



Adnan Tulić  
Mirela Porobić  
Slobodan Golubović



# PRIRUČNIK ZA SUDIJE I TUŽIOCE: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki



PRIRUČNIK ZA SUDIJE I TUŽIOCE:  
Korupcijski rizici u  
postupcima javnih nabavki

Adnan Tulić  
Mirela Porobić  
Slobodan Golubović

**Autori:** Adnan Tulić, Mirela Porobić, Slobodan Golubović  
**Saradnik:** Dražen Vidaković  
**Izdavač:** Udruženje "Centar za razvoj medija i analize", u okviru projekta Antikorupcijska mreža u Bosni i Hercegovini (ACCOUNT)  
**Adresa izdavača:** Radićeva 2, 71 000 Sarajevo  
**Godina:** 2019.  
**Recenzenti:** dipl. iur. Milica Pranjić, dipl. iur. Alma Salkić- Mijić  
**Lektura:** Branka Mrkić-Radević  
**Direktor projekta:** Eldin Karić  
**Dizajn i DTP:** Jasmin Leventić  
**Štampa:** UNIONINVESTPLASTIKA d.d. Sarajevo

CIP - Katalogizacija u publikaciji  
 Nacionalna i univerzitetska biblioteka  
 Bosne i Hercegovine, Sarajevo

343.352:351.712(035)

TULIĆ, Adnan

Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki : priručnik za sudije i tužioce / Adnan Tulić, Mirela Porobić, Slobodan Golubović. - Sarajevo : Udruženje Centar za razvoj medija i analize, CRMA, 2019. - 140 str. : graf. prikazi ; 24 cm

Bibliografija: str. 135-136 ; bibliografske i druge bilješke uz tekst.

ISBN 978-9926-8377-0-9

1. Porobić, Mirela 2. Golubović, Slobodan

COBISS.BH-ID 27727366

## SADRŽAJ

1.	UVOD	7
2.	PRAVNI I INSTITUCIONALNI OKVIR JAVNIH NABAVKI U BOSNI I HERCEGOVINI	11
3.	JAVNE NABAVKE I PODLOŽNOST KORUPCIJI	15
4.	INDIKATORI KORUPCIJE U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI PO FAZAMA	19
4.1.	Planiranje javnih nabavki	19
4.1.1.	Korupcijski rizici u fazi planiranja javnih nabavki	22
4.2.	Pripremanje tenderske dokumentacije i javno oglašavanje	23
4.2.1.	Tehničke specifikacije	27
4.2.2.	Korupcijski rizici u fazi pripreme tenderske dokumentacije	28
4.3.	Dostavljanje i evaluacija ponuda	30
4.3.1.	Korupcijski rizici u fazi dostavljanja i evaluacije ponuda	33
4.4.	Ugovaranje i realizacija ugovora	34
4.4.1.	Korupcijski rizici u fazi ugovaranja	38
5.	OTKRIVANJE, ISTRAŽIVANJE I DOKAZIVANJE KRIVIČNOG DJELA ZLOUPOTREBE POLOŽAJA ILI OVLAŠTI – genusno djelo korupcije u javnim nabavkama	41
5.1.	Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao genusno djelo korupcije u javnim nabavkama	41
5.1.1.	Zakonsko biće krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja	45
5.1.2.	Svojstvo subjekta djela (učinitelja)	45
5.1.3.	Radnja krivičnog djela	50
5.1.3.1.	Iskorištavanje službenog položaja ili ovlaštenja	51
5.1.3.2.	Prekoračenje granica službenog položaja ili ovlaštenja	53
5.1.3.3.	Nevršenje službene dužnosti	56
5.1.4.	Posljedica	58
5.1.5.	Krivica	65
5.1.5.1.	Otkrivanje krivičnog djela kroz rad i kontrolu koje vrše službene osobe poreskih, finansijskih, carinskih, revizijskih i drugih javnih organa	77
5.1.5.2.	Karakteristike izvršioca krivičnog djela	80
5.1.5.3.	Karakteristike krivičnog djela	81



Ova publikacija je pripremljena uz pomoć američkog naroda putem Agencije za međunarodni razvoj Sjedinjenih Američkih Država (USAID). Stavovi autora izraženi u ovoj publikaciji ne moraju nužno odražavati stavove USAID-a ili Vlade SAD-a.

6.	DOKAZIVANJE ZLOUPOTREBE POLOŽAJA ILI OVLAŠTENJA _____	85
6.1.	Radnje dokazivanja _____	85
6.1.1.	Pretresanje stana, prostorija, pokretnih stvari i osoba _____	87
6.1.2.	Privremeno oduzimanje predmeta i dokumentacije _____	93
6.1.2.1.	Postupak privremenog oduzimanja predmeta _____	97
6.1.2.2.	Postupak oduzimanja predmeta bez naredbe _____	98
6.1.2.3.	Posebni slučajevi privremenog oduzimanja predmeta _____	98
6.1.3.	Vještačenje _____	100
6.1.4.	Posebne istražne radnje _____	102
6.1.4.1.	Uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji _____	105
6.1.4.2.	Vrste posebnih istražnih radnji _____	106
6.1.4.3.	Primjena i značaj posebnih istražnih radnji u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja _____	107
6.2.	Dokazivanje elemenata zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u javnim nabavkama _____	111
6.2.1.	Dokazivanje svojstva učinioca (službena ili odgovorna osoba) _____	112
6.2.2.	Dokazivanje radnje izvršenja _____	115
6.2.3.	Dokazivanje posljedice _____	118
6.2.4.	Dokazivanje umišljaja _____	120
7.	DEFINISANJE PROBLEMA SA KOJIMA SE SUSREĆU PRAVOSUDNE INSTITUCIJE PRI PROCESUIRANJU ZLOUPOTREBA NASTALIH U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI KOJE ZAHTIJEVAJU KRIVIČNO GONJENJE _____	125
8.	PREPORUKE _____	133
	LITERATURA _____	135
	RECENZIJE _____	137

# 1.

## UVOD

Korupcija je višeznačan pojam čije značenje nije jednostavno odrediti. Neki korupciju vide kao kršenje moralne norme. Aristotel govori o kvarenju političkih poredaka, Machiavelli o gubitku valjanosti građanskog morala i uzoritosti vodećih ljudi. Montesquieu, kada analizira uzroke propasti Rima, navodi korupciju kao proces koji je to ne samo potpomogao nego je bio i glavni znak gubitka moralne superiornosti Rima pred barbarima. Korupcija je u svakom slučaju krivičnopravno zabranjeno ponašanje koje predstavlja ozbiljnu smetnju društvenom razvoju i napretku. Riječ je o sistemskoj slabosti - povezana je s drugim elementima društvenog, ekonomskog i političkog sistema, što je posebno vidljivo na primjeru tranzicijskih zemalja (novih demokratija). Korupcija kao takva ima negativne posljedice na sve aspekte društva.

U Bosni i Hercegovini je naročito izražena, o čemu svjedoči i podatak Transparency Internationala o Globalnom indeksu percepcije korupcije, u kojem je Bosna i Hercegovina ocijenjena sa 38 na skali od 0 do 100, gdje 0 predstavlja najviši nivo percipirane korupcije, dok 100 predstavlja najniži nivo percepcije korupcije. BiH se nalazi na 89. mjestu, od ukupno 180 zemalja uključenih u istraživanje. Korupcija je posebno izražena u oblasti javnih nabavki, a suzbijanje korupcijskih rizika u javnim nabavkama pitanje je od javnog interesa. Bosna i Hercegovina na putu ka Evropskoj uniji kasni sa usvajanjem evropske regulative u oblasti suzbijanja korupcije u javnim nabavkama, u čemu je svakodnevno suočena s razornim posljedicama.

U ovom radu povezat će se korupcijski rizici i javne nabavke, ali s nešto izmijenjenog aspekta i sa posebnim osvrtom na praksu sudova u Bosni i Hercegovini kada je u pitanju procesuiranje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao genusnog djela korupcije općenito, pa tako i u javnim nabavkama. Zakonodavac Republike Srpske u čl. 250. Krivičnog zakona RS-a<sup>1</sup> je definisao zloupotrebu u postupku javne nabavke kao posebno krivično djelo.

---

1 Krivični zakon Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 64/17)

Isto je učinio i zakonodavac Brčko Distrikta u čl. 236a. Krivičnog zakona Brčko Distrikta.<sup>2</sup> Međutim, ova posebna djela koja su identična u oba krivična zakona (osim u stavu II koji se odnosi na kvalifikovani oblik), zakonodavci RS-a i BD-a su svrstali u glavu protiv privrede i platnog prometa u kojima su inkriminirali radnje odgovornih osoba u ponuđačima koji učestvuju u javnoj nabavci.

Kada su u pitanju krivična djela protiv službene dužnosti (koja se odnose na radnje službenih ili odgovornih osoba ugovornih organa u postupcima javnih nabavki), zakonodavci RS-a i BD-a su učinili i korak dalje u legislativnim rješenjima, pa je tako u čl. 325. KZ RS-a određeno krivično djelo "Nezakonito davanje pogodnosti privrednim subjektima" a u čl. 377a. KZ BD-a krivično djelo "Nezakonito pogodovanje", kojima su inkriminirane radnje pogodovanja službenih ili odgovornih osoba prema ponuđačima i to radnje prilagođavanja uslova javne nabavke ponuđaču i radnje zaključenja ugovora protivno uslovima tenderske dokumentacije. Na kraju, kada je riječ o KZ-u RS-a i KZ-u BD-a, koji su u ovom pravcu otišli korak dalje, treba naglasiti da je zakonodavac RS-a jedini u stavu 4. krivičnog djela Zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja iz čl. 315. KZ-a RS-a definisao kvalifikovani oblik (najteži oblik) istog, kada je zloupotreba izvršenja pri vršenju javnih nabavki ili na štetu sredstava budžeta RS-a.

S druge strane, zakonodavci BiH<sup>3</sup> i FBiH<sup>4</sup> nemaju posebna krivična djela koja tretiraju zloupotrebe u postupcima javnih nabavki, niti iste kao kvalifikovani oblik krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Imajući u vidu navedeno, a s obzirom da je zloupotreba položaja ili ovlaštenja kao opće krivično djelo protiv službene dužnosti *mutatis mutandis* identično određeno u svim krivičnim zakonima u BiH (posebno u pogledu osnovnih elemenata djela), i da je najzastupljenija pravna kvalifikacija u sudskoj praksi u predmetima korupcije (pa tako i u predmetima korupcije u JN), odlučili smo se za predstavljanje i detaljnu analizu svih elemenata ovog krivičnog djela.

Poseban akcenat stavljen je na primjere iz sudske prakse u pogledu osnovnih elemenata ovog krivičnog djela, kao i druge dileme i probleme u praksi u vezi procesuiranja korupcije u javnim nabavkama, a sve kako bi ovaj priručnik olakšao ovlaštenim službenim osobama, tužiocima i sudijama svih nivoa vlasti u BiH koji primjenjuju isti zakon o javnim nabavkama da lakše identifikuju koruptivne rizike, i što je bitnije, lakše i efikasnije

2 Krivični zakon Brčko Distrikta ("Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH", br. 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18)

3 Krivični zakon BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, i 35/18)

4 Krivični zakon FBiH ("Službene novine FBiH", 36/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17)

otkrivanje i dokazivanje korupcije u javnim nabavkama u BiH. Smatramo da generalnim predstavljanjem i analizom zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao općeg (generalnog) krivičnog djela, čiji širina zakonskog opisa unutar sebe sublimira cjelokupan spektar mogućih zloupotreba (tako i onih u JN), možemo, tačnije vjerujemo ili se nadamo, da bez obzira na pravnu kvalifikaciju ili okolnosti svakog predmeta *in concreto*, olakšati put ka istom cilju - a to je efikasnije otkrivanje i dokazivanje korupcije u javnim nabavkama.

## 2. PRAVNI I INSTITUCIONALNI OKVIR JAVNIH NABAVKI U BOSNI I HERCEGOVINI

Sistem javnih nabavki u Bosni i Hercegovini regulisan je jedinstvenim zakonskim okvirom ali i nizom podzakonskih akata, kao što su pravilnici, poslovnici, odluke, uputstva, te modeli standardnih dokumenata. Parlamentarna skupština BiH usvojila je 2004. godine prvi put Zakon o javnim nabavkama BiH, čime je uspostavljen decentralizovani sistem javnih nabavki. U skladu sa ovim sistemom određeno je da svaki ugovorni organ samostalno provodi postupke javne nabavke. Ovaj zakon se primjenjivao na prostoru čitave BiH, čime je uspostavljeno i jedinstveno tržište javnih nabavki. U skladu sa standardima EU-a, Zakon o javnim nabavkama je propisao da se javne nabavke u BiH provode prema principima efikasnog korištenja javnih sredstava, pravične i aktivne konkurencije među potencijalnim ponuđačima, transparentnosti, te jednakog tretmana i nediskriminacije ponuđača.<sup>5</sup>

U narednih deset godina koliko se zakon primjenjivao ukazala se potreba za sveobuhvatnijom reformom javnih nabavki, kako zbog izmjena i praksi u domaćem i međunarodnom okruženju tako i zbog izmjena propisa na nivou EU-a. Novi zakon o javnim nabavkama je usvojen u prvoj polovini 2014. godine (stupio na snagu 27. maja 2014. godine, primjena odgođena za šest mjeseci, do 28. novembra 2014. godine).

Zbog obaveze BiH da novim zakonom uskladi regulativu sa standardima EU-a,<sup>6</sup> ugovorni organi su podijeljeni u dvije grupe koje čine takozvani klasični javni organi, u koje spadaju

<sup>5</sup> Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH" 49/04)

<sup>6</sup> Konkretno, novi zakon o javnim nabavkama usklađen je sa Direktivom EU-a o dodjeli ugovora o javnim nabavkama u klasičnom i komunalnom sektoru, kao i sa Direktivom EU-a o pravnoj zaštiti u oblasti javnih nabavki, koje nisu bile u primjeni u vrijeme kada je usvojen prvi ZJN BiH 2004. godine. "Direktiva 2004/18/Ez Evropskog parlamenta i Vijeća od 31.3.2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavci robe te ugovora o javnim uslugama"; "Direktiva 2004/17/Ez Evropskog parlamenta i Vijeća od 31.3.2004. o usklađivanju postupaka nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetike, saobraćaja i poštanskih usluga"; "Direktiva 2007/66/Ez Evropskog parlamenta i Vijeća od 11.11.2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem efikasnosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavci".

organi uprave na svim nivoima vlasti, te sektorski organi, koji djeluju u oblasti energetike, prometa, poštanskih usluga, vodosnabdijevanja, te privredna društva koja na osnovu ekskluzivnih prava obavljaju jednu ili više djelatnosti od javnog interesa.<sup>7</sup> Institucije nadležne za praćenje primjene zakona o javnim nabavkama i podzakonskih akata su Agencija za javne nabavke BiH i Ured za razmatranje žalbi.<sup>8</sup>

Agencija za javne nabavke zadužena je za izradu nacрта zakona i zakonskih amandmana, kao i nacрта podzakonskih akata i modela dokumentacije, izradu godišnjih izvještaja o provođenju postupaka javnih nabavki, pružanje savjetodavne i tehničke podrške akterima u procesu javnih nabavki te za organizovanje obuka.<sup>9</sup> Ured za razmatranje žalbi je samostalna, nezavisna institucija, čije članove imenuje Parlament BiH, a čiji je zadatak rješavanje žalbi ponuđača u postupcima javnih nabavki.<sup>10</sup> Zakon o javnim nabavkama omogućava ugovornim organima da, u zavisnosti od vrste nabavke i uslova u kojima se nabavka provodi, primjenjuju različite vrste postupaka:

- Otvoreni postupak, u kojem svi zainteresovani ponuđači na osnovu javnog poziva mogu podnijeti ponudu, predstavlja osnovnu vrstu postupka.
- Kada su u pitanju kompleksniji projekti, ugovorni organi mogu provesti ograničeni postupak, gdje u pretkvalifikacionoj fazi zainteresovani ponuđači dostavljaju zahtjev za učešće, nakon čega ugovorni organ poziva samo kvalifikovane kandidate da dostave ponude.<sup>11</sup>
- Konkurs za izradu idejnog rješenja raspisuje se prilikom nabavki iz specifičnih oblasti, poput arhitekture, građevinarstva ili prostornog uređenja.
- U izuzetnim situacijama, kao što su, naprimjer, slučajevi krajnje hitnosti, ili u uslovima gdje se zbog tehničkih ograničenja ili ekskluzivnih prava ugovor može dodijeliti samo jednom ponuđaču, ugovorni organ može primijeniti pregovarački postupak sa ili bez objavljivanja obavještenja o nabavci.<sup>12</sup> Ova vrsta postupka omogućava ugovornim organima da sa ponuđačem pregovaraju o finansijskom, tehničkom, administrativnom ili bilo kojem drugom aspektu ponude.

<sup>7</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH 39/14"), članovi 4. i 5.

<sup>8</sup> Vidjeti *web*-stranicu Agencije za javne nabavke i Ureda za razmatranje žalbi, <https://www.javnenabavke.gov.ba/> (Stranica posjećena 13.5.2019. godine.)

<sup>9</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH 39/14"), član 92. stav 3.

<sup>10</sup> Ibid., član 93.

<sup>11</sup> Ibid., član 6.

<sup>12</sup> "Bitno je napomenuti da se radi o dvije vrste postupaka javnih nabavki: pregovarački postupak sa objavom obavještenja i pregovarački postupak bez objave obavještenja o nabavci, te se npr. kod primjene pregovaračkog postupka sa objavom obavještenja ne mogu koristiti razlozi "ekskluzivnih prava, krajnje hitnosti" i sl. već samo uslovi propisani čl.20. Zakona o javnim nabavkama."

