipuliranje ponudama na javnom natječaju. To je posebni oblik *koluzije* poduzetnika u obliku *sporazuma o utvrđivanju cijena* (tzv. *price-fixing*) na natječajima, posebno onima koji su vezani uz *javne nabave*. Postoje dva osnovna oblika manipuliranja. Prema prvome, skupina se poduzetnika tajno sporazumi je o podnošenju zajedničke ponude, isključujući na taj način mogućnost natjecanja u cijenama. Drugi je način tzv. *metoda mjesečevih mijena* (engl. *phases of the moon*). U osnovi tog načina je tajni dogovor skupine poduzetnika o tome koji će od njih na natječaju podnijeti najjeftiniju ponudu kako bi bio izabran kao najpovoljniji ponuditelj. Dogovorom je obuhvaćeno duže razdoblje kako bi na sljedećem natječaju najjeftiniju ponudu podnio sljedeći poduzetnik iz te skupine, zatim treći itd. U osnovi, takav dogovor ima značaj *kartela*. (M. Cerovac, bilj. 1., str. 88).

²³ <http://www.aztn.hr/article/646/karteli-u-javnoj-nabavi-su-najcesci-i-najteze-se-otkrivaju>

fiktivnih ponuda, odustajanje od ponude, izmjena ponuda na pojedinim natječajima prema unaprijed dogovorenom modelu, nepodnošenje ponude kako bi se prihvatila ponuda jednog od članova kartela, podjela tržišta – teritorijalno i prema određenim naručiteljima kako bi prema dogovoru posao „unaprijed“ dobio netko od članova kartela.²⁴ *Manipuliranje ponudama na javnom natječaju* ili *bid rigging* pojava je kojom se s tržišta uklanja konkurencija, a naručitelju povećavaju troškovi.

Nezakonito pogodovanje

Članak 292.

(1) Službena ili odgovorna osoba koja na temelju sporazuma pogoduje jednom od gospodarskih subjekata prilagođavanjem uvjeta javne nabave ili sklopi ugovor s ponuditeljem čija je ponuda u suprotnosti s uvjetima iz dokumentacije za nadmetanje,

kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se službena ili odgovorna osoba koja iskoristi položaj ili ovlast pogodovanjem u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova za svoju djelatnost ili djelatnost osoba s kojima je interesno povezana.

U jednom dijelu (st. 2.) kazneno djelo predstavlja kontinuitet kaznenog djela zlouporabe obavljanja dužnosti državne vlasti iz čl. 338. KZ/97.

Stavak 1.

Radnja počinjenja sastoji se u nezakonitom *prilagođavanju* uvjeta javne nabave; nju zapravo karakterizira sporazum službene ili odgovorne osobe naručitelja i ponuditelja ili natjecatelja kojim se u određivanju uvjeta u dokumentaciji za nadmetanje pogoduje određenom gospodarskom subjektu tako da samo on može udovoljiti postavljenim propozicijama i da se upravo na taj način s točno određenim gospodarskim subjektom sklopi ugovor o javnoj nabavi. To je prva inačica radnje počinjenja. Druga se sastoji u sklapanju ugovora o javnoj nabavi s ponuditeljem čija je ponuda u suprotnosti s uvjetima iz dokumentacije za nadmetanje.

Postojanje radnje počinjenja utvrđuje se usporedbom uvjeta iz dokumentacije za nadmetanje i sadržaja ponude. Državna komisija za kontrolu postupaka

²⁴ Na tu sam pojavu upozorio u opsežnom radu: *Mogući pojavnici oblici kriminalnog ponašanja u postupcima javne nabave*, objavljenom u zborniku Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva - 2008., Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 215-281, posebno v. zaključke, str. 280.

javne nabave,²⁵ forenzičar, državno odvjetništvo i istražitelj analiziraju vjerodostojnost dokumentacije, njezinu moguću preinaku i podešavanja određenom ponuditelju (gospodarskom subjektu ili zajednici gospodarskih subjekata). Izvidi, istraživanje ili dokazna radnja vještačenja trebali bi krenuti od prve isprave i izrade dokumentacije na kojoj se temelje uvjeti naručitelja za provođenje nadmetanja. U postupku nadzora posebna pozornost posvećuje se, primjerice, kod nabave školskih ili medicinskih uređaja i opreme, tehničkoj i funkcionalnoj specifikaciji te prioritetima i potrebi za takvim uređajima i opremom.

Radnja *pogodovanja* ne implicira pribavljanje koristi ili prouzročenje štete (elementi kaznenog djela iz čl. 291.); djelo postoji poduzimanjem svakog postupka kojim se ide u prilog jednom od gospodarskih subjekata u postupku javne nabave. U poslovnom svijetu takvo pogodovanje naziva se *kronizam*,²⁶ oblik pogodovanja ili favoriziranja (engl. *favouritism*) određenih sudionika poslovnih odnosa; u privilegirani položaj stavljaju se „izabrani“ gospodarski subjekti; sredstva namijenjena javnoj nabavi distribuiraju se mimo važećih kriterija i načela javne nabave. Sporazum o pogodovanju jednom od gospodarskih subjekata najčešće se javlja u opisu predmeta nabave (čl. 80. ZOJN-a) i tehničkoj specifikaciji koja mora omogućiti jednak pristup ponuditeljima (načelo zabrane diskriminacije) te ne smije imati učinak stvaranja neopravdanih prepreka nadmetanja (čl. 81. ZOJN-a). U praksi se međutim ne poštuju te odredbe ZOJN-a. U natječaju se počesto veoma iscrpno opisuju specifikacije, u mjeri da odgovaraju samo nekom od natjecatelja koji ispunjava natječajne uvjete i time se ciljano unaprijed eliminiraju drugi natjecatelji; štoviše uvjeti se prepisuju iz kataloga s karakteristikama robe određenog proizvođača. Takvim ponašanjem naručitelja ne jamči se stvarno nadmetanje, ne postiže se ozbiljnost ponude kroz njezinu sukladnost s dokumentacijom za nadmetanje, a niti pregled i ocjena ponude, njezin odabir i isporuka najkvalitetnijeg proizvoda. Jedan od načina kontrole zakonitosti u postupku javne nabave je obveza naručitelja da u određenom roku, nakon isteka roka za dostavu ponuda, svim ponuditeljima dostavi odluku o odabiru s preslikom zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda. Odluka o odabiru ili poništenju objavljuje se u Elektroničkom oglasniku javne nabave (EOJN).