- Ugovori manje vrijednosti mogu se sklapati putem konkurentskih zahtjeva, gdje se od najmanje tri ponuđača zahtijeva da dostave svoju ponudu, od kojih se potom bira najpovoljnija, te putem direktnog sporazuma, u kojem ugovorni organ prikuplja prijedlog cijene ili ponudu od pojedinačnog dobavljača.
- Konačno, novi zakon predvidio je novu vrstu postupka, takmičarski dijalog, koji daje mogućnost ugovornim organima da sa zainteresovanim ponuđačima vode dijalog o razvijanju jednog ili više odgovarajućih rješenja koja mogu ispuniti njihove zahtjeve i na osnovu kojih su izabrani ponuđači pozvani da podnesu ponude.
- Postupak za dodjelu ugovora o uslugama iz Aneksa II dio B ZJN-a koji je regulisan posebnim Pravilnikom ("SG BiH", br. 66/16).<sup>13</sup>

Reformom oblasti javnih nabavki u Bosni i Hercegovini nastojali su se ukloniti brojni problemi koji su pratili provođenje ranijeg zakona. Nedostatak transparentnosti, neadekvatna prevencija zloupotreba, birokratske prepreke, nedovoljno definisanje odgovornosti naručioca, samo su neki od nedostataka koji su trebali biti otklonjeni novim zakonom. Novi zakon, iako donesen sa namjerom unapređenja postupaka javnih nabavki, ostavio je prostor za sporno djelovanje.

<sup>13</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH" 39/14), član 2. stav 3. tačka j



### 3.

## JAVNE NABAVKE I PODLOŽNOST KORUPCIJI

Javna nabavka je vrlo specifična ekonomska djelatnost koju obilježava veliki obim transakcija, složenost uloga svih učesnika. Podaci u vezi sa javnim nabavkama u regiji zapadnog Balkana pokazuju da je udio javnih nabavki između 8% i 11% bruto domaćeg proizvoda. Značajan dio budžetskih sredstava u Bosni i Hercegovini izdvaja se za javne nabavke.

Prema posljednjim dostupnim podacima, iz 2017. godine, vrijednost ugovora dodijeljenih u okviru javnih nabavki u BiH iznosila je 2.199.295.525,72 za period 1.1.2017-31.12.2017. Udio javnih nabavki u ukupnom nominalnom BDP-u za 2017.godinu u BiH iznosi 6,92%.<sup>14</sup> Visok udio javne potrošnje na javne nabavke podrazumijeva da se radi o specifičnom ali i značajnom tržištu prepunom nesavršenosti, monopola, asimetričnosti informacija. Država kao naručilac bi se trebala u postupcima javne nabavke ponašati kao privredni subjekt i voditi se načelima tržišnog poslovanja. Međutim, u praksi to nije slučaj, zbog često suprotstavljenih javnih i privatnih interesa. I država, ali i građani, imaju javni interes. Građani kao poreski obveznici, koji dio svojih primanja izdvajaju kroz poreze, očekuju racionalniju potrošnju budžetskih sredstava.<sup>15</sup> Privatni interes u javnoj nabavci izvor je korupcije. Radnici zaposleni kod javnog naručioca upravljaju postupcima nabavke, nerijetko bez stvorenog osjećaja za racionalnost u trošenju budžetskih sredstava.

Oni su ovlašteni da raspolažu budžetskim (ne ličnim) sredstvima za javne (ne lične) potrebe. Njihova (ne)racionalnost i (ne)učinkovitost u korištenju javnih, budžetskih sredstava neće sama po sebi imati implikacije na njihovu ličnu situaciju.<sup>16</sup> Kada govorimo o sukobu interesa, za područje javne nabavke važno je da se zaposleni u javnom sektoru posmatraju kao neko ko ima diskrecionu moć ali i moć da zloupotrijebi dodijeljene

<sup>14</sup> Izvještaj o praćenju postupaka javne nabavke za 2017. godinu (Agencija za javne nabavke, juni 2018. godine), strana 3 ([https://www.javnenabavke.ba/izvjestaji/izvjestaj%20%20monitoringu/Izvjestaj\\_o\\_monitoringu\\_2017.pdf](https://www.javnenabavke.ba/izvjestaji/izvjestaj%20%20monitoringu/Izvjestaj_o_monitoringu_2017.pdf), pristupljeno dana 13.5.2019.)

<sup>15</sup> Budak, J.; Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?; Ekonomski pregled; 67 (4) 306-327 (2016), str. 310

<sup>16</sup> Ibid.

javne ovlasti u privatnu korist.<sup>17</sup> Kako bi se spriječile prilike za korupciju i ograničio uticaj privatnih interesa, država kao zakonodavac propisuje postupke javnih nabavki. Osim postupaka određuje i načine ponašanja državnih službenika, kontrole i revizije. Mjere su preventivne (jačanje kapaciteta javne uprave usavršavanjem, selekcijom stručnih i provjerenih kadrova, i drugo), ali i korektivne (uvođenjem sankcija koje uključuju otkaz i prekid karijere).<sup>18</sup> Oblast javne nabavke je jako osjetljiva i podložna korupciji.

Korupcija funkcionira na način da predstavlja dodatni porez, poskupljuje javnu nabavku i omogućava dodatni prihod učesnicima. Troškovi korupcije u javnim nabavkama su veliki zbog rizika koji je uračunat u cijenu javne nabavke. Rizici da posao ne bude obavljen, rizici od otkrivanja, sankcionisanja, unaprijed su predviđeni od strane učesnika ali i unaprijed dogovoreni. Što je rizik veći, korupcijske aktivnosti su složenije, a troškovi rastu. U proces se uključuju posrednici, osnivaju se nova pravna lica, otvaraju se transakcijski računi, vodi se dupla dokumentacija, što sve direktno utiče na poskupljenje javne nabavke. Učesnici prilikom donošenja odluke o angažmanu u koruptivnim aktivnostima procijene značaj koji im takva radnja može donijeti (dodatni prihod, druga korist), kao i rizike kojima mogu biti izloženi (da budu otkriveni i kažnjeni).

Korupcija narušava konkurentnost i povećava neizvjesnost u poslovanju, a uz korupciju u javnim nabavkama posebno se veže formiranje monopola, zatvaraju se tržišta onima koji nisu spremni da učestvuju. Sprečavanje korupcije u javnoj nabavci mora biti usmjereno prema smanjenju prilika za korupciju i povećanju troškova upuštanja u korupciju.

S ekonomskog stanovišta, mjere trebaju smanjiti ponudu i potražnju za korupcijom, što je moguće pravilnim ustrojem institucionalnog okvira. Države same, i pod sve većim uticajem međunarodnih organizacija i integracija, institucionalizuju sistem javne nabavke u kojem će biti osigurana učinkovitost rada javne uprave, propisani mehanizmi kontrole i usvojena regulativa koja osigurava slobodno tržišno nadmetanje u postupcima javne nabavke. Pitanje je međutim koliko načela javne nabavke doprinose suzbijanju korupcijskih rizika u javnim nabavkama.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Prema Svjetskoj banci, svaka zloupotreba javnih ovlasti u privatnu korist smatra se korupcijom (World Bank, Annual report 1997.)

<sup>18</sup> Budak, J.; Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?; Ekonomski pregled; 67 (4) 306-327 (2016), str. 311

<sup>19</sup> Ibid.

## 4.

# INDIKATORI KORUPCIJE U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI PO FAZAMA

Proces javnih nabavki možemo podijeliti na četiri faze:

- faza planiranja javnih nabavki;
- faza pripreme tenderske dokumentacije i javno oglašavanje;
- faza dostavljanja i evaluacije ponuda;
- faza ugovaranja i implementacije ugovora.

### 4.1. Planiranje javnih nabavki

Planiranje javnih nabavki je prva faza u procesu javnih nabavki, u kojoj se postavljaju ciljevi nabavke ali i definišu načini provođenja iste. U ovoj, osjetljivoj fazi planiranja, ugovorni organ odlučuje koju robu, usluge i/ili radove treba nabaviti, definiše budžet za planirane nabavke, vremenski okvir nabavke te priprema sve potrebne tenderske dokumente i definicije tehničkih specifikacija koje će se primjenjivati u procesu nabavke. Ova faza daje priliku ugovornom organu, zaposlenicima istog da ocijene da li su očekivanja realistična kao i da rasprave o eventualnim specifičnim zahtjevima organa u pogledu nabavki. Blagovremeno i adekvatno planiranje nabavke osigurava ugovornom organu mogućnost za dobrim upravljanjem imovine.

Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, to svakako nije slučaj, uzimajući u obzir da je revizija Ureda za reviziju institucija Bosne i Hercegovine pokazala da institucije BiH ne preduzimaju uvijek adekvatne i blagovremene aktivnosti kako bi osigurale da se javne nabavke provedu blagovremeno, zbog čega je prisutno kašnjenje kod određenih javnih nabavki, što ima društvene i ekonomske posljedice, koje gotovo uvijek, direktno ili indirektno, osjećaju građani BiH.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Izvještaj revizije učinka: "Blagovremenost postupaka javnih nabavki u institucijama BiH"; Broj: 01-02-03-10-16-1-1106/17 od oktobra 2017. godine, str. 2

**Sam proces planiranja sastoji se od tri važne faze:**

- identifikacija potreba – podrazumijeva identifikovanje proizvoda ili usluga koje će biti potrebne ugovornom organu i koje će nabaviti;
- plan nabavke – organizacija samog procesa nabavke i izrada budžeta;
- plan učestvovanja – izrada dokumentacije sa tehničkim specifikacijama roba, radova i usluga koji će biti nabavljeni, kao i postavljanju vremenskih okvira za nabavku istih.

Provođenje procjene potreba je u mnogim slučajevima prvi korak nabavke i treba biti proveden nakon što se ugovorni organ odluči da nabavi određene robe, radove, usluge. Međutim, u mnogim zemljama, provođenje procjene potreba nije obavezan proces zahtijevan zakonom. Zakonom o javnim nabavkama definisano je da je ugovorni organ u obavezi da donese plan javnih nabavki i da ga objavi na *web*-stranici.

U slučaju da ne učini navedeno ugovorni organ će se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 1.500,00 do 15.000,00 KM za prekršaj.<sup>21</sup> Zakon o javnim nabavkama ne posvećuje dovoljno pažnje ovom pitanju, a pojam, sadržaj i forma plana nabavki je definisana podzakonskim aktom.<sup>22</sup> Plan nabavki se u Zakonu o javnim nabavkama spominje u članu 17. **“Uvjeti za početak postupka javne nabavke: (1) Ugovorni organ može započeti postupak javne nabavke ako je nabavka predviđena u planu nabavki ili kada ugovorni organ donese posebnu odluku o pokretanju postupka javne nabavke.”**<sup>23</sup>

Prema Zakonu o javnim nabavkama BiH kao uslov za pokretanje postupka navodi se izrada plana nabavki, što podrazumijeva da ugovorni organ ne bi mogao ni započeti postupak dodjele ugovora ukoliko ta konkretna nabavka nije predviđena planom. Uprkos zakonskoj obavezi donošenja i objavljivanja planova nabavki, što predstavlja značajan iskorak s obzirom da u prethodnom zakonu nije postojala ova obaveza, podaci pokazuju da se ova faza nabavke provodi neadekvatno i netransparentno. Ukoliko ugovorni organ ne osigura adekvatan nivo transparentnosti dolazimo do situacije gdje je vrlo teško provjeriti da li je postupak javne nabavke proveden nepristrasno i u skladu sa zakonskim procedurama.<sup>24</sup> Nedovoljna definisanost i normiranje plana javnih nabavki

21 Zakon o javnim nabavkama (“Službene novine BiH” 39/14); član 116. stav 2. u vezi sa tačkom r

22 Šabanić, D.; Analiza rješениh žalbenih postupaka od strane Ureda za razmatranje žalbi BiH i identifikacija faze postupaka u javnim nabavkama na koju su ponuđači uložili žalbu; 2018.

23 Zakon o javnim nabavkama (“Službene novine BiH” 39/14), član 17. stav 1.

24 Analiza rješениh žalbenih postupaka od strane Ureda za razmatranje žalbi BiH i identifikacija faze postupaka u javnim nabavkama na koju su ponuđači uložili žalbu; Damir Šabanić

u zakonu se ogleda u činjenici da zakon nije predvidio objavu planova javnih nabavki ugovornih organa koji nemaju svoju *web*-stranicu, a također nije zakonski predviđeno da takvi organi moraju svoje planove javnih nabavki objaviti na centralnom portalu za javne nabavke BiH.

Navedeno umanjuje transparentnost ali i onemogućava uvid zainteresovanih i potencijalnih ponuđača u planove javnih nabavki ugovornih organa. Potencijalnim ponuđačima je znatno otežano pretraživanje planova nabavki koje se objavljuju na *web*-stranicama, uzevši u obzir da je registrovano oko 2.400 ugovornih organa u BiH. Planovi nabavki koji se objavljuju na *web*-stranici, prema Zakonu o javnim nabavkama ne moraju obuhvatati nabavke manje vrijednosti koje se provode konkurentskim zahtjevima i direktnim sporazumima.<sup>25</sup>

Postupci koji se provode konkurentskim zahtjevom obuhvataju nabavke roba i usluga u vrijednosti do 50.000 KM, vrijednosti nabavke radova ispod 80.000 KM vrijednosti, dok se direktni sporazumi sklapaju za ugovore vrijednosti do 6.000 KM.<sup>26</sup> Imajući u vidu podatke Agencije za javne nabavke<sup>27</sup> koji pokazuju da je broj ugovora na osnovu direktnog sporazuma veći od ostalih ugovora sklopljenih na osnovu otvorenog, ograničenog i pregovaračkog postupka, onda možemo reći da je neobjavljivanje planova nabavki za ove postupke veliki propust. Tabelarni prikaz broja dodijeljenih ugovora u izvještajnom periodu prema vrsti postupka javne nabavke:

VRSTE POSTUPAKA	Dodijeljeni ugovori
Otvoreni postupak	9.121
Ograničeni postupak	19
Pregovarački postupak sa objavom obavještenja	23
Pregovarački postupak bez objave obavještenja	1.380
Takmičarski dijalog	0
Konkurentski zahtjev za dostavu ponuda	10.274
Direktni sporazum	97.761
<b>Ukupno</b>	<b>118.578</b>

25 Voloder, N.; “Transparentnost javnih nabavki u Bosni i Hercegovini: Između teorije i prakse”; Centar za društvena istraživanja – Analitika; 2015. godina; str. 30

26 Ibid.

27 Agencija za javne nabavke BiH; Godišnji izvještaj o zaključenim ugovorima u postupcima javnih nabavki u 2016. godini ([https://www.javnenabavke.gov.ba/izvjestaji/godisnji%20izvjestaj/Godisnji\\_izvjestaj\\_2016\\_bs.pdf](https://www.javnenabavke.gov.ba/izvjestaji/godisnji%20izvjestaj/Godisnji_izvjestaj_2016_bs.pdf))

“U nedostatku zakonskih odredbi u navedenom smislu, sa aspekta elemenata iz prakse, može se konstatovati da plan nabavki podrazumijeva godišnji plan nabavki ugovornog organa, koji bi trebao da se sastoji od:

- plana javnih nabavki; i
- plana nabavki na koje se ZJN ne primjenjuje.”<sup>28</sup>

Sve nabavke na koje se ZJN primjenjuje, ali i one na koje se ne primjenjuje (predviđene članom 10. Izuzeća od primjene odredbi ovog zakona i članom 86. Izuzeća za sektorske ugovorne organe), **ugovorni organ treba isplanirati**. Po sebi, procjena potreba ima za cilj osigurati učinkovitost nabavke.

Ukoliko je sama procjena dobro provedena, ona pomaže u sprečavanju korupcije. Također, potrebe procjene mogu biti vrlo korisne u osiguranju da tehničke specifikacije budu usklađene s realnim potrebama korisnika.

#### 4.1.1. Korupcijski rizici u fazi planiranja javnih nabavki

Faza planiranja nabavki se najčešće previdi kao indikator korupcije ali je vrlo osjetljiva na korupciju i kao takva može imati velike posljedice na sam proces nabavke. Ometanje i pristrasno donošenje odluka u fazama planiranja i tehničke specifikacije mogu ugroziti integritet i pravednost cjelokupnog procesa nabavke.

U nekim slučajevima, najveći rizik od korupcijskih praksi je u fazi planiranja nabavke.<sup>29</sup> Kao najčešći indikatori korupcijskih rizika u fazi planiranja javnih nabavki se navode sljedeći:



#### FAZA PLANIRANJA JAVNIH NABAVKI

- (ne)postojanje stvarne potrebe za nabavkom;
- planiranje nabavki koje stvaraju nove potrebe;
- nepovezanost plana nabavki sa kratkoročnim i dugoročnim planovima rada/strategijama ugovornog organa;
- neusklađenost procijenjene vrijednosti sa tržišnom vrijednošću predmeta nabavke.

<sup>28</sup> Rahić, T.; Kozadra, F.; Hadžimusić, M.; Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH; Privredna štampa d.o.o.; Sarajevo 2016.; str. 77

<sup>29</sup> Anti-Corruption Helpdesk; Transparency International; 2015. ([https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Public\\_procurement\\_planning\\_and\\_corruption\\_2015.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Public_procurement_planning_and_corruption_2015.pdf)), stranica 3

Za rješavanje navedenih korupcijskih rizika potrebno je preduzeti korake kako bi se osiguralo da je cijeli proces planiranja transparentan i otvoren za javnu raspravu i učestvovanje. Transparentnost predstavlja jedan od glavnih pokazatelja pravednog i funkcionalnog sistema javnih nabavki, a pod tim se podrazumijeva dostupnost svih relevantnih informacija koje omogućavaju zainteresovanim ponuđačima da budu upoznati sa pravilima i procedurama koje se primjenjuju u procesu javnih nabavki.

## 4.2. Pripremanje tenderske dokumentacije i javno oglašavanje

Tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidatima/ponuđačima predstavlja ugovorni organ. Tenderska dokumentacija uključuje:

- obavještenje o nabavci;
- poziv za dostavu zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih);
- tehničke specifikacije;
- kriterije za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude;
- nacrt ili osnovne elemente ugovora;
- druge relevantne dokumente i objašnjenja.