²⁵ V. Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Nar. nov., br. 18/13.) i Uredbu o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (Nar. nov., br. 84/13.).

²⁶ *Kronizam* je engleska riječ (*cronysm*) s grčkim korijenom (*khronios*, dugog trajanja); kolokvijalno označuje krug bliskih prijatelja ili društva. Podrazumijeva sustav izgrađen na uspjehu utemeljenom na bliskosti poslovnih ljudi i državnih službenika, a u političkom žargonu postavljanje na položaj stranačkih prijatelja i pristaša. (V. The Oxford Encyclopedic English Dictionary, Clarendon Press-Oxford, 1991., str. 345, i Milica Gačić, Englesko-hrvatski rječnik prava, Ljevak, Zagreb, 2004., str. 325).

Drugi modalitet radnje počinjenja po prirodi stvari ne pretpostavlja počinjenje prvoga. U oba slučaja nužno je objasniti *sadržaj uvjeta javne nabave*. ZOJN i KZ ne daju objašnjenje toga sadržaja. Jedino što postoji je odredba čl. 105. st. 1. ZOJN-a, prema kojoj ugovor o javnoj nabavi mora biti u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji za nadmetanje i odabranom ponudom. Možemo reći da je riječ o sastavnim dijelovima uvjeta bez kojih se ne može sklopiti ugovor o javnoj nabavi, primjerice cijena, rok izvođenja radova, isporuke robe ili pružanja usluga, ispunjavanje minimalnih zahtjeva javnog naručitelja, ukratko – ponuditelj se treba pridržavati zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije za nadmetanje. Prije donošenja odluke o pokretanju kaznenog postupka nužno je razlikovati postupak izrade ponude (sastojak prve inačice radnje počinjenja) od sklapanja ugovora o javnoj nabavi (sastojak druge inačice radnje počinjenja). Obveza je ponuditelja (gospodarski subjekt koji je pravodobno dostavio ponudu) da se pri izradi ponude pridržava zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije za nadmetanje (čl. 87. st. 1. ZOJN-a). Poštovanje ugovora nalaže, kako je navedeno, odredba čl. 105. st. 1. ZOJN-a prema kojoj ugovor o javnoj nabavi mora biti u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji za nadmetanje i odabranom ponudom. U tome članku ZOJN-a su i odredbe o izvršavanju ugovora te o pretpostavkama izmjena ugovora.

Sastavni dio dispozicije kaznenog djela je i pojam *sklopi ugovor*. Kad će se smatrati da je ugovor sklopljen? *Zakon o javnoj nabavi člankom 99. stavkom 2. propisuje da izvršnošću odluke o odabiru, tj. protekom roka mirovanja, nastaje ugovor o javnoj nabavi odnosno okvirni sporazum. Stoga bi pod sklapanjem ugovora trebalo razumjeti odluku o odabiru i uvjete sadržane u odluci, koji postaju sadržaj ugovora o javnoj nabavi koji se sklapa u pisanom obliku te sve kasnije dodatke osnovnog ugovora ako ih bude.*²⁷

Počinitelj kaznenog djela je službena ili odgovorna osoba (čl. 87. st. 3. i 6. KZ-a). Počinitelj prve inačice radnje počinjenja je *prima facie* osoba ili članovi tijela koji kreiraju dokumentaciju za nadmetanje (čl. 78.-81. ZOJN-a). Prije donošenja odluke javnog naručitelja, pregled i ocjenu ponude obavljaju stručne osobe i/ili članovi stručne službe ili neovisne stručne službe (osobe navedene u internoj odluci naručitelja koje nisu njegovi zaposlenici) naručitelja. Te se osobe kao ovlaštene predstavnici naručitelja mogu pojaviti u svojstvu počinitelja kaznenog djela. Počinitelji druge inačice su osobe koje u ime i za račun javnog naručitelja donose odluku o odabiru ponude (čl. 96. ZOJN-a) i sklope ugovor o javnoj nabavi (čl. 2. t. 24.-27. ZOJN-a i čl. 99. toga Zakona).

²⁷ Zoran Vuić, *Pravna zaštita i nepravilnosti u provođenju postupka javne nabave*, iz zbornika radova: Primjena novog Zakona o javnoj nabavi i novih podzakonskih propisa, Inženjerski biro, Zagreb, 2012., str. 166.

Stavak 2.

Kaznenim djelom iz *stavka 2.* nastoji se zaštititi pravilno i zakonito obavljanje službene dužnosti osoba na određenom službenom položaju ili ovlasti. Inkriminiranjem radnje *pogodovanja* u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova za svoju djelatnost ili djelatnost osoba s kojima je interesno neka osoba (počinitelj kaznenog djela) povezana pokušava se kaznenom represijom zaštititi poslovni moral, suzbiti korupcija i privatizacija funkcioniranja tijela vlasti te spriječiti davanje neopravdane i nezakonite povlastice.