Za izradu tenderske dokumentacije potrebno je posjedovanje stručnih znanja od strane ugovornih organa kako bi tenderska dokumentacija bila pripremljena adekvatno i uz omogućavanje transparentosti postupka. Prilikom pripreme tenderske dokumentacije, ugovorni organ dužan je poštovati principe jednakog tretmana i nediskriminacije kandidata/ponuđača. Tenderska dokumentacija treba biti izrađena jasno, detaljno, mora sadržavati sve informacije i podatke kako bi učesnici u nabavci/ponuđači mogli adekvatno pripremiti ponudu.

Sam Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine definiše u Odjeljku B Tendersku dokumentaciju,<sup>30</sup> te u članu 53. stav 1. propisuje: **“Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima**

<sup>30</sup> Pored Zakona o javnim nabavkama pitanja u vezi sa tenderskom dokumentacijom su određena i u Uputstvu za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda (“Službeni glasnik BiH” br. 90/14 i 20/15).

**ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.”**

Ugovorni organ je odgovoran za tačnost tenderske dokumentacije. Tenderska dokumentacija kao zbir podataka i informacija koji su potrebni za izradu ali i izvršenje ugovora mora sadržavati minimalno sljedeće informacije:

- a) naziv i adresu ugovornog organa, te osobu za kontakt od koje kandidati/ponuđači mogu tražiti informacije ili pojašnjenje;
- b) izabrani postupak dodjele ugovora i podatak o tome da li se predviđa zaključivanje okvirnog sporazuma;
- c) opis robe, usluga ili radova, te navođenje oznake i naziva iz JRJN-a;
- d) količinske specifikacije za robu ili opis posla ili zadatka za usluge i radove i tehničke specifikacije;
- e) mjesto isporuke robe ili izvršenja usluge ili izvođenja radova;
- f) naznaku mogućnosti za podnošenje ponuda po lotovima;
- g) rokove za isporuke robe, izvršenje usluga, izvođenje radova;
- h) navođenje mogućnosti za podnošenje alternativnih ponuda i minimalne zahtjeve koji moraju biti ispunjeni u slučaju alternativnih ponuda;
- i) minimalne uslove za kvalifikaciju kandidata, odnosno ponuđača, kao i dokaze na osnovu kojih se vrši ocjena;
- j) kriterij za dodjelu ugovora utvrđen kao “ekonomski najpovoljnija ponuda” s potkriterijima ili “najniža cijena”;
- k) period važenja ponuda;
- l) garanciju za ozbiljnost ponude, garanciju za dobro izvršenje posla i svako drugo traženo osiguranje za privremena plaćanja;
- m) mjesto, datum i vrijeme za prijem zahtjeva za učešće, odnosno ponuda;
- n) mjesto, datum i vrijeme otvaranja ponuda;
- o) informaciju o kalkulaciji cijene, ako je primjenjivo;
- p) zahtjev u pogledu upotrebe jezika;
- r) nacrt ugovora ili osnovne elemente ugovora.<sup>31</sup>

Prilikom provođenja ove faze javne nabavke, potrebno je obratiti posebnu pažnju na sljedeće:

- da li podaci navedeni u tenderskoj dokumentaciji odgovaraju onim navedenim u obavještenju o nabavci;

<sup>31</sup> Zakon o javnim nabavkama (“Službene novine BiH” 39/14), član 53. stav 2.

- da li je tenderska dokumentacija izrađena u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama;
- da li tenderska dokumentacija sadrži sve podatke potrebne za izradu ponude;
- da li su u tenderskoj dokumentaciji uslovi kvalifikacije propisani u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama;
- da li su u tenderskoj dokumentaciji dokazi kvalifikacije određeni u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama;
- da li je tehnička specifikacija izrađena u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama;
- voditi računa da se na vrijeme podnese zahtjev za pojašnjenjem/izmjenom tenderske dokumentacije, ako je potrebno;
- voditi računa da se na vrijeme podnese žalba na tendersku dokumentaciju, ako je potrebno.<sup>32</sup>

Tenderska dokumentacija se izrađuje u jednom dijelu ukoliko se radi o otvorenom postupku. U slučaju provođenja ograničenog postupka javne nabavke, pregovaračkog postupka sa ili bez objave obavještenja ili takmičarskog dijaloga, tenderska dokumentacija se izrađuje u dva dijela.

Tenderska dokumentacija se sastoji od sljedećih osnovnih dijelova:

- opći podaci;
- podaci o predmetu nabavke;
- uslovi za kvalifikaciju ponuđača;
- podaci o ponudi; i
- ostali podaci.<sup>33</sup>

Svaka od navedenih cjelina ima svoje sastavne dijelove koje je potrebno definisati u okviru tenderske dokumentacije. Ugovorni organ može napraviti izmjene i dopune tenderske dokumentacije pod uslovom da se one dostave zainteresovanim kandidatima/ponuđačima istog dana, a najkasnije pet dana prije isteka utvrđenog roka za prijem zahtjeva za učešće ili ponuda. U slučaju da takve izmjene podrazumijevaju suštinsku promjenu predmeta nabavke, ugovorni organ produžiti će rok za prijem zahtjeva za učešće ili ponuda u zavisnosti od složenosti predmeta nabavke. Rok za produženje ne može biti kraći od sedam dana. Od 29.11.2018. godine tenderska dokumentacija postala

<sup>32</sup> Rahić, T.; Kozadra, F.; Hadžimusić, M.; Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH; Privredna štampa d.o.o.; Sarajevo 2016.; str. 243

<sup>33</sup> Ibid., str. 244

je javno dostupna svakoj zainteresovanoj osobi na Portalu javnih nabavki kada postupak javne nabavke pređe u status "završen".<sup>34</sup>

Ugovorni organ mora kandidatima/ponuđačima tendersku dokumentaciju učiniti dostupnom, na način za koji se opredijeli kandidat/ponuđač, i to:

- a) lično preuzimanje u prostorijama ugovornog organa;
- b) na pismeni zahtjev kandidata/ponuđača;
- c) zajedno s pozivom za dostavu ponuda;
- d) objavljivanjem tenderske dokumentacije na Portalu javnih nabavki, na što će ukazati u obavještenju o nabavci.<sup>35</sup>

Ugovorni organ ne može učiniti dostupnom tendersku dokumentaciju nijednom kandidatu/ponuđaču prije objave obavještenja o nabavci. Zainteresovani kandidati/ponuđači mogu, u pisanoj formi, tražiti od ugovornog organa pojašnjenja tenderske dokumentacije. U slučaju da odgovor ugovornog organa dovodi do izmjena tenderske dokumentacije i te izmjene od kandidata/ponuđača zahtijevaju da izvrše znatne izmjene i/ili da prilagode njihove ponude, ugovorni organ dužan je produžiti rok za podnošenje zahtjeva za učešće ili ponuda najmanje za sedam dana.

Ova faza nabavke, koja je detaljno definisana zakonom, u praksi ipak izaziva velike probleme. Naime, kada je riječ o žalbama ponuđača na **"tendersku dokumentaciju"** pripremljenu od strane ugovornih organa, od **61 žalbe, 54 ili 89% žalbi** je doneseno u korist ponuđača, što je potvrđeno odlukama URŽ-a. Ovaj procentualni pokazatelj od **89%** ukazuje da ugovorni organi prilikom pripreme tenderske dokumentacije pri procesima javnih nabavki u BiH prave mnogo administrativnih grešaka, kao i da postoji pogrešna primjena Zakona o javnim nabavkama i kršenje samog Zakona o javnim nabavkama.

<sup>34</sup> Postupak javne nabavke automatski prelazi u status "završen" u sljedećim slučajevima:

1. U slučaju da postupak javne nabavke nije podijeljen na lotove, istekom roka od 60 dana od dana zaključenja ugovora/OS ili poništenja postupka javne nabavke;
2. U slučaju da je postupak javne nabavke podijeljen na lotove, istekom roka od 60 dana od dana zaključenja ugovora/OS ili poništenja postupka najmlađeg lota i to pod pretpostavkom da su svi lotovi dodijeljeni i/ili poništeni. Ovo pravilo se primjenjuje retroaktivno na sve postupke koji su uneseni u sisteme e-Nabavke od 27.11.2014. godine.

<sup>35</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH" 39/14), član 55.; U skladu sa čl. 9. stav 10. Uputstva o uslovima i načinu objavljivanja obavještenja i dostavljanja izvještaja u postupcima JN u informacionom sistemu "e-Nabavke" ("SG BiH", br. 90/14 i 53/15) od 1.1.2018. godine ugovorni organi su dužni za sve postupke javne nabavke za koje se objavljuje obavještenje o nabavci objaviti td u sistemu "e-Nabavke". U skladu sa st. 4. i 6. istog člana Uputstva u slučaju objave TD na portalu, ista se može preuzimati samo putem portala te se pitanja i odgovori mogu dati samo putem portala.

#### 4.2.1. Tehničke specifikacije

Tehničke specifikacije predstavljaju sastavni, obavezni dio tenderske dokumentacije koji omogućava da se dobra, usluge ili radovi opišu na objektivan način koji je u skladu sa stvarnim potrebama ugovornog organa. Tehničke specifikacije u pravilu moraju svim kandidatima/ponuđačima omogućiti jednak i nediskriminišući pristup nadmetanju. Tehničke specifikacije, uz poštivanje obaveznih bosanskohercegovačkih tehničkih pravila, određuju se:

- a) pozivanjem na tehničke specifikacije i, uz uvažavanje sljedećeg redoslijeda, na bosanskohercegovačke standarde kojima se preuzimaju evropski standardi, evropska tehnička odobrenja, zajedničke tehničke specifikacije, međunarodni standardi, druge tehničke referentne sisteme koje su utemeljila evropska tijela za standardizaciju ili, ako oni ne postoje, na bosanskohercegovačke standarde, bosanskohercegovačka tehnička odobrenja ili bosanskohercegovačke tehničke specifikacije koje se odnose na projektovanje, izračun i izvođenje radova te upotrebu proizvoda, pri čemu se svaka uputa mora označiti riječima "ili ekvivalent"; ili
- b) u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva koji mogu uključivati ekološke elemente i elemente energetske efikasnosti; ili
- c) u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva iz stava 2. tačka b) ovog člana, uz poziv na tehničke specifikacije iz stava 2. tačka a) ovog člana kao sredstvo za pretpostavku usklađenosti sa izvedbenim ili funkcionalnim zahtjevima; ili
- d) pozivanjem na tehničke specifikacije iz stava 2. tačka a) ovog člana u pogledu određenih obilježja i pozivanjem na izvedbene ili funkcionalne zahtjeve iz stava 2. tačka b) ovog člana u pogledu drugih obilježja.<sup>36</sup>

Ponuđač mora u svojoj ponudi odgovarajućim sredstvima dokazati da ponuđena roba, usluge ili radovi koji odgovaraju standardu odgovaraju izvedbenim ili funkcionalnim zahtjevima ugovornog organa. Ovlašteni organ za ocjenjivanje usklađenosti u smislu ovog člana je nezavisni laboratorij, tijelo koje će potvrditi usklađenosti, nadzorni organ ili drugo tijelo koje učestvuje u postupku ocjenjivanja usklađenosti, koje je od organa državne uprave ovlašteno da provodi postupke ocjenjivanja usklađenosti prema odgovarajućim standardima kojima se preuzimaju evropski standardi. Ugovorni organ prihvatit će certifikate koje su izdali ovlašteni organi u drugim državama ako su izdati u skladu s međunarodnim ugovorima koje je zaključila Bosna i Hercegovina.

<sup>36</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH" 39/14), član 54.

Ono što je bitno istaći jeste da predmetom nabavke, odnosno u tehničkoj specifikaciji, ugovorni organ ne smije uputiti na određenog proizvođača, porijeklo, na marke, patente, tipove, ako bi se time pogodovalo jednom ili više privrednih subjekata a uporedo isključili određeni privredni subjekti. Potrebno je da ugovorni organ osigura provođenje postupka javne nabavke na konkurentskoj osnovi.

U praksi se često dešava da tehničke specifikacije budu izrađene na način da u njima sadržane uslove može ispuniti samo određeni privredni subjekt, što samo doprinosi jačanju monopolske pozicije i onemogućava konkurenciju na tržištu. U slučaju da se predmet nabavke ne može dovoljno precizno i razumljivo opisati, potrebno je označiti isti sa dodatkom "ili ekvivalent".<sup>37</sup> U praksi se često dešava da je nedovoljno opisan predmet nabavke u tehničkoj specifikaciji pa se koristi termin ekvivalent i kada nije primjereno. U praksi, tehnički opisi i predmet nabavke se često vrše *copy-paste* metodom i samo se formalno prilažu. Materijali se najčešće opisuju tako što su slični nekom od konkretnih proizvoda konkretnog proizvođača.

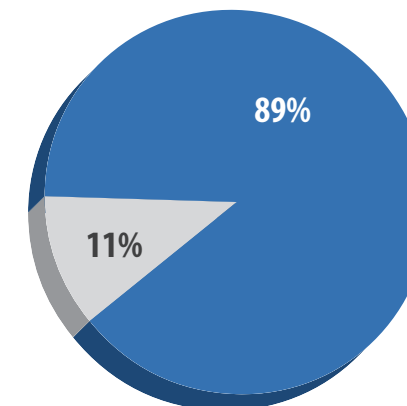
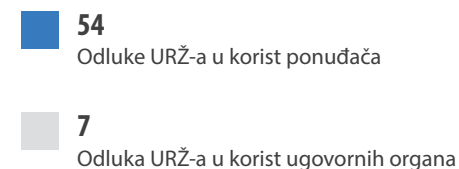
U fazi pripreme tehničke specifikacije najčešće nema kontrole načina njene pripreme. U zavisnosti od složenosti nabavke određene tehničke specifikacije su često toliko obimne i pune (500 stranica) teksta koji nema primjenu u praksi. Ponuđač mora dobro da prouči iste prije podnošenja ponude, a za to mu je potrebno puno vremena. Ukoliko ne učini navedeno snosi veliki rizik da ponudi material slabijeg kvaliteta ili da ne uključi određene radove i usluge koji su opisani u tehničkoj specifikaciji.

#### 4.2.2. Korupcijski rizici u fazi pripreme tenderske dokumentacije

Administrativne greške ugovornih organa, neadekvatni izbori postupaka koji su netransparentni, izrada tehničkih specifikacija koje ukazuju i pogoduju tačno određenom ponuđaču, samo su neki od indikatora koji mogu ukazivati na postojanje neregularnosti. Povećanjem transparentnosti, povećanjem sistema kontrole i provjerom tenderske dokumentacije prevenirala bi se mogućnost za koruptivne radnje i nezakonita djelovanja.

<sup>37</sup> U smislu primjene odredbi člana 54. stav 9. Zakona o javnim nabavkama, ali nije generalno pravilo za pripremu tehničke specifikacije i ne smije se mimo ove odredbe koristiti.

#### Od 61 žalbe na tendersku dokumentaciju



Procenat od **89%** administrativnih grešaka ugovornih organa pri procesima javnih nabavki je veoma visok i automatski ukazuje na visok broj nekvalifikovanog osoblja koje provodi procese javnih nabavki i zastupa ugovorne organe u BiH.

*Od 195 žalbi ponuđača, 61 žalba se odnosi na tendersku dokumentaciju ugovornih organa. Od 61 žalbe ponuđača URŽ je donio 54 (89%) odluke u korist ponuđača/žalitelja, dok je 7 (11%) odluka doneseno u korist ugovornih organa.*

Kao najčešći indikatori korupcijskih rizika se navode sljedeći:

#### FAZA PRIPREME TENDERSKE DOKUMENTACIJE

- ustupanje tehničke specifikacije/uslova kvalifikacije favorizovanim kandidatima/ponuđačima prije zvaničnog objavljivanja obavještenja o nabavci;
- neprecizna tehnička specifikacija;
- tehnička specifikacija koja direktno/indirektno ukazuje na tačno određenog ponuđača/proizvod/porijeklo;
- restriktivni uslovi kvalifikacije koji nisu u skladu sa predmetom nabavke;
- uslovi kvalifikacije koji pogoduju tačno određenom ponuđaču;
- neprecizni ili unaprijed neodređeni uslovi kvalifikacije/kriteriji za dodjelu ugovora;
- neopravdano cijepanje nabavke.



### 4.3. Dostavljanje i evaluacija ponuda

Praksa je pokazala da se najveći propusti u javnim nabavkama čine u ovoj fazi postupka.<sup>38</sup> Postupak dostavljanja i evaluacije ponuda uređen je članovima 63., 64., 65., 66. i 68. Zakona o javnim nabavkama. Ponuda u javnim nabavkama je dokument koji ponuđač dostavlja ugovornom organu pri čemu nudi isporuku robe, pružanje usluge ili isporuku radova, pod uslovima koje određuje ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji. Ponuda može biti **prihvatljiva**, ako ispunjava sve uslove koji se traže tenderskom dokumentacijom, i **neprihvatljiva**, ako ne ispunjava sve uslove koji se traže tenderskom dokumentacijom.<sup>39</sup>

Zakon o javnim nabavkama uređio je da se ponude otvaraju na javnom otvaranju ponuda, neposredno nakon isteka roka za primanje ponuda. Ponude zaprimljene nakon isteka roka određenog za primanje ponuda vraćaju se neotvorene ponuđačima.