Riječ je, kako je napomenuto, o *službeničkom kaznenom djelu* kojim se štiti zakonito i pravilno odvijanje službe, navlastito u tijelima državne vlasti, jedinicama lokalne ili regionalne samouprave i uprave, u pravnim osobama koje su u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu Republike Hrvatske ili jedinica lokalne ili regionalne samouprave i uprave, kao i u bilo kojoj djelatnosti u kojoj se pojavljuje službena ili odgovorna osoba kad obavlja javne ovlasti.

Djelo je *delictum proprium*, s počiniteljem koji pokriva *reducirani pojam službene ili odgovorne osobe* (obuhvaća samo slučajeve pogodovanja navedene u opisu kaznenog djela).

Radnja počinjenja alternativno je određena (dispozicija s više alternacija), može se izvršiti iskorištavanjem položaja ili ovlasti. Nejasno je zašto u inkriminaciju kao oblik zlouporabe nije uneseno prekoračenje ovlasti ili neobavljanje dužnosti (v. čl. 291. st. 1. KZ-a). Nije, naime, isključena mogućnost radnje počinjenja kad počinitelj djela prisvoji ovlast izvan svoje stvarne nadležnosti ili propušta učiniti nešto što je inače bio dužan učiniti. Službena ili odgovorna osoba djeluje u sklopu službenog položaja ili ovlasti, ne izvan toga, već u okviru svoje službene dužnosti, ali s nakanom da se pomaže u *davanju, preuzimanju* ili *ugovaranju poslova*. Težište je na radnji počinjenja pogodovanjem. Prati je iskorištavanje položaja ili ovlasti počinitelja. *Pogodovanje* je zapravo pomaganje, davanje prednosti pred drugima, privilegiranje, primjerice traženje, zahtijevanje prednosti u nekom natječaju, traženje nekog povlaštenog položaja; počinitelj djela svoj ili tuđi privatni interes, uglavnom imovinske naravi, stavlja iznad javnog interesa; zapostavlja nepristranost u obavljanju službene dužnosti. Riječ je o *nepotizmu* (engl. *nepotism*); posebnom obliku pogodovanja u postupcima javne nabave u korist svoje djelatnosti ili djelatnosti interesno povezane osobe, zapravo rodbine. Radnju karakterizira trgovanje utjecajem i patronat u postupcima javne nabave.

Počinitelj kaznenog djela u pravilu je iz kruga predstavnika naručitelja: čelnik tijela naručitelja, član upravnog ili nadzornog tijela naručitelja, ovlaštenu predstavnicu naručitelja u pojedinom postupku javne nabave ili bilo koja druga osoba koja ima utjecaj na odlučivanje naručitelja u pojedinom postupku javne nabave.

Djelo se može počinuti samo s *dolusom*. Kazneno djelo u sebi ne sadržava namjeru stjecanja koristi ili prouzročenja štete pa je *delikt apstraktnog ugrožavanja*. Ako se djelom sebi ili drugoj osobi pribavi korist ili drugome prouzroči

šteta, počinitelj će odgovarati za kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti (čl. 291.). Neovisno od pravnoj naravi delikta (djelo apstraktnog ugrožavanja), ipak je ono najčešće povezano sa zlouporabom usmjerenom na pribavljanje imovinske koristi u obavljanju vlastite privatne djelatnosti ili privatne djelatnosti članova svoje obitelji ili poslovnih partnera, primjerice trgovačkom društvu, ortaštvu, zajedničkom obrtu.

Možda je za kazneno djelo iz čl. 292. trebalo propisati teži oblik ako je djelom iz st. 1. i 2. s ponuditeljem sklopljen ugovor o izvođenju radova, isporuci robe ili pružanju usluga čija je vrijednost *velikih razmjera*. Bez tog kvalificiranog oblika, samo kazna propisana za djelo iz st. 1. i 2. nije u skladu s kriminološkim i kriminalnopolitičkim svojstvima, težinom i štetom koja se nanosi gospodarstvu i državi u postupcima javne nabave.

U uskoj svezi s ovim kaznenim djelom je tzv. *zakonodavstvo sukoba interesa*. Primarna mu je zadaća očuvanje integriteta, zakonitosti i čistoće djelatnosti državnih dužnosnika i svih, možebitnih, potencijalnih počinitelja kaznenog djela iz čl. 292. st. 2. Neriješeni ili zanemareni sukob interesa može kao posljedicu imati zlouporabu položaja i ovlasti. Tako i Ustavni sud u odluci i rješenju U-I-2414/2011, U-I-3890/2011 i U-I-4720/2012 od 3. studenoga 2012. (Nar. nov., br. 126/12.) navodi: „5.1.*Cilj politike koja uređuje sukob interesa ne treba predstavljati zabranu svakog privatnog interesa koji javni dužnosnici mogu imati, čak i ako bi takav pristup bio razumljiv. Neposredni cilj trebao bi biti usmjeren na očuvanje integriteta dužnosnika i uprave uopće te donesenih odluka, priznajući tako da neriješen sukob interesa može za posljedicu imati zlouporabu položaja. Sukladno tom potrebno je postaviti sustav za ranu identifikaciju rizika i rješavanje sukoba interesa, ojačati integritet dužnosnika, uspostaviti efikasan mehanizam nadzora te propisati odgovarajuće i odvraćajuće sankcije. U postupku zakonodavne regulacije sukoba interesa posebnu pozornost treba obratiti i na moguće situacije sukoba interesa nakon prestanka obnašanja javne dužnosti.*“

Temeljni pravni akt je *Zakon o sprječavanju sukoba interesa* (Nar. nov., br. 26/11. i 12/12., u nastavku teksta: ZOSSI). Svrha tog Zakona je sprječavanje sukoba interesa u obnašanju javnih dužnosti, sprječavanje privatnih utjecaja na donošenje odluka u obnašanju javnih dužnosti, jačanje integriteta, objektivnosti, nepristranosti i transparentnosti u obnašanju javnih dužnosti te jačanje povjerenja građana u tijela javne vlasti (čl. 1. st. 2. ZOSSI-ja). A kada je riječ o postupku javne nabave, tada se ne smiju zanemariti odredbe čl. 13. ZOJN-a o sprječavanju sukoba interesa.²⁸ Nadalje, prema odredbi čl. 18. st. 12. ZOJN-a,

²⁸ Čl. 13. ZOJN-a glasi:

„(1) *Sukobom interesa pri sklapanju ugovora o javnoj nabavi smatraju se sljedeći odnosi naručitelja i gospodarskih subjekata:*

dužnosnicima u smislu ZOSSI-ja zabranjeno je utjecati na dobivanje poslova ili ugovora o javnoj nabavi za nabavu robe, usluga i radova i/ili na koji drugi

1. ako predstavnik naručitelja istovremeno obavlja upravljačke poslove u gospodarskom subjektu, ili

2. ako je predstavnik naručitelja vlasnik poslovnog udjela, dionica odnosno drugih prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju odnosno u kapitalu tog gospodarskog subjekta s više od 0,5%.

(2) Predstavnikom naručitelja u smislu ovoga članka smatra se:

1. čelnik tijela naručitelja, član upravnog ili nadzornog tijela naručitelja,

2. ovlašteni predstavnici naručitelja u pojedinom postupku javne nabave iz članka 24. ovoga Zakona, i

3. druge osobe iz članka 24. stavka 5. ovoga Zakona koje imaju utjecaj na odlučivanje naručitelja u pojedinom postupku javne nabave.

(3) Naručitelji ne smiju sklapati ugovore o javnoj nabavi s gospodarskim subjektima iz stavka 1. ovoga članka u svojstvu ponuditelja i člana zajednice ponuditelja. Gospodarski subjekti iz stavka 1. ovoga članka ne smiju biti podizvoditelji odabranom ponuditelju.

(4) Stavak 3. ovoga članka primjenjuje se i u slučaju kada je u odnosu s gospodarskim subjektom iz stavka 1. ovoga članka i povezana osoba predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka. Povezane osobe su bračni ili izvanbračni drug, srodnici po krvi u uspravnoj lozi, braća i sestre te posvojitelj, odnosno posvojenik predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka.

(5) Stavak 4. ovoga članka ne primjenjuje se u slučaju kada je povezana osoba predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka poslovne udjele, dionice odnosno druga prava na temelju kojih sudjeluje u upravljanju odnosno u kapitalu gospodarskog subjekta s više od 0,5% stekla u razdoblju od najmanje dvije godine prije imenovanja odnosno stupanja na dužnost predstavnika naručitelja s kojim je povezana. Primjena ove odredbe ne dovodi u pitanje druge obveze koje se u tim slučajevima odnose na obveznike primjene posebnog propisa o sprječavanju sukoba interesa.

(6) Stavak 3. ovoga članka primjenjuje se i ako je predstavnik naručitelja ili povezana osoba predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka prenijela svoje udjele u vlasništvu na drugu osobu ili posebno tijelo (povjerenika) sukladno posebnim propisima o sprječavanju sukoba interesa.

(7) Sukobom interesa iz stavka 1. točke 1. ovoga članka ne smatra se situacija u kojoj predstavnik naručitelja ili povezana osoba predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka upravljačke poslove u gospodarskom subjektu obavlja kao službeni predstavnik naručitelja, a ne kao privatna osoba.

(8) Predstavnici naručitelja dužni su potpisati izjavu o postojanju ili nepostojanju sukoba interesa u smislu njihova odnosa ili odnosa povezanih osoba predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka s gospodarskim subjektima iz stavka 1. ovoga članka.

(9) Na temelju izjava iz stavka 8. ovog članka, naručitelj je obavezan:

1. na svojim internetskim stranicama objaviti popis gospodarskih subjekata s kojima je predstavnik naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka ili s njime povezane osobe u odnosu iz stavka 1. ovoga članka ili obavijest da takvi subjekti ne postoje. Ukoliko naručitelj ne posjeduje internetske stranice, navedeni popis dužan je objaviti u službenom glasilu ili na oglasnoj ploči ili ga na drugi način učiniti stalno dostupnim zainteresiranoj javnosti,

2. u dokumentaciji za nadmetanje za pojedini postupak javne nabave navesti popis gospodarskih subjekata s kojima je u sukobu interesa u smislu ovoga članka ili navesti da takvi subjekti ne postoje,

3. popis iz točke 1. ovoga stavka stalno ažurirati u skladu s promjenama.“

način koristiti se položajem dužnosnika kako bi utjecali na tu nabavu radi postizanja osobnog probitka ili probitka povezane osobe, neke povlastice ili prava, sklopili pravni posao ili na drugi način interesno pogodovali sebi ili drugoj povezanoj osobi. *Povezane osobe* su prema čl. 13. st. 4. ZOJN-a bračni ili izvanbračni drug, srodnici po krvi u uspravnoj lozi, braća i sestre te posvojitelj odnosno posvojenik predstavnika naručitelja iz stavka 2. točke 1. ovoga članka (čelnik tijela naručitelja, član upravnog ili nadzornog odbora naručitelja). U taj krug ušli bi i životni partneri istog spola (v. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Nar. nov., br. 92/14.).