Ponude se otvaraju na sjednici komisije za nabavke na dan i u vrijeme koji su navedeni u tenderskoj dokumentaciji. Svi ponuđači koji su na vrijeme dostavili ponude ili njihovi ovlašteni predstavnici, kao i sve druge zainteresovane osobe, imaju pravo biti prisutni postupku otvaranja ponuda. Izmjena krajnjeg roka za primanje ponuda uticat će na promjenu datuma otvaranja ponuda. Koverta otvara predsjednik komisije za nabavke na otvorenoj sjednici ili drugi član komisije, bez obzira na to jesu li sastanku prisutni ponuđači ili njihovi ovlašteni predstavnici. Prilikom otvaranja ponuda prisutnim ponuđačima saopćava se: naziv ponuđača, ukupna cijena navedena u ponudi, popust naveden u ponudi koji mora biti posebno iskazan (ako popust nije posebno iskazan, smatra se da nije ni ponuđen), potkriteriji koji se vrednuju u okviru kriterija ekonomski najpovoljnije ponude. Rezultati postupka javnog otvaranja ponuda unose se u zapisnik. Kopija zapisnika o otvaranju ponuda dostavlja se svim ponuđačima odmah ili najkasnije u roku od tri dana od dana otvaranja ponuda. Postupak provjere kvalifikacije kandidata, odnosno ponuđača i ocjena ponuda provode se na zatvorenim sjednicama komisije za nabavke.<sup>40</sup>

Kada je u pitanju prijem ponuda u postupku javne nabavke, važan institut je zapisnik o zaprimanju ponuda, kao dokument, u skladu sa upustvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda.<sup>41</sup> Zapisnik o zaprimanju ponuda je sastavni dio zapisnika o

<sup>38</sup> Selić, A.; Bogavac, A.; Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica 2016.; str. 20

<sup>39</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 2. tačka I.

<sup>40</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14) član 63.

<sup>41</sup> Rahić, T.; Kozadra, F.; Hadžimusić, M.; *Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH*; Privredna štampa d.o.o.; Sarajevo 2016; str. 277

javnom otvaranju ponuda. Do trenutka javnog otvaranja ponuda nije dopušteno davanje informacija o zaprimljenim ponudama. Zapisnik o zaprimanju ponuda i ponude ne smiju biti dostupne neovlaštenim osobama.<sup>42</sup>

U provođenju postupka javne nabavke ugovorni organ treba, između ostalog, izvršiti pregled i ocjenu ponuda, te njihovo rangiranje prema kriterijima za dodjelu ugovora.<sup>43</sup> Prema Zakonu o javnim nabavkama, ugovorni organ dodjeljuje ugovor na osnovu jednog od sljedećih kriterija: ekonomski najpovoljnija ponuda ili najniža cijena. Ugovorni organ dužan je u tenderskoj dokumentaciji razraditi kriterij ekonomski najpovoljnije ponude na način da definiše i detaljno razradi potkriterije za ocjenu, u skladu sa prirodom i svrhom konkretnog predmeta nabavke. Potkriteriji mogu biti: kvalitet predmeta nabavke, cijena, tehnička sposobnost predmeta nabavke, funkcionalne i ekološke karakteristike, operativni troškovi, ekonomičnost, postprodajni servis i tehnička pomoć, rok isporuke ili rok za izvršenje i sl., uz obavezu da se u tenderskoj dokumentaciji utvrdi precizna metodologija vrednovanja svakog potkriterija.

Uslovi za kvalifikaciju kandidata, odnosno ponuđača ne mogu biti potkriteriji za ocjenu ponuda.<sup>44</sup> Ugovorni organ ocjenjuje ponude koje su podnijeli kvalifikovani ponuđači, primjenjujući kriterij za dodjelu ugovora utvrđen u tenderskoj dokumentaciji. Nakon ocjene ponuda, ugovorni organ dužan je sačiniti zapisnik o ocjeni ponuda koji sadrži najmanje sljedeće podatke: naziv ugovornog organa, predmet javne nabavke, naziv ponuđača čije su ponude odbijene i razloge za njihovo odbijanje, dodjelu bodova po potkriterijima za ocjenu ponuda, ako je kriterij ekonomski najpovoljnija ponuda, (prema metodologiji utvrđenoj u tenderskoj dokumentaciji), rang-listu ocijenjenih ponuda, od najuspješnije ka najmanje uspješnoj, naziv ponuđača čija je ponuda ocijenjena najpovoljnijom, vrijednost ugovora ili okvirnog sporazuma.

U otvorenom i ograničenom postupku, pregovori između ugovornog organa i ponuđača nisu dopušteni.<sup>45</sup> Ako ugovorni organ ocijeni da je ponuđena cijena neprirodno niska, pismeno će od ponuđača zahtijevati da obrazloži ponuđenu cijenu.

Ako ponuđač ugovornom organu ne ponudi osnovano obrazloženje koje može, između ostalog, sadržavati i poređenje s cijenama na tržištu, ugovorni organ odbacit će ponudu.

<sup>42</sup> Rahić, T.; Kozadra, F.; Hadžimusić, M.; *Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH*; Privredna štampa d.o.o.; Sarajevo 2016; str. 277

<sup>43</sup> Ibid., str. 300

<sup>44</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14) član 64.

<sup>45</sup> Ibid., član 65.

Ponuđač je dužan pismeno dostaviti detaljne informacije o relevantnim sastavnim elementima ponude, uključujući elemente cijene, odnosno razloge ponuđene cijene. Ugovorni organ razmatra objašnjenja koja se na primjeren način mogu odnositi na:

- ekonomičnost proizvodnog procesa, pruženih usluga ili građevinske metode;
- izabrana tehnička rješenja i/ili izuzetno pogodne uslove koje ponuđač ima za dostavu robe ili usluga ili za izvođenje radova;
- originalnost robe, usluga ili radova koje je ponuđač ponudio;
- usklađenost s važećim odredbama koje se odnose na radnu zaštitu i uslove rada na mjestu gdje se isporučuje roba, pruža usluga ili izvodi rad;
- mogućnost da ponuđač prima državnu pomoć.

Ako ugovorni organ utvrdi da je ponuda neprirodno niska zato što ponuđač prima državnu pomoć, ponuda može biti odbačena samo ako ponuđač nije u mogućnosti dokazati, u razumnom roku koji je odredio ugovorni organ, da je državna pomoć dodijeljena u skladu s važećim zakonom.<sup>46</sup> Ugovorni organ odbacuje zahtjev za učešće ili ponudu ako kandidat/ponuđač nije dostavio tražene dokaze ili je dostavio nepotpune dokaze ili je lažno predstavio informacije koje su dokaz ispunjavanja uslova iz čl. 45. do 51. ZJN-a.

Zahtjev za učešće, odnosno ponuda kandidata/ponuđača ili grupe kandidata/ponuđača koji su direktno ili indirektno učestvovali u pripremi postupka javne nabavke bit će odbačena u slučaju iz člana 52. stav 7. ZJN-a. Ugovorni organ može pozvati kandidate/ponuđače da u roku od tri dana pojasne dokumente koje su dostavili u skladu s čl. 45. do 51. ovog zakona ili da dostave originalne dokumente radi poređenja s kopijom koja je dostavljena uz ponudu, a s ciljem otklanjanja formalnog nedostatka dokumenata. Ugovorni organ dužan je odbaciti zahtjev za učešće ili ponudu i u sljedećim slučajevima kad:

- ponuđač u svojoj ponudi ne navede cijenu, nego samo navede da će ponuditi cijenu koja je za određeni postotak ili vrijednost niža od ponude s najnižom cijenom, ili ponudu u kojoj cijena nije iskazana u ukupnom iznosu, u skladu sa zahtjevima iz tenderske dokumentacije;
- se uz ponudu zahtijeva garancija za ozbiljnost ponude, a ona nije dostavljena uz ponudu;
- nije otklonjen nedostatak iz stava 3. ovog člana;
- se ponuda odnosi na više lotova nego što je ugovorni organ dopustio tenderskom dokumentacijom i obavještenjem o nabavci;

<sup>46</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 66.

- je u ponudi data alternativna ponuda, a ona nije dopuštena;
- u ponudi pisanim objašnjenjem ponuđača nije otklonjen nedostatak ili nejasnoća;
- za ponudu ponuđač nije pisanim putem prihvatio ispravku računске greške;
- ponuda nije potpuna i ne ispunjava zahtjeve iz tenderske dokumentacije;
- i u drugim opravdanim slučajevima.<sup>47</sup>

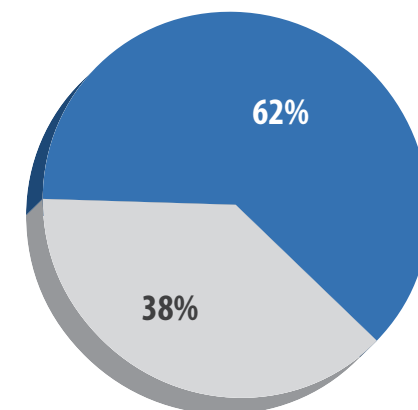
#### 4.3.1. Korupcijski rizici u fazi dostavljanja i evaluacije ponuda

Bitne povrede Zakona o javnim nabavkama u okviru faze dostavljanja i evaluacije ponuda između ostalih su: propusti učinjeni u postupku pregleda, ocjene, upoređivanja i vrednovanja ponuda, a posebno nepostojanje razloga i dokaza na osnovu kojih je donesena odluka; izbor ponude čija je cijena veća od procijenjene vrijednosti javne nabavke; izbor ponude koja nije najpovoljnija, kao i izbor neispravne ponude kao najpovoljnije.<sup>48</sup>

*U uzorku od 195 žalbi, koje su bile obuhvaćene analizom, 117 žalbi od strane ponuđača se odnosi na fazu dostavljanja i evaluacije ponuda. Od 117 žalbi 72 odluke (62%) su riješene u korist ponuđača i bile su osnovane, a 45 odluka (38%) riješeno je u korist ugovornih organa.*

##### Od 117 žalbi na evaluaciju dostavljenih ponuda

- 72**  
Odluke URŽ-a u korist ponuđača
- 45**  
Odluka URŽ-a u korist ugovornih organa



<sup>47</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 68.

<sup>48</sup> Bojović, D.; Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica 2013.; str. 69

## → FAZA UGOVARANJA I REALIZACIJE UGOVORA

- nepostojanje razloga i dokaza na osnovu kojih je donesena odluka;
- izbor ponude čija je cijena veća od procijenjene vrijednosti javne nabavke;
- izbor ponude koja nije najpovoljnija;
- izbor neispravne ponude kao najpovoljnije;
- neujednačeno ocjenjivanje dijelova ponude;
- isključivanje ponuđača i ponuda koje ispunjavaju uslove nadmetanja ili prihvatanje ponude koja bi trebala biti isključena (odbačena ili odbijena).

### 4.4. Ugovaranje i realizacija ugovora

Postupak ugovaranja je uređen članovima od 69. do 76. Zakona o javnim nabavkama. Postupak javne nabavke može se okončati na dva načina, i to: **zaključenjem ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma** ili **poništenjem postupka javne nabavke**. Ugovorni organ obavezan je poništiti postupak javne nabavke u slučaju da:

- nije dostavljena nijedna ponuda u određenom krajnjem roku;
- nije dostavljen nijedan zahtjev za učešće u ograničenom postupku, u pregovaračkom postupku sa ili bez objave obavještenja ili u takmičarskom dijalogu;
- nije dostavljen broj ponuda određen u članu 32. stav 4. ovog zakona, ako je bilo predviđeno zaključenje okvirnog sporazuma;
- nijedna od primljenih ponuda nije prihvatljiva;
- cijene svih prihvatljivih ponuda znatno su veće od osiguranih sredstava za predmetnu nabavku.

Ugovorni organ može otkazati postupak javne nabavke samo zbog dokazanih razloga koji su izvan kontrole ugovornog organa i koji se nisu mogli predvidjeti u vrijeme pokretanja postupka javne nabavke.<sup>49</sup>

Ugovorni organ donosi odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača ili odluku o poništenju postupka nabavke u roku koji je određen u tenderskoj dokumentaciji kao rok važenja

<sup>49</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 69.

ponude, a najkasnije u roku od sedam dana od dana isteka važenja ponude, odnosno u produženom periodu roka važenja ponuda, u skladu s članom 60. stav 2. Zakona o javnim nabavkama. Odluke iz ovog člana dostavljaju se kandidatima/ponuđačima u roku od tri dana, a najkasnije u roku od sedam dana od dana donošenja odluke, i to: elektronskim sredstvom ili putem pošte ili neposredno. Odluka o izboru sadrži: podatke o ugovornom organu, broj i datum donošenja odluke, podatke o javnom oglašavanju, vrstu postupka nabavke, broj zaprimljenih ponuda, naziv i podatke o izabranom ponuđaču, detaljno obrazloženje razloga za izbor, pouka o pravnom lijeku, potpis ovlaštene osobe i pečat ugovornog organa. Odluka o poništenju postupka nabavke sadrži: podatke o ugovornom organu, broj i datum donošenja odluke, podatke o javnom oglašavanju, vrstu postupka nabavke, zakonski osnov za poništenje postupka nabavke, detaljno obrazloženje poništenja, pouku o pravnom lijeku, potpis ovlaštene osobe i pečat ugovornog organa. Odluku o rezultatu pretkvalifikacije kandidata u postupku koji se sastoji od dvije ili više faza ugovorni organ donosi nakon okončanja faze pretkvalifikacije. Ova odluka sadrži: podatke o ugovornom organu, broj i datum donošenja odluke, podatke o javnom oglašavanju, vrstu postupka nabavke, broj zaprimljenih zahtjeva za učešće, naziv i podatke o kvalifikovanim kandidatima, podatke i obrazloženje o nekvalifikovanim kandidatima, pouku o pravnom lijeku, potpis ovlaštene osobe i pečat ugovornog organa. Odluke iz st. 3. i 4. ovog člana ugovorni organ objavljuje na svojoj internet stranici, ako je ima, i to istovremeno s upućivanjem odluka ponuđačima koji su učestvovali u postupku javne nabavke.<sup>50</sup> Ugovorni organ dužan je istovremeno, a najkasnije u roku od sedam dana od dana donošenja odluke, pismeno obavijestiti kandidate/ponuđače koji su blagovremeno podnijeli zahtjeve ili ponude o odlukama koje su donesene u pogledu pretkvalifikacije, ocjene ponuda ili poništenja postupka. Ugovorni organ dužan je uz obavještenje o rezultatima postupka dostaviti i odgovarajuću odluku iz člana 70. Zakona o javnim nabavkama i zapisnik o ocjeni ponuda iz člana 65. stav 2. istog zakona.<sup>51</sup>

Ugovorni organ dostavlja na potpis izabranom ponuđaču prijedlog ugovora, i to nakon isteka roka od 15 dana, računajući od dana kada su svi ponuđači obaviješteni o izboru najpovoljnije ponude. Izabrani ponuđač prihvata prijedlog ugovora i zaključuje ugovor. Ugovor o javnoj nabavci zaključuje se u skladu sa zakonima o obligacionim odnosima u Bosni i Hercegovini. Ugovori koji se dodjeljuju u otvorenom postupku, ograničenom postupku, pregovaračkom postupku sa ili bez objave obavještenja, konkursu za izradu idejnog rješenja ili takmičarskom dijalogu, izuzev ugovora iz člana 21. stav 1. tačka d) Zakona o javnim nabavkama, ne mogu se zaključiti u periodu od 15 dana od dana kada su ponuđači obaviješteni o ishodu postupka nabavke.

<sup>50</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 70.

<sup>51</sup> Ibid., član 71.

Ugovorni organ dostavlja prijedlog ugovora onom ponuđaču čija je ponuda po rang listi odmah nakon ponude najuspješnijeg ponuđača, u slučaju da najuspješniji ponuđač:

- a) propusti dostaviti originale ili ovjerene kopije dokumentacije iz čl. 45. i 47. ovog zakona, ne starije od tri mjeseca od dana dostavljanja ponude ili zahtjeva za učešće, u roku koji odredi ugovorni organ; ili
- b) propusti dostaviti dokumentaciju koja je bila uslov za potpisivanje ugovora, a koju je bio dužan pribaviti u skladu s propisima u Bosni i Hercegovini; ili
- c) u pisanoj formi odbije dodjelu ugovora; ili
- d) propusti dostaviti garanciju za izvršenje ugovora u skladu sa uslovima iz tenderske dokumentacije i u roku koji mu je odredio ugovorni organ; ili
- e) propusti potpisati ugovor o nabavci u roku koji mu je odredio ugovorni organ; ili
- f) odbije zaključiti ugovor pod uslovima navedenim u tenderskoj dokumentaciji i ponudi koju je dostavio.

Ako izabrani ponuđač ne dostavi garanciju za izvršenje ugovora u ostavljenom roku, nakon zaključivanja ugovora, zaključeni ugovor smatra se apsolutno ništavim. Prilikom dodjele ugovora o nabavci, cijena navedena u najpovoljnijoj ponudi kao i uslovi utvrđeni u tenderskoj dokumentaciji ne mogu se mijenjati. Izuzetno, ako se u tenderskoj dokumentaciji predviđa odredba o promjenjivosti cijena s objektivno utvrđenim pravilima o promjenjivosti cijene, takva odredba unosi se u ugovor o javnoj nabavci.

Ugovorni organ u ugovoru obavezno postavlja uslov da ponuđač kojem je dodijeljen ugovor o javnoj nabavci nema pravo zapošljavati, u svrhu izvršenja ugovora o javnoj nabavci, fizičke ili pravne osobe koje su učestvovala u pripremi tenderske dokumentacije ili su bile u svojstvu člana ili stručne osobe koju je angažovala komisija za nabavke, najmanje šest mjeseci po zaključenju ugovora, odnosno od početka realizacije ugovora.<sup>52</sup> Ugovorni organ ne može zabraniti podugovaranje, ali može tražiti od kandidata/ponuđača da se izjasni da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane. Ako se kandidat/ponuđač izjasni da namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane, ugovorni organ dužan je u ugovor o javnoj nabavci unijeti tu određenu odredbu kao osnov za zaključivanje podugovora između izabranog ponuđača i podugovarača. Ponuđač kojem je dodijeljen ugovor neće sklapati podugovor ni o jednom bitnom dijelu ugovora bez prethodnog pismenog odobrenja ugovornog organa.