Posebnu pozornost treba obratiti na prekršaje iz čl. 182. st. 1. t. 2. i 11. i st. 2. ZOJN-a,²⁹ jer je moguće preklapanje kaznenog djela iz čl. 292. KZ-a i tih prekršaja te povreda načela *non bis in idem*.³⁰

Sigurnosnu mjeru zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti (čl. 71. KZ) sud može izreći službenoj ili odgovornoj osobi kao počinitelju kaznenog djela iz čl. 292. KZ-a. U čl. 4. t. 3. *Okvirne odluke Vijeća Europske unije 2003/568/PUP* od 22. srpnja 2003. propisano je da se fizičkoj osobi osuđenoj za postupanje iz čl. 2. „...može, kada je potrebno, a svakako u slučajevima kada ima vodeću ulogu u trgovačkom društvu u okviru konkretne djelatnosti, privremeno zabraniti obavljanje te ili slične poslovne djelatnosti na sličnom položaju ili u sličnom svojstvu, ako utvrđeno činjenično stanje jasno pokazuje da je postojao rizik od zlouporabe položaja ili službe za aktivnu ili pasivnu korupciju.“

Nije prijemna niti *odgovornost pravne osobe* zbog počinjenja kaznenog djela. Uzgred se napominje da prema odredbi čl. 5. st. 2. ZOPOKD-a pravna osoba može biti odgovorna za kazneno djelo i u slučaju postojanja pravne ili stvarne zapreke za određivanje odgovornosti odgovorne osobe.

Nužno je naglasiti da se prema čl. 6. st. 1. ZOPOKD-a Republika Hrvatska kao pravna osoba ne može kazniti za kazneno djelo, a prema st. 2. jedinice

²⁹ Čl. 182. st. 1. t. 2. i 11. i st. 2. ZOJN-a glasi:

„(1) Novčanom kaznom od 50.000,00 do 1.000.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj pravna osoba ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave:

...

2. ako sklopi ugovor o javnoj nabavi suprotno odredbi članka 13. ovoga Zakona,

...

11. ako sklopi ugovor o javnoj nabavi ili okvirni sporazum koji nije u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji za nadmetanje i odabranom ponudom (članak 105. stavak 1.),...“

...

³⁰ „(2) Novčanom kaznom od 10.000,00 do 100.000,00 kuna kaznit će se odgovorna osoba u pravnoj osobi ili odgovorna osoba u državnom tijelu ili u jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave za prekršaj iz stavka 1. ovoga članka.“

O načelu *non bis in idem* više v. Š. Pavlović, *Tri načela kaznenog postupka*, Libertin naklada, Rijeka, 2013., str. 391-486.

lokalne i područne (regionalne) samouprave mogu se kazniti samo za kaznena djela koja nisu počinjena u izvršavanju javnih ovlasti. Naime, sva zakonodavstva u kojima je predviđena odgovornost pravnih osoba isključuju odgovornost države. Država bi postojanjem takve odgovornosti, i uz to što joj pripada *ius puniendi*, zapravo kažnjavala samu sebe. *Ograničena odgovornost* vrijedi za lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu, ovisno o tome postupa li *iure imperii* ili *iure gestionis*. U poslovima u kojima kao javna vlast ili tijela državne uprave rješavaju o pravima, obvezama i pravnim interesima fizičkih i pravnih osoba jedinice lokalne samouprave i jedinice područne (regionalne) samouprave ne odgovaraju za kaznena djela. *Moć vladanja (ius imperii)*, to pravo državne vlasti isključuje mogućnost kažnjavanja tih pravnih tvorevina. Novčano kažnjavanje bilo bi apsurdno, jer bi se novac iz istoga proračuna samo prelijevao iz jedne stavke u drugu. Naprotiv, općine, gradovi i županije mogu na temelju st. 2. biti kažnjeni samo za kaznena djela počinjena u vršenju djelatnosti izvan prerogativa javne vlasti. Riječ je o poslovima koje mogu prenositi na vlastito trgovačko društvo ili drugu pravnu ili fizičku osobu. Uglavnom su to komunalne djelatnosti (prijevoz putnika, odvoz smeća, održavanje zelenih površina, groblja, javne rasvjete i sl.). Kazneno djelo također se može počiniti i, primjerice, pri sklapanju ugovora o prodaji ili davanju zemljišta ili poslovnog prostora drugome u zakup. Ti niži nositelji javne ovlasti ovdje postupaju kao ravnopravni partneri na tržištu. Zanimljiva je njihova dvojna uloga u koncesijskim poslovima. Tu su istodobno nositelji javnih ovlasti i tržišni partneri. U svakom slučaju, kad postupaju *iure gestionis*, zajedno s fizičkom osobom odgovaraju za kazneno djelo. *Vršenje prava (ius gestionis)* podvrgava ih istom pravnom režimu kao i privatne osobe; inače bi bez toga bilo nemoguće sudjelovanje javnopravnih i privatnih osoba u istom trgovačkom društvu.

C) Anticipativna zaštita postupaka javne nabave

Riječ je o djelovanju unaprijed kako bi se spriječile možebitne nezakonitosti u postupcima javne nabave, uključujući i počinjenje kaznenih djela. Radi ostvarenja toga cilja je odredba čl. 67. st. 1. t. 1. ZOJN-a o obveznom isključenju ponuditelja ili natjecatelja iz postupka javne nabave ako je gospodarski subjekt ili osoba ovlaštena po zakonu za zastupanje gospodarskog subjekta pravomoćno osuđena za bilo koje od sljedećih kaznenih djela odnosno za odgovarajuća kaznena djela prema propisima države sjedišta gospodarskog subjekta ili države čiji je državljanin osoba ovlaštena po zakonu za zastupanje gospodarskog subjekta. To su sljedeća kaznena djela: a) prijevarena (čl. 236.), prijevarena u gospodarskom poslovanju (čl. 247.), primanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 252.), davanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 253.), zlo-

uporaba u postupku javne nabave (čl. 254.), utaja poreza ili carine (čl. 256.), subvencijska prijevarena (čl. 258.), pranje novca (čl. 265.), zlouporaba položaja i ovlasti (čl. 291.), nezakonito pogodovanje (čl. 292.), primanje mita (čl. 293.), davanje mita (čl. 294.), trgovanje utjecajem (čl. 295.), davanje mita za trgovanje utjecajem (čl. 296.), zločinačko udruženje (čl. 328.) i počinjenje kaznenog djela u sastavu zločinačkog udruženja (čl. 329.) iz KZ/11; b) prijevarena (čl. 224.), pranje novca (čl. 279.), prijevarena u gospodarskom poslovanju (čl. 293.), primanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294.a), davanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294.b), udruživanje za počinjenje kaznenih djela (čl. 333.), zlouporaba položaja i ovlasti (čl. 337.), zlouporaba obavljanja dužnosti državne vlasti (čl. 338.), protuzakonito posredovanje (čl. 343.), primanje mita (čl. 347.) i davanje mita (čl. 348.) iz KZ/97. Katalog kaznenih djela iz oba KZ-a bio je potreban zbog počinjenja kaznenih djela ne samo od 1. siječnja 2013. (dan kad je na snagu stupio KZ/11) pa nadalje, nego i onih počinjenih prije toga. Nije jasno zašto u katalog kaznenih djela nije uvršteno kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl. 246. KZ/11).

Preporukom br. 43 preambule Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnim opskrbama te ugovora o pružanju javnih usluga, državama članicama Europske unije sugerira se izbjegavanje dodjele ugovora o javnim nabavama gospodarskim subjektima koji su sudjelovali u kriminalnim organizacijama (preciznije – zločinačkim udruženjima, op. Š. P.) ili koji su bili proglašeni krivima za korupciju ili prijevaru na štetu financijskih interesa Europskih zajednica ili za pranje novca.

D) Nadležnost za postupanje u predmetima kaznenih djela iz čl. 254. i 292.

Općinska državna odvjetništva i općinski sudovi mjesno i stvarno su nadležni u predmetima kaznenog djela iz čl. 254. Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (čl. 21. st. 2. t. 1. Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, u nastavku teksta: ZUSKOK) i županijski sudovi u Osijeku, Rijeci, Splitu i Zagrebu (čl. 31. st. 1. ZUSKOK-a) stvarno i mjesno su nadležni u predmetima kaznenog djela iz čl. 292. Člankom čl. 33. ZUSKOK-a propisana je mogućnost da VSRH odredi da se suđenje održi pred drugim županijskim sudom ili pred jednim od općinskih sudova iz čl. 32. st. 1. toga Zakona.³¹

³¹ Odredba čl. 32. st. 1. ZUSKOK-a glasi:

„(1) U županijskim sudovima u Osijeku, Rijeci, Splitu i Zagrebu kao i u općinskim sudovima u Osijeku, Rijeci i Splitu te Općinskom kaznenom sudu u Zagrebu ustrojavaju se posebni odjeli za predmete kaznenih djela iz članka 21. ovoga Zakona. Odjeli se sastoje od sudaca koji imaju iskustvo na radu u složenijim predmetima.“

IV. KAZNENOPРАВNA ZAŠTITA POSTUPAKA JAVNE NABAVE U FUNKCIJI OČUVANJA PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA (PRAVA KONKURENCIJE)

Bid rigging putem kartela najopasniji je način namještanja natječaja u postupcima javne nabave. Najčešće se taj negativni proces odvija kroz dostavljanje zajedničke ponude zajednice ponuditelja. Zajednička ponuda *eo ipso* nije nedopuštena sve dotle dok se unutar zajednice ne sklopi zabranjeni sporazum kojim se narušava tržišno natjecanje. Suprotni su propisima o zaštiti tržišnog natjecanja usmeni ili pisani tajni sporazumi ponuditelja ili natjecatelja u postupcima javne nabave, navlastito kad se odnose na cijene, podjelu tržišta ili drugi oblik suradnje. Takvi sporazumi dovode do smanjenja potrebne tržišne konkurencije, uz istodobno pojavljivanje malog broja u pravilu uvijek istih ponuditelja ili nepojavljivanje očekivanih ponuditelja. Tržište se nepotrebno zatvara. Naručitelj je u obvezi procijeniti jesu li ponuditelji mogli samostalno i pojedinačno dostaviti ponudu; ako za to ispunjavaju uvjete i mogu samostalno izvršiti predmet nabave, tada je indikativna „dobra namjera“ i zakonitost zajedničke ponude.

Zakonitost postupaka javne nabave i učinkovito tržišno natjecanje potvrđuju tezu o pozitivnim sinergijskim učincima u području javne nabave i tržišnog gospodarstva. Nužno je razlučiti legislativno uređenje ponašanja poduzetnika na tržištu i zaštite tržišnog natjecanja od uređenja kontrole ponašanja naručitelja u postupcima javne nabave. Ta je dioba značajna jer u postupcima javne nabave naručitelji nisu poduzetnici u smislu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, što je odlučno za nadležnost kontrolnih tijela zaštite slobodnog tržišnog natjecanja i postupaka javne nabave. O zaštiti slobodnog tržišnog natjecanja brine se Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, dok se o zakonitosti sustava javne nabave brine središnje tijelo državne uprave nadležno za taj sustav. Prema odredbi čl. 2. st. 1. Uredbe o nadzoru nad primjenom Zakona o javnoj nabavi (Nar. nov., br. 10/12.) Ministarstvo gospodarstva provodi nadzor sa svrhom otklanjanja ili sprječavanja nepravilnosti koje mogu nastati ili su nastale kao posljedica povrede ZOJN-a i podzakonskih propisa u području javne nabave. Prema odredbama čl. 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Nar. nov., br. 18/13.), *Državna komisija* je samostalno i neovisno državno tijelo nadležno za rješavanje o žalbama u svezi s postupcima javne nabave, postupcima davanja koncesija i postupcima odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva. Državna komisija u žalbenom postupku odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka donesenih u postupcima javne nabave, davanja koncesija i odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva te o zakonitosti ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma sklopljenih bez provedbe postupaka javne nabave. Državna komisija odlučuje i o drugim zahtjevima koje su u žalbenim postupcima ovlaštene postaviti stranke. Državna