Elementi ugovora koji se podugovaraju i identitet podugovarača obavezno se saopćavaju ugovornom organu blagovremeno, prije sklapanja podugovora. Ugovorni organ

<sup>52</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 72.

može izvršiti provjeru kvalifikacija podugovarača u skladu s članom 44. ovog zakona i obavijestiti dobavljača o svojoj odluci najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema obavještenja o podugovaraču. U slučaju odbijanja podugovarača, ugovorni organ dužan je navesti objektivne razloge odbijanja. Nakon što ugovorni organ odobri podugovaranje, u skladu sa stavom 3. ovog člana, dobavljač kojem je dodijeljen ugovor dužan je prije početka realizacije podugovora dostaviti ugovornom organu podugovor zaključen s podugovaračem, kao osnov za neposredno plaćanje podugovaraču, koji kao obavezne elemente mora sadržavati sljedeće:

- a) robu, usluge ili radove koje će isporučiti, pružiti ili izvesti podugovarač;
- b) predmet, količinu, vrijednost, mjesto i rok isporuke robe, pružanja usluga ili izvođenja radova;
- c) podatke o podugovaraču, i to: naziv podugovarača, sjedište, JIB/IDB, broj transakcijskog računa i naziv banke kod koje se vodi.

Dobavljač kojem je dodijeljen ugovor snosi punu odgovornost za realizaciju ugovora.<sup>53</sup> Ugovorni organ dužan je za otvoreni postupak, ograničeni postupak, pregovarački postupak s objavom ili bez objave obavještenja, konkurs za izradu idejnog rješenja ili takmičarski dijalog objaviti obavještenje o dodjeli ugovora na osnovu rezultata postupka dodjele ugovora, najkasnije u roku od 30 dana od dana zaključivanja ugovora ili okvirnog sporazuma. U slučaju dodjele ugovora iz člana 8. ovog zakona i zaključenih okvirnih sporazuma, ugovorni organ objavljuje obavještenje o dodjeli svih ugovora u toku jedne godine, i to najkasnije 30 dana od isteka kalendarske godine. Obavještenje o dodjeli ugovora iz st. 1. i 2. ovog člana sadrži informacije koje utvrđuje Agencija podzakonskim aktom.<sup>54</sup>

Ugovorni organ obavezan je Agenciji dostavljati izvještaje o otvorenom postupku, ograničenom postupku, pregovaračkom postupku s objavom ili bez objave obavještenja, konkursu za izradu idejnog rješenja, takmičarskom dijalogu, konkurentskom zahtjevu za dostavu ponuda i direktnom sporazumu, kao i u slučaju dodjele ugovora iz čl. 8. i 10. ovog zakona, u formi, na način i u rokovima koje utvrđuje Agencija podzakonskim aktom.

Nakon što ugovorni organ dostavi izvještaj Agenciji, dužan je na svojoj internetskoj stranici, ako je ima, objaviti osnovne elemente ugovora za sve postupke javne nabavke,

<sup>53</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 73.

<sup>54</sup> Ibid., član 74.

kao i sve izmjene ugovora do kojih dođe u toku realizacije ugovora, na način i u formi koji će podzakonskim aktom propisati Vijeće ministara BiH.<sup>55</sup>

Zaključeni ugovori o nabavci, zahtjevi, ponude, tenderska dokumentacija i dokumenti koji se odnose na ispitivanje i ocjenjivanje zahtjeva i ponuda, kao i drugi dokumenti u vezi s nabavkom, čuvaju se u skladu sa zakonima Bosne i Hercegovine koji se odnose na arhiviranje.<sup>56</sup>

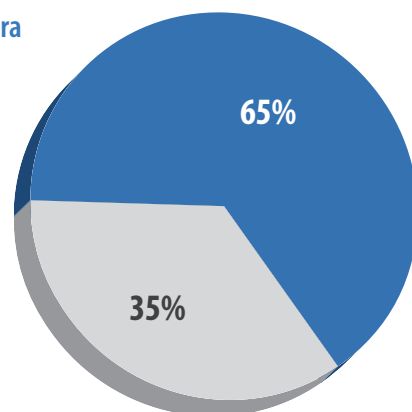
Realizacija ugovora o javnim nabavkama je posljednja faza procesa javnih nabavki u kojoj se osigurava prijem robe, radova i usluga u skladu sa ugovorenim uslovima koji osiguravaju nabavku roba, radova i usluga zadovoljavajućeg kvaliteta po najpovoljnijim uslovima.<sup>57</sup> Ključni izvori informacija u vezi sa realizacijom ugovora su revizorski izvještaji, kako revizije finansijskih izvještaja, tako i revizije usklađenosti.

#### 4.4.1. Korupcijski rizici u fazi ugovaranja

*17 žalbi - U uzorku od 195 žalbi koje su bile obuhvaćene analizom, 17 žalbi od strane ponuđača se odnosi na fazu ugovaranja i realizacije ugovora. Od 17 žalbi, 11 odluka (65%) je riješeno u korist ponuđača i bile su osnovane, a šest odluka (38%) riješeno je u korist ugovornih organa.*

##### Od 17 žalbi na ugovaranje i implementaciju ugovora

- **11**  
Odluke URŽ-a u korist ponuđača
- **6**  
Odluka URŽ-a u korist ugovornih organa



<sup>55</sup> Zakon o javnim nabavkama ("Službene novine BiH", 39/14), član 75.

<sup>56</sup> Ibid., član 76.

<sup>57</sup> Izvještaj revizije učinka – Upravljanje procesom realizacije ugovora o javnim nabavkama u institucijama BiH, Ured za reviziju institucija BiH; 2018.; str. 7

Postoje brojne tehnike prikrivanja koruptivnih radnji u fazi ugovaranja i realizacije ugovora o javnim nabavkama.

U procesu praćenja realizacije ugovora o javnim nabavkama, posebno značajnu ulogu imaju odjeljenja za internu reviziju, a posebno entitetskih i državnih revizorskih institucija. Ključni izvor informacija u vezi sa realizacijom ugovora su revizorski izvještaji, kako revizije finansijskih izvještaja, tako i revizije usklađenosti.<sup>58</sup>



#### FAZA DOSTAVLJANJA I EVALUACIJE PONUDA

- ne objavljuju se svi potrebni podaci u vezi sa realizacijom ugovora;
- ne mogu se utvrditi tačne količine nabavljenih roba i usluga, iako prema podzakonskim propisima o javnim nabavkama<sup>59</sup> nabavljena količina ne može biti manja ili veća od ugovorene količine;
- nema hronološkog dokumentovanja svih preduzetih radnji na realizaciji ugovora;
- ne vode se evidencije na osnovu kojih se može pratiti finansijska i količinska realizacija ugovora;
- nisu uspostavljene procedure kojima se uređuje prijem roba i usluga;
- ne provode se analize realizovanih ugovora o javnim nabavkama;
- propušta se naplata penala usljed kašnjenja u isporukama;
- proizvodi i usluge su slabijeg kvaliteta u odnosu na zahtijevane u tenderskoj dokumentaciji;
- količine i rokovi se bitno razlikuju u odnosu na potpisani ugovor;
- fiktivne isporuke.

<sup>58</sup> Izvještaj revizije učinka – Upravljanje procesom realizacije ugovora o javnim nabavkama u institucijama BiH; Ured za reviziju institucija BiH; 2018.; str. 7

<sup>59</sup> Upustvo za pripremu tenderske dokumentacije ("Službeni glasnik BiH", 90/14)

## 5. OTKRIVANJE, ISTRAŽIVANJE I DOKAZIVANJE KRIVIČNOG DJELA ZLOUPOTREBE POLOŽAJA ILI OVLASTI – genusno djelo korupcije u javnim nabavkama

Suzbijanje svih oblika kriminaliteta, pa tako i krivičnih djela protiv službene dužnosti, ovisi o nizu faktora. Potrebno je strateško, organizovano i plansko praćenje svih problema i pojava unutar društva, iz kojih mogu proisteći potencijalna krivična djela. Kada se već takva djela počine, uz pretpostavku da postoji mnogo prikrivenog kriminaliteta, njihovo otkrivanje primarno je zadatak ovlaštenih službenih osoba. Zbog svoje kompleksnosti, otkrivanje ovih krivičnih djela zahtijeva predan rad i potpunu analizu svih činjenica, te planski, sistematski koncipiran i organizovan pristup.<sup>60</sup>

Kada je riječ o oblasti javnih nabavki, posao otkrivanja i procesuiranja se dodatno komplikuje pa rad službenih osoba na ovim predmetima zahtijeva dodatna znanja i vještine. U dosadašnjoj praktičnoj primjeni važećih zakona o krivičnom postupku iskustvo potvrđuje da tužilaštva u principu ispunjavaju svoju osnovnu zakonsku zadaću preduzimanja krivičnog gonjenja počilaca krivičnih djela. Međutim, postupak otkrivanja ili prethodni postupak, kao i provođenje istrage krivičnog djela kada govorimo o zloupotrebama u javnim nabavkama, ne provodi se na očekivano efikasan način.

### 5.1. Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao genusno djelo korupcije u javnim nabavkama

Govoriti o zloupotrebi položaja ili ovlaštenja kao krivičnom djelu, ili pak kao o negativnoj društvenoj pojavi te načinima otkrivanja i suzbijanja iste, nije moguće bez uvodnog

<sup>60</sup> Sarajlija, S.; Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlasti - Ključni problemi iz perspektive njegovog procesuiranja u Bosni i Hercegovini; Analitika Sarajevo; 2018.; str. 17

spominjanja fenomena korupcije. Korupcija kao pojam, u svakodnevnom poimanju prosječnog čovjeka, najčešće je sinonim za razne oblike zloupotrebe položaja ili ovlaštenja nosilaca javnih funkcija. Stoga je nužno, na samom početku, ukratko se osvrnuti na pojam korupcije, koja se u svojoj zbiljskoj manifestaciji prožima s raznim oblicima zloupotreba javnih ovlasti. Korupcija je globalni fenomen i jedan je od najvećih problema modernog doba i svijeta u kojem živimo. Riječ je o veoma složenoj društvenoj pojavi ili fenomenu. Najčešća definicija koja se koristi u literaturi glasi: *Korupcija u najširem smislu jeste svaki oblik zloupotrebe ovlasti radi lične ili grupne koristi, bilo da se radi o javnom ili privatnom sektoru.*

Iako kao pojava unutar sebe sublimira spektar zloupotreba javnog u svrhu ličnog, autor će se ipak fokusirati na onaj njen *modus vivendi* iz kojeg proizlaze zloupotrebe javnih položaja ili ovlaštenja, posebno u segmentu u javne potrošnje – javnih nabavki.<sup>61</sup>

Smatra se općeprihvaćenim stav da se korištenje javnih ovlaštenja za lično bogaćenje naziva korumpiranošću. Budući da su takvi slučajevi najbrojniji, uobičajeno se smatra da *“korupcija, po prirodi stvari, podrazumijeva transakciju između javnog i privatnog sektora”*.<sup>62</sup> Posljedice korupcije su zloupotrebe odgovornosti funkcija koje destabilizuju simbiozu administrativnih cjelina i uzrokuju nesigurno ozračje, praćeno velikim nepovjerenjem građana u organe zadužene za njihovu sigurnost i zaštitu njihovih prava.

Službena dužnost (javne funkcije, ovlasti, odgovornosti), od čijeg ispravnog i zakonitog vršenja ovisi cjelokupan društveno-politički sistem jednog društva, predstavlja zbiljski odražaj države kao sistema vlasti. S tim u vezi, sistem javnih nabavki (u okviru kojeg se troše milijarde KM državnog/narodnog novca) predstavlja zasigurno epicentar interesa službene dužnosti, pa stoga možemo kazati da domaćinsko upravljanje i trošenje ovih novčanih sredstava predstavlja jasan pokazatelj u kolikoj mjeri određene službene osobe postupaju u interesu službene dužnosti – države.

Ukoliko ta dužnost popusti pod pritiskom korupcije, koja djeluje kao svojevrsan *perpetuum mobile*, narušavaju se sami temelji pravne sigurnosti i vladavine prava u jednoj državi ili društvu. Čini se direktna šteta ugovornom organu i društvu u cjelini.

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja je opće djelo usmjereno protiv službene dužnosti ili javne funkcije, i kao takvog, poznaju ga gotova sva kontinentalna evropska

61 Korupcija: lat. pokvarenost, podmitljivost, potkupljivost; Klaić, B.; Rječnik stranih riječi; Zagreb; 1986.; str. 565

62 Heidenheimer, A.; Political corruption; New Brunswick; 2002.; str. 84

zakonodavstva, no isto tako, u anglosaksonskom sistemu, kao drugom velikom pravnom sistemu ili školi, ono je poznato pod nazivom *Misuse of public office* ili *Misconduct of public office*, što u doslovnom prevodu znači zloupotreba javnog ureda ili funkcije. Suština je ista. Zloupotrebljava se dato javno ovlaštenje s ciljem zadovoljavanja nekih drugih interesa – svih onih samo ne interesa službe.

Ova pojava ili djelo ima dosta dugu historiju ili tradiciju po ugledu na delikte protiv imovine ili tijela, pa se slobodno može reći da spada u red već klasičnih krivičnih djela.<sup>63</sup> Jedno od krivičnih djela korupcije i krivičnih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti je i krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. To je pravo službeno krivično djelo, jer učinitelj može biti isključivo službena ili odgovorna osoba i to svojstvo učinitelja je posebno konstitutivno obilježje zakonskog bića ovog krivičnog djela. Iz navedenog proizlazi da se ovo djelo može ostvariti jedino u vršenju službene dužnosti, a izvan toga ovo djelo ne postoji.<sup>64</sup>

Ovim krivičnim djelom inkriminisano je neovlašteno i nezakonito korištenje službene pozicije i datih ovlaštenja; izvršilac postupka suprotno interesima službe koristeći protivpravno mogućnosti koje su mu date u službi, ne radi interesa ili ciljeva službe već radi ostvarenja vlastite koristi ili koristi za drugoga. Dakle, odgovornost javne funkcije ili službe se povija prema, najčešće egoističkim i nezakonitim, interesima individue kojoj je ta odgovornost data, što, polazeći od širine spektra funkcija u kojima je ovo moguće, čini fenomenologiju ovog kriminaliteta veoma raznolikom i nadasve veoma opasnom po normalno funkcionisanje društva.

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ima karakter općeg krivičnog djela protiv službene dužnosti, iz razloga što većina drugih djela protiv istog objekta predstavljaju ustvari poseban oblik tog djela. Stoga se djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kvalifikuje

63 Krivično djelo zloupotrebe položaja je krivično djelo poznato u *Common Law* sistemu. Smatra se da ovo djelo datira iz predmeta *R v Bembridge* iz 1783. godine. Optuženi u ovom predmetu je bio računovođa u Uredu generalnog revizora u Velikoj Britaniji. On je bio optužen da je od svog nadređenog sakrio činjenicu da je u završnom obračunu nedostajao određeni novčani iznos. Sudija u ovom predmetu Lord Mansfield je konstatovao: *Dužnost je optuženog očigledna; on je bio upravnik javnosti i blagajnik, za izradu svakog računa i za svaki dodatak je znao (...) ako je optuženi znao za propust (...) a ako je sakrio to, njegov motiv mora biti korumpiran. Da je znao, u potpunosti je dokazano, i on je kriv, dakle, ne za nečinjenje ili zanemarivanje, već za stvaranje brutoobmane. Cilj je bio prevariti javnost u cjelini. Čovjek prihvata rizik i odgovornost ureda javnog povjerenja, koje se odnose na javnost, naročito ako su prisutni profit i druge obaveze. Odgovoran je krivično kralju zbog lošeg ponašanja u svojoj kancelariji.* Maer, L.; *Misconduct in Public Office*; Library of House of Commons; 2009; 3

64 Ferhatović, A.; *Zloupotreba položaja ili ovlaštenja*; Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu; LV-2012; str. 148

kao djelo supsidijarnog karaktera i primjenjuje kada se inkriminisana radnja službene ili odgovorne osobe ne može kvalifikovati kao neko od specijalnih ili posebnih djela.

U pogledu pojava oblika korupcije u javnim nabavkama, pored ovog krivičnog djela, najčešći oblici korupcije se manifestuju kao krivična djela primanje dara ili drugih oblika koristi, protivzakonito posredovanje (primanje dara ili drugog oblika koristi radi trgovine uticajem i dr.), ali ipak u najvećem procentu predmeta preovladava zloupotreba položaja ili ovlaštenja kao kvalifikacija, upravo zbog svog generalnog opisa i karaktera, radi čega ćemo ovo krivično djelo, kao što smo kazali u uvodu, posebno analizirati.

Radnja izvršenja, kao *genus proximus* svakog, pa tako i ovog krivičnog djela, postavljena je alternativno, s obzirom na kompleksnost i širinu ovog djela, i javlja se kao:

- iskorištavanje položaja ili ovlaštenja;
- prekoračenje granica položaja ili ovlaštenja;
- nevršenje službene dužnosti.

Posljedicu, pored povrede pravilnog i zakonitog vršenja službene dužnosti, predstavlja:

- ostvarivanje ili pribavljanje imovinske koristi;
- ostvarivanje ili pribavljanje neimovinske koristi;
- nanošenje štete drugome;
- teži ili kvalifikovani oblici prethodnih modaliteta.

Učinilac ovog krivičnog djela, kao i ostalih djela iz ove glave, jeste službena ili odgovorna osoba<sup>65</sup> koja postupa s umišljajem, što pored ostalih objektivnih elemenata i u pojedinim slučajevima objektivnih uslova inkriminacija razlikuje ove delikte protiv službene dužnosti od onih koji u nedostatku subjektivnog elementa – krivice (umišljaja) ostaju najčešće u domenu disciplinskog prijestupa ili građanskopravnog delikta.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Izuzetak postoji kod krivičnih djela Davanje dara i drugih oblika koristi (član 381. KZ-a FBiH, član 218. KZ-a BiH), Protuzakonito posredovanje (član 382. KZ-a FBiH, član 219. KZ-a BiH), Pronevjera u službi (član 384. KZ-a FBiH, član 221. KZ-a BiH) i Posluga u službi (član 386. KZ-a FBiH, član 223. KZ-a BiH). Naime, pored službene ili odgovorne osobe, učinilac ovdje može biti i svaka druga osoba (*delicta communia*). Radi se o određenom obliku eksternog napada na pravilno i zakonito vršenje službene dužnosti od strane trećih osoba koje nisu nosioci datih ovlaštenja ali ipak svojim radnjama (poput davanja mita ili protuzakonitog posredovanja) narušavaju rad službene dužnosti.

<sup>66</sup> Izuzetak je krivično djelo Odavanje službene tajne iz člana 388. KZ-a FBiH koje se može izvršiti i nehatno. Za razliku od KZ-a FBiH, KZ RS-a dodaje nehat kao oblik vinosti ili umišljaja u još jednom djelu, a to je djelo Nesavjestan rad u službi iz člana 354. KZ-a RS-a.

Objekt zaštite kod ovog krivičnog djela je službena dužnost ili dato ovlaštenje, što je primarni zaštitni objekt, no ne i jedini, jer se posredno daje zaštita i drugim pravnim dobrima poput imovine i raznih individualnih ili kolektivnih prava; u našem slučaju, posebno je to interes (imovinski) ugovornog organa (institucije, zavoda, preduzeća), ali isto tako i pravo trećih (kvalitet usluge nabavke za određene kategorije ili potrebe društva kao cjeline).

### 5.1.1. Zakonsko biće krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja

*(1) Službena ili odgovorna osoba (u BiH, FBiH, RS i BD) koja iskorištavanjem svog službenog položaja ili ovlaštenja, prekoračivši granice svoje službene ovlasti, ili ne obavivši svoje službene dužnosti, pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugome nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. (2) Ako je krivičnim djelom iz stava 1. ovog člana pribavljena imovinska korist koja prelazi 10.000 KM, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina. (3) Ako je krivičnim djelom iz stava 1. ovog člana pribavljena imovinska korist koja prelazi 50.000 KM, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje tri godine. (4) Pribavljena korist bit će oduzeta.<sup>67</sup>*

Predmetno krivično djelo ćemo analizirati na način da ćemo teorijsko-praktičnoj analizi podvrgnuti svaki od elemenata redosljedom *subjekt – radnja – posljedica – krivica*. Iako se u teoriji kao elementi krivičnog djela navode *protupravnost*, ili se niz elemenata *radnja – uzročna veza – posljedica* podvode pod širi pojam *radnje*, mi smo se odlučili na analizu prethodno navedenim slijedom, kako bismo najbolje predočili ovo krivično djelo, što predstavlja temeljno ishodište u procesu otkrivanja i dokazivanja istog (*Praxis sine theoria est cesus via – Praksa je bez teorije slijepa*).

### 5.1.2. Svojstvo subjekta djela (učinitelja)

Kod predmetnog krivičnog djela, svojstvo službene ili odgovorne osobe je konstitutivno obilježje ovog djela, što znači da istog nema bez tog svojstva učinitelja.

<sup>67</sup> Član 220. KZ-a BiH, član 383. KZ-a FBiH, čl. 315. KZ-a RS-a i čl. 377. KZ-a BD-a, gdje KZ BiH, FBiH i BD identično određuju kazneni raspon (okvir) i objektivne uslove inkriminacije, dok KZ RS-a, pored stava 4. kao posebne kvalifikatorne okolnosti kada je djelo počinjeno u postupku javne nabavke, za zloupotrebu u kojoj korist prelazi 50.000 KM određuje kaznu zatvora od 2 do 12 godina, dok ostali KZ-i određuju kaznu zatvora od najmanje 3 godine (dakle, do visine općeg maksimuma – 20 godina zatvora).



Dakle, ovo svojstvo predstavlja bitan element krivičnog djela, te ako se utvrdi u krivičnom postupku da učinitelj nema traženo zakonsko svojstvo, donijet će se oslobađajuća presuda jer djelo iz optužnice nije krivično djelo. Učinitelj krivičnog djela u krivičnim zakonima u BiH može biti:

- službena osoba;<sup>68</sup>
- odgovorna osoba.<sup>69</sup>

Prema odredbama krivičnih zakona u BiH, učinitelj je određen kao službena osoba koja vrši javna ovlaštenja i dužnost u organima uprave u BiH, FBiH, RS-u i BD, od državnog, entitetskog nivoa pa sve do općinskog; također, i kao osoba koja vrši službenu dužnost u samostalnim upravnim organizacijama ili pravnim licima kojima su data ovlaštenja da vrše poslove od javnog interesa.

Jasno se vidi namjera zakonodavca da pojmom službena osoba ne obuhvati samo državne službenike ili činovnike, tj. samo osobe zaposlene u administrativnom aparatu, već i osobe koje obavljaju službena ili javna ovlaštenja i u drugim, može se reći vandržavnim ili vanupravnim tijelima (pravnim licima) kojima su povjereni poslovi od javnog značaja. Kao što je poznato, obaveza provođenja javne nabavke odnosi se i na javna preduzeća i javne ustanove u smislu čl. 4. stav 1. tačka b) Zakona o javnim nabavkama BiH. Zakonodavac je definisao, kako je to citirano, i pojam odgovorne osobe. Ovo je veoma bitno s obzirom da se mnogi poslovi javnopravnog karaktera obavljaju van klasičnih državnih organa, i što skupa ukazuje na širok dijapazon potencijalnih izvršilaca ovog krivičnog djela koji su involvirani u proces javnih nabavki.

<sup>68</sup> *Službena osoba je izabrani ili imenovani službenik ili druga službena osoba u organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti i u drugim organima uprave i službama za upravu Federacije, kantona, gradova i općina koje obavljaju određene upravne, stručne i druge poslove u okviru prava i dužnosti vlasti koja ih je osnovala; osoba koja stalno ili povremeno vrši službenu dužnost u navedenim organima i tijelima; ovlaštena osoba u privrednom društvu ili u drugoj pravnoj osobi kojoj je zakonom ili drugim propisom donesenim na osnovu zakona povjereno obavljanje javnih ovlaštenja, a koja u okviru tih ovlasti obavlja određenu funkciju; te druga osoba koja obavlja određenu službenu funkciju na osnovu ovlaštenja iz zakona ili drugog propisa donesenog na osnovu zakona. Član 2. stav 3. KZ-a FBiH.*

<sup>69</sup> *Odgovorna osoba je osoba u privrednom društvu ili u drugoj pravnoj osobi kojoj je s obzirom na njenu dužnost ili na osnovu posebne ovlasti povjeren određeni krug poslova koji se odnose na primjenu zakona ili propisa donesenih na osnovu zakona, ili općeg akta privrednog društva ili druge pravne osobe u upravljanju i rukovanju imovinom, ili se odnose na rukovođenje proizvodnjom ili nekom drugom privrednom djelatnošću ili na nadzor nad njima. Odgovornom osobom smatra se i službena osoba u smislu stava 3. ovog člana kad su u pitanju radnje čijim je učiniteljem označena odgovorna osoba, a nisu propisane kao krivično djelo odredbama glave o krivičnim djelima protiv službene i druge odgovorne funkcije ili odredbama o krivičnim djelima čiji je učinitelj službena osoba propisanim u nekoj drugoj glavi ovog zakona ili drugim zakonom Federacije ili kantona. Član 2. stav 6. KZ-a FBiH*

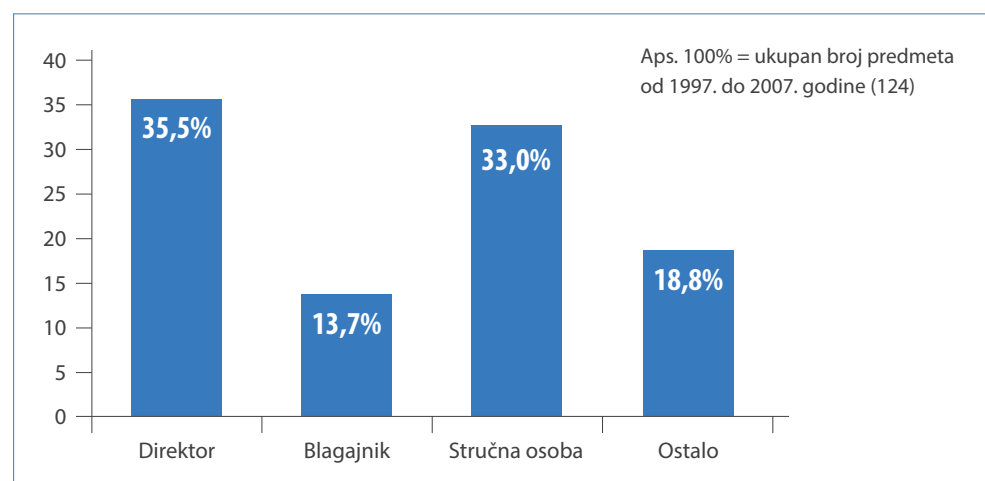
Polazeći od *osnovnih pojmova* u KZ BiH, KZ FBiH, KZ RS-a i KZ BD-a u kojima je definisan i pojam *odgovorne osobe*, ukratko govoreći, radi se o osobama koje vrše data ovlaštenja u privrednom licu i drugom pravnom licu kojima su na osnovu zakona povjereni poslovi od javnog interesa, te koji također, poput službenih osoba iz stava 3. istog člana odlučuju o pravima i obavezama drugih osoba (npr. ponuđača). Riječ je o poslovima iz domena zdravstvenog osiguranja, socijalnog osiguranja i raznih oblika fondova gdje najčešće odgovorna osoba upravlja imovinom i ima obavezu da upravlja tom imovinom, donosi odluke i vrši radnje u skladu sa zakonskim i podzakonskim aktima, što predstavlja njenu službenu dužnost.

Pravilno poimanje i razlikovanje pojmova *službena osoba* i *odgovorna osoba* predstavljaju veoma bitne prve korake u postupku dokazivanja tog svojstva, o čemu će u narednom dijelu biti detaljnije raspravljano. No, polazeći od zakonskih odrednica ovih pojmova, uviđa se da isti imaju više kohezionih ili vezivnih elemenata, zbog čega su u praksi česte greške da se učinitelja okarakterise u predmetu kao službenu osobu tamo gdje je on odgovorna osoba i *vice versa*. Iako oba pojma imaju zajednički cilj, a to je određivanje svojstva učinitelja kao konstitutivnog elementa djela, pri njihovom praktičnom razlikovanju treba polaziti od navedenih stavova i datih definicija u krivičnim zakonima, pri čemu sudska praksa u pogledu ovog elementa daje praktična pojašnjenja i tumačenja. Dobra smjernica u tom procesu jeste analiza pravnog subjekta ili organizacione jedinice u kojoj učinitelj djeluje ili radi/vrši dužnost ili ovlaštenja. Tako naprimjer, direktor privrednog društva u pravnom prometu (d.o.o. i d.d.), koje očito nije organ vlasti ili kojem temeljem posebnog propisa nisu povjerena javna ovlaštenja neće moći imati svojstvo službene osobe već će biti odgovorna osoba. Dakle, pri diferencijaciji ovih pojmova treba polaziti od prirode i oblika organa, društva ili osobe u kojem učinitelj vrši data ovlaštenja ili s kojim je u funkcionalnoj vezi, što će jasno pokazati o kojoj vrsti osobe je riječ. Bitno je napomenuti da odgovorna osoba ne mora biti zaposlenik pravne osobe da bi se jedino tako moglo utvrditi da je ta odgovorna osoba nosilac ovlaštenja te pravne osobe. U sistemu javnih nabavki u BiH Zakon o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" br. 39/14) kao službene ili odgovorne osobe (ovisno o obliku ugovornog organa u vezi sa čl. 2. KZ-a FBiH, analogno KZ-u RS-a, KZ-u BiH i KZ-u BD-a) u smislu čl. 13., kao službene ili odgovorne osobe određuje članove komisije za javne nabavke i službenu ili odgovornu osobu ugovornog organa u vezi sa drugim relevantnim zakonskim i podzakonskim propisima (statutima i pravilnicima) kojima je, pored komisije, kao službena osoba određen rukovodilac ugovornog organa (direktor, ministar, uprava društva i dr.).

Veoma je zanimljiva pravna figura *faktičkog organa društva*, koja se u praksi pojavljuje veoma često kada pojedinci formalne pozicije ili ovlaštenja (direktora, člana uprave, punomoćnika) prepuštaju drugima, dok oni "iz sjene" figuriraju i poduzimaju sve faktičke

radnje, otkud je i sam naziv ove figure. Nerijetko u takvim slučajevima formalno postavljeni organ figurira kao tzv. "slamnati čovjek" (*Strobmann, homme de paille*), dok faktički organ "vuče sve konce", pri čemu je nejasno iz kojih motiva nije i formalno postavljen (može biti da mu je zabranjena djelatnost, da unaprijed hoće izbjeći odgovornost i sl.); naprimjer, odlučujući uticaj na odabira ponuđača vrši "osoba iz sjene", koja najčešće u okvirima istog interesnog udruživanja, iako nema formalno nikakvu konekciju sa ugovornim organom, ipak posjeduje odlučujući uticaj na izbor ponuđača u javnoj nabavci robe ili usluge.<sup>70</sup>

Veoma dobar komparativan primjer broja predmeta u kojima je utvrđeno svojstvo učinioaca, a posebno podatke iz sudske prakse susjedne Hrvatske za duži vremenski period (1997-2007.), u kojima se vidi u kolikoj mjeri su kao izvršioци prisutni službene ili odgovorne osobe, te koja od tih hijerarhijskih pozicija se najčešće pojavljuje kao ona u svojstvu koje učinilac vrši predmetno krivično djelo, nalazimo u statističkoj analizi koju je sačinio Marijan Svedrović (2007.), sudac Vrhovnog suda R Hrvatske, analizom decenijske prakse sudova u toj zemlji.



**Grafikon 4.** Svojstvo učinitelja krivičnog djela iz člana 337. KZ-a RH u periodu 1997-2007. izraženo u procentima u odnosu na broj krivičnih predmeta (Svedrović)

Slijedeći primjeri iz sudske prakse imaju za cilj da praktično ukažu na svojstvo učinitelja kao konstitutivni element djela.

### Sudska praksa (svojstvo službene ili odgovorne osobe):

"S obzirom da je optuženi K.J. bio upisan u sudski registar kao direktor d.o.o. 'Protector Commerce' Tomislavgrad, on je, u skladu sa članom 23. Zakona o privrednom društvima FBiH (Službene novine FBiH br. 23/99, 23/00, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03 i 68/05) bio dužan da organizuje rad i rukovodi poslovanjem društva te je bio odgovoran za zakonitost poslovanja društva. Kako je odredbom člana 136. stav 5. ranijeg KZ-a FBiH propisano da se pod pojmom odgovorne osobe u smislu tog zakona smatra osoba u preduzeću i drugoj pravnoj osobi kojoj je, s obzirom na njenu funkciju ili na temelju tog posebnog ovlaštenja, povjeren određeni krug poslova koji se odnose na izvršavanje zakona ili propisa donesenih na osnovu zakona ili općeg akta preduzeća ili druge pravne osobe u upravljanju i rukovanju imovinom ili se odnosi na rukovođenje proizvodnim ili nekim drugim privrednim procesom ili na nadzor na njima, ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi K.J. kao direktor 'Protector Commerce' d.o.o. imao, u pogledu poslova koji su se odnosili na plaćanje zakonom određenih poreza, odnosno naknada određenih drugim propisima, svojstvo odgovorne osobe u smislu spomenute odredbe ranijeg KZ FBiH."

**Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 070-0-Kžk-09-000006 od 14.12.2010. godine**

"Zajednička konstanta svih iskaza opredjeljuje sud na slijedeće zaključke: optuženik je imao visokorangirani službeni položaj – ne samo da je bio odgajatelj i šef Grupe za poslove preodgoja – tretmana osuđenih osoba, već je jedno vrijeme bio i zamjenik ravnatelja KPZ-a; optuženik je imao neograničeno povjerenje tadašnjeg ravnatelja KPZ-a M.B., koji je prihvatao 99% svega što mu je predložio i to 'bez rezerve i prethodne provjere' te je imao visok stupanj utjecaja na sve uposlene u zatvoru – 'mogao je narediti odgajatelju – svi su izvršavali što je on tražio' – iskaz M.B.: optuženik je **imao najveći stupanj utjecaja na odluke** koje su se donosile u KPZ-u a odnosile su se na prava i položaj zatvorenika."