komisija podnosi optužne prijedloge za prekršaje propisane ovim Zakonom i drugim propisima koji uređuju područje javne nabave. Međutim, suglasno čl. 167. ZOJN-a, Državna komisija je nadležna odlučivati o zakonitosti ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma sklopljenih bez postupka javne nabave, kao i o drugim zahtjevima koje su u žalbenim postupcima ovlaštene postaviti stranke. U postupcima javne nabave u kojima je Državna komisija naručitelj nije dopuštena žalba, već se može pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom. Tužba ima odgodivi učinak u onim slučajevima u kojima žalba sukladno Zakonu o javnoj nabavi sprječava nastavak postupka javne nabave ili nastanak ugovora o javnoj nabavi odnosno okvirnog sporazuma.

Nerealna je želja, ali se o njoj bar može lamentirati, približavanja Republike Hrvatske razvijenim europskim državama u kojima su stvoreni učinkoviti okviri konkurentnog i slobodnog tržišnog gospodarstva.

*Švicarska se nalazi na vrhu ljestvice svjetske konkurentnosti. Ako se analiziraju pojedini indikatori njezine konkurentnosti, dolazi se do sljedećih zaključaka: Švicarska ima konkurentno vodstvo zbog snažne zaštite vlasničkih prava, uključujući i intelektualno vlasništvo. **Korupcija gotovo ne postoji, pravosuđe je neovisno, a građani mogu imati puno povjerenje u policijske snage** (ist. Š. P.). Niska je razina birokratskog opterećenja poslovanja. Proces stvaranja javnih politika je transparentan. **U poslovnom sektoru standardi etičkog ponašanja na najvišoj su razini** (ist. Š. P.).³²*

Radi izbjegavanja konfundiranja nužno je razlikovati *pravo tržišnog natjecanja*³³ od zaštite od *nepoštenog tržišnog natjecanja*.³⁴

³² Daniel Hinšt, *Okvir za stvaranje konkurentnog i slobodnog tržišnog gospodarstva*, Informator, Zagreb, 6. i 9. kolovoza 2014., br. 6304-6305, str. 2/3.

³³ *Pravo tržišnog natjecanja (pravo konkurencije)* (engl. *competition law; fair-trading law; US engl. antitrust law; franc. droit de la concurrence; njem. Kartellrecht*) pravna je disciplina odnosno dio zakonodavstva koji se bavi zaštitom od različitih oblika protutržišnih djelovanja (ponašanja) poduzetnika. Pravo tržišnog natjecanja neodvojivo je povezano s politikom tržišnog natjecanja (politikom konkurencije) te u tom smislu predstavlja odraz te politike. Stoga se pravo tržišnog natjecanja razlikuje od države do države. Osnovu prava tržišnog natjecanja većine suvremenih zemalja čini zabrana narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja kroz različite oblike ograničavanja i sprječavanja poduzetničkih sloboda u prometu robe i usluga na tržištu. Riječ je prije svega o zaštiti od sklapanja zabranjenih sporazuma poduzetnika, odnosno o sprječavanju stvaranja kartela i njihovog djelovanja, kao i sprječavanje drugih oblika koluzije, zatim o sprječavanju zlouporaba vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu, uključujući i kontrolu koncentracija poduzetnika. Cilj je prava tržišnog natjecanja omogućavanje slobodnog pristupa tržištu pod jednakim uvjetima što većem broju poduzetnika i onemogućavanje isključivanja poduzetnika s tržišta nedopuštenim protutržišnim djelovanjima. Jedina dopuštena sredstva u tržišnom natjecanju su stvaranje kvalitetnijeg i inovativnijeg proizvoda ili usluge i/ili niža cijena proizvoda ili usluge, što bi trebalo rezultirati značajnim pogodnostima za potrošače (kupce). *M. Cerovac, bilj. 1, str. 122.*

³⁴ *Nepošteno tržišno natjecanje (nelojalna konkurencija, engl. unfair competition; franc. concurrence déloyale; njem. unlauterer Wettbewerb)* jesu radnje trgovaca kojima se povre-

Dok se propisi o pravu tržišnog natjecanja (pravu konkurencije) odnose na sve poduzetnike na tržištu, zaštita od nepoštenog tržišnog natjecanja isključivo se tiče odnosa između trgovaca. U postupcima javne nabave tu razliku moramo uočavati, jer je kaznenopravna reakcija u prvom redu usmjerena na zaštitu prava konkurencije gospodarskih subjekata u tim postupcima.