**Presuda Općinskog suda u Mostaru br. 58 0 K 061390 10 K od 22.11.2010. godine**

*“Da je u toku 2005. godine optuženi O.E. kao direktor Rudnika ‘Šikulje’ u Lukavcu, koji posluje u sastavu d.o.o. Rudnika ‘Kreka’ Tuzla, a optuženi J.A. kao d.o.o. ‘Junuzović Kopex’ iz Lukavca, ovaj sud je utvrdio na osnovu iskaza navedenih optuženih koji su saslušani kao svjedoci, te na osnovu odluke generalnog direktora Rudnika ‘Kreka’ u Tuzli broj 1276/02 od 13.08.2002. godine, ugovora o radu zaključenog 30.01.2003. godine između Rudnika ‘Kreka’ Tuzla kao poslodavca i O.E. kao zaposlenika, te rješenja o upisu promjena podataka o subjektu upisa u sudski registar Kantonalnog suda u Tuzli br. U/I-1608/02 od 06.03.2003. godine za subjekta upisa ‘Junuzović Kopex’. Naime, iz iskaza optuženih O.E. i J.A., saslušanih u svojstvu svjedoka proizlazi da je, u vremenskom periodu naznačenom u izreci ove presude, optuženi O.E. bio direktor Rudnika ‘Šikulje’ u Lukavcu, a optuženi J.A. direktor d.o.o. ‘Junuzović Kopex’ iz Lukavca.*

*Osim toga, odlukom generalnog direktora Rudnika ‘Kreka’ u Tuzli br. 1276/02 od 13.08.2002. godine, optuženi O.E. dipl.ing.rud., imenovan je za izvršnog direktora Rudnika ‘Šikulje’ u Lukavcu (...) Imajući u vidu navedena ovlaštenja i obaveze direktora Rudnika ‘Šikulje’, ovaj sud nalazi utvrđenim da je optuženi O.E. u vrijeme poduzimanja radnji za koje je proglašen krivim ovom presudom imao svojstvo odgovorne osobe, u smislu člana 2. stav 6. KZ-a FBiH.”*

**Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 001884 11 Kžk od 11.10.2011. godine**

*“Kako ovo kazneno djelo može počiniti samo službena ili odgovorna osoba, trebalo je na pouzdaniji način utvrditi da li je optuženi M.P. komercijalni direktor ili nije, odnosno da li je imao svojstvo odgovorne osobe i da li to proizlazi iz normativnih akata ili iz ovlasti koje je faktički imao. Kako je u izreci pobijane presude izričito navedeno da je bio komercijalni direktor, sud prvog stupnja to je trebao ili nedvojbeno utvrditi ili izmijeniti činjenični opis s ciljem konstatiranja faktičkog obavljanja rukovodećih komercijalnih poslova, ako bi to odgovaralo utvrđenom činjeničnom stanju.”*

**Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske br. Ikž-419/04 od 23.03.2006. godine**

### 5.1.3. Radnja krivičnog djela

Radnja je osnovni element u pojmu krivičnog djela. Radnjom se krivično djelo izvršava, odnosno radnjom se učestvuje u krivičnom djelu kao saizvršilac, podstrekač ili pomagač. Ona predstavlja viši rodni pojam, element iz kojeg proizlaze svi ostali objektivno-subjektivni elementi svakog krivičnog djela, pa tako i predmetnog. Radnjom u krivičnom pravnom smislu smatramo samo onu djelatnost koja se hoće, dakle voljnu djelatnost učinioca. Prema tome, radnju u krivičnom pravnom smislu shvatamo objektivno-

subjektivno.<sup>71</sup> U zakonskim opisima ovog krivičnog djela u našim krivičnim zakonima proizlazi da se radnja ovog krivičnog djela manifestuje u tri modaliteta

- iskorištavanje službenog položaja ili ovlaštenja;
- prekoračenje granica službenog ovlaštenja;
- nevršenje službene dužnosti.

#### 5.1.3.1. Iskorištavanje službenog položaja ili ovlaštenja

Iskorištavanje službenog položaja ili ovlaštenja postoji kada službena osoba preuzima radnje koje su formalno u granicama njenog ovlaštenja, ali su one protivpravne u materijalnom smislu, jer su suprotne interesima i zadacima službe. U svom postupanju učinilac interese i ciljeve službe zanemaruje i zamjenjuje ih svojim ili interesima neke druge osobe<sup>72</sup>

U ovakvoj situaciji, iako osoba djeluje u okviru svoje službene dužnosti, ona istu zloupotrebljava. Službena osoba ugovornog organa ne vodi se interesom institucije, preduzeća ili organa kojeg predstavlja (da za isto učini uštede ili pribavi robu ili uslugu u interesu organa ili javnog posla), već se vodi interesom da određena pravna osoba s kojom je obično interesno povezana, dobije određeni ugovor javne nabavke, i to u pravilu one prirode i elemenata tog ugovora koje toj osobi pribavljaju veću korist od uobičajene (tržišne) na štetu ugovornog organa.

Dakako, prilikom provođenja u djelo ovog kriminalnog dogovora, provedena je sva formalna procedura i upravo ta “formalnost” predstavlja oblik iskorištavanja položaja koje ne čini povredu propisa, ali je unutar sebe, u svojoj srži, u materijalnom pravnom smislu protivpravno jer nanosi štetu interesima službe i time štetu organu, instituciji, dok u isto vrijeme drugome pribavlja materijalnu korist. U tom kontekstu, u provođenju javne nabavke, iskorištavanje (službenog) položaja mogla bi predstavljati radnja donošenja odluke o izabranom ponuđaču od strane rukovodioca ugovornog organa kao i prijedlog izbora najpovoljnijeg ponuđača kojeg sačinjava i donosi komisija za JN, pri čemu komisija za javne nabavke i rukovodilac organa ne izlaze iz okvira svoje stvarne i funkcionalne nadležnosti određene zakonom.

<sup>71</sup> Srzentić, N.; Stajić, A.; Lazarević, LJ.; *Krivično pravo Jugoslavije, Opšti deo*; Savremena administracija; Beograd; 1998.; str. 141

<sup>72</sup> Babić, M.; Marković, I.; *op. cit.*, str. 248

**Sudska praksa (iskorištavanje položaja ili ovlaštenja):**

“Budući da je u toku postupka utvrđeno da je optuženi M.M. kao direktor hrvatske filijale S S Marketing, Engineering and Computer production Gmbh, Linz, Republika Austrija, bio ovlašten da u ime kupaca koje bi on pronašao vrši narudžbe robe u navedenoj firmi za te kupce, te da je na osnovu tih njegovih narudžbi skladište vršilo isporuku robe kupcima kojima su uz robu dostavljeni i računi, te da je, i u konkretnom slučaju pri naručivanju i isporuci robe za preduzeće Millenium, optuženi M.M. **formalno postupao u okviru takvih svojih ovlaštenja, a da konkretne radnje nije poduzeo u interesu službe koju je obavljao nego u sopstvenom interesu**, tj. kako bi na opisani način sebi pribavio imovinsku korist, ovaj sud nalazi da je optuženi M.M. na utvrđeni način iskoristio svoja službena ovlaštenja.”

**Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 070-0-Kžk-06-000023 od 23.5.2007. godine**

“Ministar osuđen za k. djelo zlouporabe položaja i ovlasti jer je odvjetniku isplatio 500.000,00 kuna za predmetnu studiju. Utvrđeno da ista nije bila potrebna Ministarstvu jer su problemi iz te sfere već bili riješeni. Radilo se o studiji od 19 stranica, od čega se samo pet stranica odnosilo na temu, a od toga su četiri doslovno prepisane iz novinarskog članka iz 2001., koji je dostupan na internetu. Sve ostalo je uvod, sadržaj, zaključak, literatura i dr. Novinar čiji je članak odvjetnik prepisao, izjavio je kako je od agencije za koju je radio dobio oko 50 kuna. Prema podacima Hrvatske pravne revije studija bi vrijedila pet tisuća kuna” - preuzeto iz analize USKOK-a.

“Sve navedeno po ocjeni suda ukazuje da je optužena T.M. iskoristila svoju dužnost direktorice u preduzeću ‘Lovres’ Tomislavgrad na taj način što je, iako preduzeće nije objavila iz sudskog registra, prestala sa obavljanjem špediterske djelatnosti u okviru tog preduzeća i obavljanja platnog prometa preko računa tog preduzeća, iako je preduzeće imalo obavezu da Carinskoj upravi Federacije BiH izvrši povrat iznosa od 3.145,700 KM, kao i da je optužena to učinila kako bi pribavila imovinsku korist preduzeću ‘Lovres’ Tomislavgrad sprečavanjem umanjenja njegove imovine, do kojeg bi došlo isplatom navedenog iznosa Carinskoj upravi Federacije BiH, te da je, na taj način, optužena onemogućila Carinsku upravu Federacije BiH da ostvari pravo na povrat tih sredstava.”

**Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 070-0-Kžk-06-000013 od 25.5.2009. godine**

“Međutim, kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. KZ-a karakterizira samo ono iskorištavanje službenih ovlasti koje je poduzeto očito za druge ciljeve, a ne za one dopuštene koji odgovaraju zadacima službe. Zbog toga se uzima da svako iskorištavanje položaja ili ovlasti, prekoračenja granica ovlasti ili neobavljanja dužnosti ne znači ujedno i zlouporabu položaja i ovlasti u smislu ovog kaznenog djela.”

**Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske br. Ikž-204/00 od 26.6.2002. godine**

“U konkretnom slučaju radi se o iskorištavanju službenog položaja optuženog poduzimanjem radnji raspolaganja sredstvima budžeta općine koji su formalno u granicama njegovih ovlasti, ali su u materijalnom smislu protupravne i suprotne interesima i zadacima službe, budući da je optuženi ove interese podredio pribavljanju drugom – DJL Z. iz Cazina i raznim sportskim organizacijama protupravne imovinske koristi a na štetu budžeta Općine Cazin.”

**Presuda Kantonalnog suda u Bihaću br. K-67/03 od 16.7.2004. godine**

“Zaključno treba reći da, iako su pojedini postupci opt. I.O., kao gradonačelnika grada P., formalno bili u suprotnosti s odredbama Uredbe i Zakona o nabavi robe, usluga i ustupanju radova, to još ne znači i da se radi o zlouporabi njegova položaja i ovlasti u smislu kaznenog djela iz čl. 337. KZ-a. Naime, svako iskorištavanje položaja i ovlasti od strane službene ili odgovorne osobe, upravo da ono i postoji, samo za sebe još ne mora nužno predstavljati učin ovog kaznenog djela, već eventualno kakvu povredu za koju postoji stegovna, prekršajna ili druga odgovornost, a ne i nužno, u svakom slučaju, kaznena odgovornost.”

**Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske br. Ikž-1049/03 od 14.4.2005. godine**

**5.1.3.2. Prekoračenje granica službenog položaja ili ovlaštenja**

Prekoračenje granica službenog položaja ili ovlaštenja jeste drugi oblik radnje predmetnog krivičnog djela. Ono postoji kada službena ili odgovorna osoba prekorači granice svog stvarnog ovlaštenja, odnosno svoje stvarne nadležnosti. Učinitelj djela u ovoj situaciji prelazi granice svojih službenih ovlaštenja, s obzirom da preduzima službenu radnju koja pripada nadležnosti druge službene osobe ili pripada potpuno drugoj službi. Djelo će postojati i kada službena osoba postupa bez prethodnog odobrenja ili saglasnosti druge službene osobe, a koja je u datom slučaju bila neophodna. Za postojanje ovog vida zlouporabe potrebno je utvrditi granice ovlaštenja službene osobe, za što su mjerodavni

propisi koji se odnose na tu službu.<sup>73</sup> Moraju se dovesti u vezu odredbe Zakona u pogledu ovlaštenja komisije i drugih organa u provođenju javne nabavke sa odredbama internih propisa ugovornog organa kako bi se utvrdio okvir i podjela stvarnih i funkcionalnih nadležnosti u provođenju javne nabavke.

Osnovna premisa koja se mora utvrditi u procesu utvrđenja da li je određena osoba prekoračila data ovlaštenja, jeste jasno utvrđen krug njenih ovlaštenja. To proizlazi iz propisa kojima su ista utvrđena (interni propisi organa ili osoba, rješenje o postavljenjima, ugovori o radu i dr. – odluka o imenovanju komisije za JN i sl.), u kojima se jasno vidi djelokrug prava i obaveza osoba. Uvažavajući drugo navedeno pravno shvatanje o konceptu ovog oblika radnje, koje je mnogo prihvaćenije u teoriji i praksi, vrši se utvrđivanje da li faktička radnja osobe u konkretnom slučaju prelazi granice njenog ovlaštenja i time uz ostale objektivno-subjektivne elemente postaje predmetno krivično djelo.

Treba napomenuti da svako prekoračenje ovlaštenja ne mora biti krivičnopravno relevantno, već može imati disciplinske ili prekršajne reperkusije, posebno u vezi sa prekršajnim odredbama Zakona. Tek onda kada se uz taj oblik radnje ostvare i ostali elementi ovog djela, može se eventualno govoriti o ostvarenju svih njegovih obilježja iz zakona.

Imajući u vidu funkcionalnu nadležnost komisije za javne nabavke iz čl. 13. Zakona o javnim nabavkama BiH, prekoračenje položaja ili ovlaštenja bi bilo u slučajevima kada rukovodilac ugovornog organa preuzima na sebe ingerencije komisije za javne nabavke u smislu tog zakona, a koje preuzimanje može poslužiti i za lakše dokazivanje direktnog umišljaja (namjera postupanja u korist određenog ponuđača).

<sup>73</sup> Babić, M.; Marković, I.; *op.cit.* str. 249

### Sudska praksa (prekoračenje granica službenog ovlaštenja):

*“Nadalje, imajući u vidu ranije navedena ovlaštenja optuženog O.E. kao direktora Rudnika ‘Šikulje’ u Lukavcu, te utvrđenu činjenicu da su Rudnici ‘Kreka’ u Tuzli, u čijem sastavu posluje i Rudnik ‘Šikulje’ Lukavac, u 2004. godini proveli tender radi izbora najpovoljnijeg ponuđača za angažovanje opreme za izvođenje rudarskih i drugih radova, nakon kojeg su sa d.o.o. ‘Junuzović Kopex’ zaključili ugovor o povremenom angažovanju opreme – buldožer CAT D6 a sa d.o.o. ‘Musić Gradnja’ Gornje Dubrave za angažovanje opreme – buldožer CAT D8, ovaj sud nalazi da je optuženi O.E., dogovorivši sa optuženim Junuzović Amirom kao direktorom d.o.o. ‘Junuzović Kopex’ da radove na Rudniku ‘Šikulje Lukavac’ d.o.o. ‘Junuzović Kopex’ obavlja i sa buldožerom CAT D8, prekoračio svoja ovlaštenja. Budući da Rudnik ‘Šikulje’ u Lukavcu posluje u sastavu d.o.o. Rudnici ‘Kreka’ u Tuzli, koji su bili zaključili ugovore sa navedenim pravnim subjektima o angažovanju tačno određene opreme za izvođenje rudarskih i drugih radova, te, budući da je optuženi O.E. bio ovlašten stvoriti obaveze za Rudnik ‘Šikulje’ u pogledu jedne vrste usluge godišnje do 10.000,00 KM, očito je da optuženi O.E. nije imao ovlaštenje da, dogovorom sa direktorom drugog pravnog subjekta o obavljanju usluga, za Rudnik ‘Šikulje’ stvara obaveze koje prelaze iznos 10.000,00 KM, kao što je bila obaveza koja je nastala predmetnim dogovorom sa optuženim J.A.”*

**Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 001884 11 Kžk od 11.10.2011. godine**

*“Za ocjenu pitanja da li su optuženi J.M., kao predsjednik Vlade Kantona, i D.M., kao ministar unutarnjih poslova Kantona, prekoračili granice svojih službenih ovlaštenja i time učinili krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz člana 383. st. 3. u vezi sa st. 1. KZ-a FBiH, bitno je šta je u pogledu obavljanja njihovih dužnosti bilo normirano u odgovarajućim zakonskim propisima, a ne kako je ranije bilo praktikovano da se te dužnosti obavljaju.”*

**Pravni stav Vrhovnog suda FBiH – Presuda br. 070-0-Kž-06-000225 od 14.9.2006. godine**

*“Naime, ono što razlikuje ta dva oblika zloupotrebe jeste to što kod ‘iskorištavanja položaja’ počinitelj u obavljanju službene radnje ostaje u granicama ovlasti svoje funkcije, dok kod ‘prekoračenja granica ovlasti’ počinitelj prelazi granice svoje ovlasti i čini nešto što ne spada u njegovu ovlast. Opt. D.A. u ime Općine B. zaključuje ugovore bez prethodne suglasnosti Općinskog vijeća i time prekoračuje svoje ovlasti koje ima kao službena osoba, tj. načelnik Općine B.”*

**Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske br. Ikž-182/05 od 21.4.2005. godine**

### 5.1.3.3. Nevršenje službene dužnosti

Nevršenje službene dužnosti postoji onda kada službena osoba propusti da vrši svoju službenu dužnost, odnosno kada propušta ono činjenje na koje je obavezano svojim službenim položajem ili ovlaštenjem. Radi se o manjkavom izvršenju obaveza, propuštanju preduzimanja onih radnji koje su u interesu same službe i na čije izvršavanje je službena osoba obavezana zakonom, podzakonskim aktima, datim ovlaštenjem, pa i samim interesom službe, što znači da u određenim situacijama ne mora postojati formalna obaveza na činjenje da bi se radilo o propuštanju određene obaveze. Dakle, učinitelj djela propušta učiniti nešto što je inače dužan učiniti, što spada u njegovu kompetenciju, odbija uraditi nešto što je dužan uraditi, ne uređuje gdje bi trebao očigledno odmah intervenirati, odugovlači s preduzimanjem ili izvršenjem neke svoje službene obaveze.<sup>74</sup> Međutim, bitno je istaknuti da se ovaj modus radnje krivičnog djela može izvršiti i formalnim činjenjem. To je slučaj onda kada službena osoba vrši određenu dužnost, ali na takav način i s takvim motivom da se tom radnjom ne može postići željeni službeni cilj, što izjednačava taj efekt s efektom klasičnog nečinjenja, pasivnog držanja.