U KZ/97 postojalo je kazneno djelo povrede ravnopravnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti (čl. 280.) i nelojalne konkurencije u vanjskotrgovinskom poslovanju (čl. 289.). Ta dva delikta ispuštena su iz KZ/11 s obrazloženjem da su dovoljne upravno-kaznene mjere (prekršajne sankcije) iz čl. 61.-62. ZZTN-a.³⁵ Takvo obrazloženje je razložno ako je poduzetnik obrtnik, odnosno fizička osoba; problem nastaje kod odgovornosti poduzetnika pravne osobe, jer nije propisana sankcija za njegovu odgovornu osobu.³⁶

đuju i narušavaju dobri poslovni običaji. Najčešće je riječ o postupcima kojima se *potrošač* dovodi u zabludu glede podrijetla i osobina proizvoda (npr. *oglašavanje*, reklamiranje, označavanje proizvoda, korištenje tuđe tvrtke i sl.) i onima koji imaju učinak na ugled i poslovne odnose između trgovaca (npr. oglašavanje kojim se vrijeđa ili omalovažava drugi trgovac, raskid ili neispunjavanje ugovora sklopljenog s drugim trgovcem kako bi sklopio isti ili povoljniji ugovor s drugim trgovcem, sprječavanje poslovnih odnosa između trgovaca i sl.). Nepošteno tržišno natjecanje često se pogrešno smatra dijelom *prava tržišnog natjecanja (prava konkurencije)*. Stoga treba razjasniti temeljnu pojmovnu razliku između nelojalne konkurencije i narušavanja tržišnog natjecanja. Prije svega, propisi o nepoštenom tržišnom natjecanju primjenjuju se samo na osobe koje imaju status trgovca, dok se propisi o slobodnom tržišnom natjecanju primjenjuju na sve poduzetnike. Osim toga, propisima o konkurenciji štiti se prvenstveno javnopravni interes. Taj javni interes ima dva vida. On se prije svega sastoji u zaštiti svakog poduzetnika od nezakonitih postupaka i ponašanja drugog poduzetnika čiji bi mogući učinak mogao biti zapreka pristupa tržištu drugim poduzetnicima da pod jednakim uvjetima pristupe tržištu te da na tom tržištu opstanu i ostanu. Drugi je vid zaštita interesa potrošača u najširem smislu. Riječ je o tome da se kroz osiguravanje djelovanja što većeg broja poduzetnika jača tržišno natjecanje te se na taj način potrošačima osigurava mogućnost izbora kvalitetnih, jeftinih i inovativnih proizvoda. Možemo, dakle, krajnje pojednostavljeno reći da propisi o zaštiti slobodnog tržišnog natjecanja čine dio javnopravnog uređenja, dok propisi o nelojalnoj konkurenciji predstavljaju dio privatnopravne zaštite poduzetnika, i to isključivo trgovaca. *M. Cerovac, supra, str. 98/99.*

Isto, Dragan Zlatović, Nepošteno tržišno natjecanje i poslovna praksa, Organizator, Zagreb, 2009., str. 32/33.

³⁵ Za upravno-kaznenu mjeru koja doseže iznose do najviše 10% vrijednosti ukupnoga prihoda koji je poduzetnik ostvario u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja financijska izvješća, kaznit će se, *inter alia*, poduzetnik koji sklopi zabranjeni sporazum ili na koji drugi način sudjeluje u sporazumu kojim je narušeno tržišno natjecanje, zabranjena koncentracija poduzetnika ili zlouporaba vladajućeg položaja.

³⁶ Isto *Petar Novoselec i Sunčana Roksandić Vidlička, Gospodarska kaznena djela u novom Kaznenom zakonu, HLJKPP, Zagreb, br. 2/2010, str. 710.*

V. ZAKLJUČCI

1. *Vrijednost predmeta ugovora o javnoj nabavi značajno apsorbira BDP.*
2. *Zabranjeni tajni dogovori gospodarskih subjekata i njihovih ovlaštenih zakonskih zastupnika, privilegije i nepotizam pogubno utječu na pravo i politiku tržišnog natjecanja s posljedicom neopravdanog zatvaranja mje-rodavnog tržišta.*
3. *Društvena percepcija zorno oslikava korupciju i kriminal.*
4. *Možebitno je postojanje visokog tamnog broja kaznenih djela počinjenih u postupcima javne nabave.*
5. *Kaznenopravna zaštita je samo ultima ratio societatis; prethodi joj pravna infrastruktura i poštovanje načela javne nabave (jednak tretman, zabrana diskriminirajućeg ponašanje naručitelja i transparentno djelovanja sudionika ugovora o javnoj nabavi).*
6. *Ne bi se moglo zaključiti da postoji odlučnost nadzornih i represivnih tijela u otkrivanju, procesuiranju i osudi za kaznena djela počinjena u postupcima javne nabave.*
7. *U kaznenom postupku treba izricati kazne odgovarajuće težini osobne odgovornosti i položaju počinitelja u organizacijskoj strukturi naručitelja te ponuditelja i natjecatelja.*
8. *Posebnu pozornost valja usmjeriti na primjenu sigurnosne mjere pravnoj te službenoj i odgovornoj osobi kao i na oduzimanje imovinske koristi.*
9. *Na legislativnom planu treba propisati kvalificirani oblik kaznenog djela iz čl. 292. st. 1. i 2. KZ.*

Summary

CRIMINOLOGICAL OVERVIEW AND PROTECTION OF PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES THROUGH CRIMINAL LAW

In this paper, the author approaches the issue of the protection of public procurement procedures from a criminological and criminal-law aspect. By providing relevant data on the public perception of corruption in public procurement procedures, the author illustrates the detrimental effect of unlawful conduct when contracts are awarded by way of public procurement. The paper also provides relevant data on the amount of funds the public contracting authority has available in the EU and in the Republic of Croatia.

The author's view is that the strict application of, and compliance with, the principle of public procurement is necessary in public procurement procedures in order to guarantee a level playing field, to provide transparency, and to avoid discrimination.

The paper includes an overview of the provisions of the Public Procurement Act and several international legal acts (conventions, framework decisions, directives) on combating corruption, with special focus on the obligation of ensuring compliance in public procurement procedures.

The paper examines examples of criminal behaviour by contracting authorities and economic operators in public procurement procedures. It analyses the criminal offence referred to in Articles 254 and 292 CC/11. The author considers that the punishment prescribed for the criminal offence referred to in Article 292 is too mild, and that there is a need to introduce a qualified form of this offence.

The paper concludes with the author's view on issues and problems that concern public procurement procedures.