Naprimjer, službena osoba ne donese akt koji je bila dužna donijeti ili (u drugoj situaciji kako je prethodno elaborirano) ga donese u vrijeme kada isti više ne može biti svrsishodan ili je neupotrebljiv u pravnom prometu. Dakle, nevršenje službene dužnosti postoji u onim slučajevima kada službena osoba ne izvrši službenu radnju iz okvira svog ovlaštenja koju je bila dužna da izvrši (to je formalno i nematerijalno vršenje službene dužnosti) ili kada tu radnju izvršava na takav način da se ne može postići cilj koji se upravo njenim preduzimanjem i trebao ostvariti (tada postoji formalno vršenje, a materijalno nevršenje službene dužnosti).<sup>75</sup>

Kao što vidimo, radnja krivičnog djela u ovom posljednjem obliku pronalazi svoju treću dimenziju u vidu propuštanja dužnog činjenja ili formalnog činjenja ali materijalnog nečinjenja, čime se, polazeći od radnje kao osnovnog elementa, oslikava kompleksnost predmetnog djela, jer su upravo ovdje mogući svi oblici radnje u krivičnom pravnom smislu. To znači da ovo krivično djelo predstavlja komisivno-omisivni delikt. Pojedini teoretičari kritikuju unošenje nevršenja službene dužnosti kao oblika radnje u biće ovog krivičnog djela, jer smatraju da je odredbama iz općeg djela krivičnog zakona, gdje je nečinjenje

<sup>74</sup> Bačić, F.; Šeparović, Z.; *Krivično pravo, posebni dio*; peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Informator; Zagreb; 1997.; str. 369

<sup>75</sup> Stojanović, Z.; *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*; Službeni list SRJ; Beograd; 1997.; str. 232

izjednačeno s činjenjem, taj aspekt pokriven, pa je stoga alternativno postavljanje ovog oblika radnje u zakonsko biće nepotrebno.<sup>76</sup>

U praksi javnih nabavki, nepostupanje rukovodioca ugovornog organa prema instrukcijama URŽ-a bi, uz dodatne elemente, moglo predstavljati ovaj modus izvršenja krivičnog djela. Naprimjer, utvrdi se povreda procedure javne nabavke na štetu jednog ili više ponuđača i naloži poništenje već zaključenog ugovora o javnoj nabavci, ali rukovodilac ne postupi po tom nalogu, što, kako je navedeno, uz dodatne elemente može predstavljati ovaj oblik radnje izvršenja.

#### Sudska praksa (nevršenje službene dužnosti):

*“S obzirom na to, ispravno pobijana presuda zaključuje da optuženi kao generalni direktor Rudnika nije preuzeo nikakvu radnju u cilju osporavanja osnovanosti tužbenog zahtjeva i isplate novčanih sredstava dosuđenih tužiteljici M.K. na ime naknade štete, zbog čega kao odgovorna osoba nije obnašao službenu dužnost, pa je na taj način pribavio drugom imovinsku korist od preko 50.000 KM. Prema tome, isključene su tvrdnje žalbe da optuženi kao punomoćnik tužiteljice nije bio dužan osporiti tužbeni zahtjev i isplatu sredstava na ime naknade štete, suprotno tvrdnjama žalbe optuženi je kao generalni direktor bio dužan da štiti interese preduzeća i spriječi nastupanje štete po imovinu preduzeća, jer mu te obaveze proizlaze iz zakona i akata preduzeća, kojih obaveza nije oslobođen u konkretnom slučaju kada se pojavljuje u ulozi punomoćnika svoje majke, pa pobijana presuda nije pogriješila kada je utvrdila da je optuženi sa umišljajem omogućio M.K. da pribavi protivpravnu imovinsku korist, jer kao odgovorna osoba nije vršio svoju službenu dužnost.”*

*Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 070-0-Kž-00055 od 7.6.2006. godine*

<sup>76</sup> “Krivično djelo je učinjeno nečinjenjem kad je učinitelj koji je pravno obavezan spriječiti nastupanje zakonom opisane posljedice krivičnog djela to propustio učiniti, a takvo je propuštanje po djelovanju i značenju jednako učinjenju tog krivičnog djela činjenjem”, član 22. stav 2. KZ-a FBiH.

*“Pravilno je prvostupanjski sud zaključio da je obavljanjem transakcija bez nazočnosti i dispozicije ovlaštenika i njegove dispozicije da se transakcije obave na način kako su opisane u izreci presude propustio obaviti službenu dužnost i te transakcije obavio bez znanja i protivno volji vlasnika računa, odnosno njegovog punomoćnika, čime je ostvario obilježje kaznenog djela iz čl. 337. KZ-a zloupotrebom položaja i ovlasti neobavljanjem dužnosti, pri čemu je pribavljena imovinska korist i to u iznosu preko 30.000 kn, dakle znatna imovinska korist, a iz utvrđenih činjenica i okolnosti pouzdano je utvrđeno da je optuženik tako postupao s ciljem pribavljanja upravo takve koristi.”*

**Presuda Vrhovnog suda RH br. Ikž-292/04 od 20.12.2006. godine**

#### 5.1.4. Posljedica

Posljedica ovog krivičnog djela u suštinskom smislu, iako to nije eksplicitno navedeno u krivičnim zakonima ali se očituje pravilnim tumačenjem odredaba, odnosnih djelova, kao i samih zakonskih glava unutar koje se isto nalazi, jeste ugrožavanje službene dužnosti. Dakle, polazi se od službene dužnosti kao zaštitnog objekta, pa je ostvarenje ovog kao i drugih djela iz iste glave, prevashodno ugrožavanje službene dužnosti, u našem slučaju interesa službe i općenito interesa ugovornog organa kao i interesa javnog posla (usluge ili robe) kojeg provodi javna institucija ili organ. Ovo je posebno bitno odmah na početku istaknuti, jer se nerijetko pogrešno shvatanje upravo ovog elementa djela pokazuje kao često nepremostiva prepreka u dokazivanju istog. Naime, u praksi naših sudova se nerijetko insistira na materijalizovanju posljedice kao elementa i dokazivanju nastale štete tamo gdje ista možda nije potrebna da bi djelo bilo dovršeno. Naime, često se u sudskoj praksi nailazi na stav da se kod posljedice ovog djela tamo gdje se ona očituje kao korist mora uvijek dokazati i šteta u vidu umanjenja imovine oštećene osobe ovim djelom.

Smatramo da je ovaj stav pogrešan, jer zaštitni objekt ovog krivičnog djela nije imovina već službena dužnost, dok umanjenje imovine može biti oblik posljedice u vidu nastale štete, što je i alternativno i postavljeno u opisu ovog djela. Međutim, kod nastupanja posljedice u vidu pribavljene koristi nastala šteta nije i ne mora biti element ovog krivičnog djela (što ne znači da pored pribavljanja koristi ne može i nastati šteta nekome, čak je to obično i pravilo), pa stoga navedeno shvatanje u praksi uveliko otežava dokazivanje ovog krivičnog djela, tačnije posljedice istog.

Posljedica ovog krivičnog djela se pojavljuje u slijedećim alternativno postavljenim oblicima:

- a) pribavljanje sebi ili drugom kakve koristi;
- b) nanošenje drugom kakve štete;
- c) teža povreda prava drugog.

Kao što se vidi u samim tekstovima naših krivičnih zakona, posljedica ovog krivičnog djela je postavljena alternativno, što znači da se može ostvariti svaka od navedenih radnji ponaosob, ali isto tako mogu biti kombinovana dva ili čak sva tri oblika zajedno, prema istom ili različitim aktivnim ili pasivnim subjektima. Posljedica u navedenim oblicima predstavlja bitan element ovog krivičnog djela, što znači da je zloupotreba položaja ili ovlaštenja materijalno krivično djelo koje je dovršeno ostvarenjem jednog od navedenih oblika posljedice.

**a) Pribavljanje koristi sebi ili drugom** predstavlja prvonavedeni oblik posljedice ovog krivičnog djela, a ujedno i najčešći motiv izvršenja ovog krivičnog djela koji ga čini jednim od djela iz korpusa koruptivnih krivičnih djela, jer kako smo naveli na početku, korupcija predstavlja zloupotrebu javnog u svrhu privatnog. Upravo se o tome radi kada se jedna javna pozicija zloupotrebljava kako bi se sebi ili drugom pribavila korist. Najbitnim se ovdje pokazuju pitanja pravilnog tumačenja pojma koristi, ili, da budemo precizni, kako je to zakonodavac naveo, “*kakve*” ili “*neku*” “*korist/i*”. Logičkim i gramatičkim tumačenjem posljedice krivičnog djela, gdje se kao prvi oblik posljedice navodi pojam “*korist*”, ukazuje se na to da se isti mora ekstenzivno tumačiti. Često se u dispozitive presude ili optužnice uvodi termin *protivpravna*, iako ovaj atribut pojmu korist ne stoji u zakonskom tekstu, odnosno kao posljedica nije definisana *protivpravna korist*, već samo *korist*.

Pojam koristi treba shvatiti šire od imovinske koristi. Osim imovinske, to može biti i neka nematerijalna korist. Pod pojmom koristi u smislu ovog krivičnog djela u sudskoj praksi se smatra “*bilo kakva korist, kako imovinska, tako i neimovinske prirode, kojom se stvara povoljniji položaj za određenu osobu u bilo kojoj sferi društvenog života*” (presuda Osnovnog suda u Beogradu br. **KŽ 2013/91**).<sup>77</sup> Korist, dakle, treba shvatati kao širi pojam, što znači da se ona ima definisati na način kako je to određeno u građanskom pravu. Ta korist može biti imovinska i neimovinska. Imovinska korist predstavlja uvećavanje svoje ili tuđe imovine, što ima svoj novčani ekvivalent, tj. može se izraziti u novčanom iznosu (pribavljanje novca, nekretnina, pokretnina i sl.). Imovinska korist se može očitovati u

<sup>77</sup> Stojanović, Z.; Perić, O.; *Krivično pravo, posebni dio*; XIII izmijenjeno izdanje; Pravna knjiga; Beograd; 2009.; str. 313

uvećanju aktive (povećanje obima imovine kroz pribavljanje novca, posjeda pokretnih stvari i sl.) ili umanjenu postojeće pasive (smanjenje duga, potraživanja), što sve ukupno čini korist u imovinskom smislu i posve se može materijalizovati.

Neimovinska korist se ne može materijalizovati na način kao kod imovinske koristi, ali predstavlja takav oblik koristi sebi ili drugome gdje se stiče određeno pravo (razni oblici dozvola, usluga i sl.) koji često nemaju materijalnu vanjsku manifestaciju, ali su prožeti s raznim oblicima imovinske koristi, i predstavljaju drugi oblik tog šireg pojma.

Pravilno poimanje neimovinske koristi je također bitno, jer se u praksi često javlja oblik zloupotrebe položaja kojim se nekome pribavlja korist u vidu zaposlenja, dobijene dozvole, stečenog prava ili niza drugih oblika favorizovanja ili stavljanja u povlašteni položaj, bez da je nužno time direktno nekome uvećana imovina.

Ovo je posebno bitno pravilno razumijevati kako bi se lakše dokazivao ovaj oblik posljedice kada se nekome pribavlja neimovinska korist. I ovdje, nerijetko se u praksi nailazi na, po nama, pogrešno praktično pitanje *“kolika je ta korist ili ima li šteta za drugog”* jer se ovaj vid koristi za razliku od imovinske ne može precizno novčano ili materijalno odrediti, što i nije zakonodavna intencija. Korist se može ostvariti za sebe ili drugog. Pod pojmom drugog misli se na svako drugo pravno ili fizičko lice; korist može biti ostvarena za preduzeće, ustanovu ili organ u kojem službena ili odgovorna osoba radi, za sebe ili drugu fizičku ili pravnu osobu.

Imajući u vidu prednje, smatramo da **zaključen ugovor o javnoj nabavci**, uz prethodno ostvarena sva obilježja predmetnog krivičnog djela (radnju, umišljaj, postupanje protivno interesima službe i dr.) **sam po sebi predstavlja korist i time ostvaren oblik**, dok bi pitanje razlike stvarne vrijednosti roba ili usluga (fiktivno uvećanje vrijednosti na štetu ugovornog organa) moglo predstavljati kvalifikatornu okolnost i time teži oblik ovog krivičnog djela.

#### **b) Nanošenje drugom kakve štete**

**Šteta kao posljedica ovog krivičnog djela također se ima tumačiti ekstenzivnije, u smislu i na način kako je ista definisana etiološki i fenomenološki u građanskom pravu, uz uvažavanje okolnosti svakog konkretnog slučaja. Šteta može biti materijalne i nematerijalne prirode.** Šteta je umanjene nečije imovine (stvarna šteta - *lat. damnum*

*emergens*) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla dobit - *lat. lucrum cessans*), kao i nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha drugoj osobi (nematerijalna šteta).<sup>78</sup>

Zato će šteta postojati i ne samo u slučajevima kad učinitelj direktno zahvata imovinu pravnog lica koje mu je povjereno, npr. prebacuje novac s bankovnog računa te osobe na svoj, nego i kod svih rasipanja imovine kojima je svojstveno da za izvršeni čin nije dobijen ekvivalent, npr. ako učinitelj plati robu ili uslugu koju njegovo pravno lice nije primilo **ili je plati po višoj cijeni** ili je proda po nižoj cijeni od tržišne ili odobri kredit osobi za koju zna da je platno nesposobna ili koristi strojeve i radnu snagu pravnog lica za privatne svrhe, itd.<sup>79</sup>

**c) Teža povreda prava drugog** predstavlja treći i posljednji oblik posljedice ovog krivičnog djela. Isti se mora posmatrati šire kao element štete, shodno pravilima i načinu definisanja u drugim oblastima prava. Radi se posljedici apstraktne i konkretne povrede prava drugog kada se povredom službene dužnosti (jednom od tri alternativne radnje) vrši povreda, umanjene ili negacija prava drugog kojem ono po pozitivnopravnim propisima inače pripada.

Riječ je o onim situacijama kada se, naprimjer, favorizovanjem pojedinca i davanjem prava njemu istovremeno uskraćuje pravo ili umanjuje drugom (zloupotreba diskrecionog prava), pa su to najčešće povreda prava ostvarivanja niza drugih prava (prava na rad, imovinu, sticanje vlasničkih i drugih prava).

Analiza sudske prakse u BiH pokazuje da je pitanje posljedice veoma bitno. Često se zaboravlja da je zaštitni objekt kod ovog krivičnog djela službena dužnost i da se

<sup>78</sup> Pored razlikovanja materijalne i nematerijalne štete, pravna teorija poznaje slijedeće vrste štete: s obzirom na vremensko trajanje: a) postojeća šteta – kada je šteta uzrokovana i posljedica je već nastala; b) buduća šteta – kada je uzrokovanje nastupilo, ali posljedica još nije nastala ili kontinuirano traje; c) eventualna šteta – kada je uzrokovanje nastupilo, ali je nastupanje štetne posljedice neizvjesno ili do nje ne mora doći; s obzirom na način svog postanka: a) direktna ili neposredna šteta – kao posljedica štetnog događaja; b) indirektna i posredna šteta – kao posredna posljedica štetnog događaja; c) simultana šteta – do koje dolazi kada se jednim štetnim događajem uzrokuje više šteta raznim oštećenima; – s obzirom na način njezinog utvrđenja i dokazivanja: a) konkretna šteta jer se njezin opseg i postojanje mogu utvrditi; b) apstraktna šteta kada se njezino postojanje pretpostavlja; – s obzirom na predvidivost njezinog nastupanja: a) predvidiva šteta – kada je u vrijeme poduzimanja radnje nastupanje štete bilo predvidivo, b) nepredvidiva šteta – kada se u vrijeme poduzimanja radnje nastupanje štete nije moglo predvidjeti; – s obzirom na opseg: a) pozitivna šteta – koja obuhvaća faktično efektivno smanjenje postojeće oštećenikove imovine, b) negativna šteta – koja se ne odnosi na neko faktično smanjenje postojeće imovine oštećenika nego na onemogućavanje po redovitom tijeku stvari očekivanog postizanja neke materijalne koristi na strani oštećenika koju bi on i postigao da u tome nije bio spriječen nastupom štetnog događaja. Cit. prema Marković N., *Odgovornost za štetu*, www.tszg.hr.

<sup>79</sup> Novoselec, P.; *op.cit.* str. 59



povreda pravnog dobra ogleđa u povredi ili ugrožavanju autoriteta i pravilnog vršenja službene dužnosti, a ne u šteti nanesejoj imovini neke osobe (pravnog lica čiju službenu dužnost učinilac vrši ili drugog lica kojem se radnjom djela može pričiniti šteta). Bitno je razumjeti da je posljedica u trodiobnom obliku postavljena alternativno (*pribavljanje koristi, šteta, povreda prava drugog*), što znači da je uz radnju izvršenja (i ostale nužne objektivno-subjektivne elemente, svojstvo izvršioca, krivica itd.) ostvarenjem samo jedne od navedenih posljedica djelo dovršeno. Isto tako, preduzimanjem radnje izvršenja može biti ostvarena samo jedna posljedica, više njih, svaka od posljedica, ili međusobne kombinacije. Stoga, u svakom djelu zlouporabe položaja ili ovlaštenja ne mora nastati šteta, kako to često sudska praksa zahtijeva.

Često se insistira i traži od tužilaštva na kojem je teret dokazivanja da u svakom predmetu zlouporabe položaja ili ovlaštenja dokaže štetu nastalu za oštećenog u tom krivičnom predmetu, što po našem mišljenju predstavlja pogrešnu praksu, kada se uzme u obzir sve gore navedeno.

Dakle, bitno je ponovo istaknuti da u svakom predmetu zlouporabe položaja ili ovlaštenja i postupku utvrđenja posljedice ovog djela u javnim nabavkama, treba prvenstveno krenuti od službene dužnosti kao zaštitnog objekta – interesa ugovornog organa i planirane nabavke usluge ili robe. Svakako, službena dužnost nije jedini zaštitni objekt, s obzirom da se učinjenjem djela vrši i povreda imovine drugog (nanošenjem štete ili povredom prava), ali treba imati na umu da imovina pravnog lica ili drugog lica nije primarni zaštitni objekt. Stoga se kroz ovu prizmu mora pravilno sagledavati i poimati posljedica ovog krivičnog djela onako kako je ona *ex lege* određena, što je za praksu sudova u BiH od velikog značaja u pravilnoj primjeni odredaba domaćih krivičnih zakona u pogledu ovog krivičnog djela.

Stav iz jedne presude Vrhovnog suda R Hrvatske jako precizno ukazuje na tu suštinu, i može pomoći u pravilnom razumijevanju navedenog, kako slijedi: *“Naime, prvostupanjski sud smatra da je u takvim slučajevima (kada kazneno djelo iz čl. 337. KZ-a čine odgovorne osobe) zaštitni objekt imovina pravne osobe u kojoj počinitelj ima svojstvo odgovorne osobe. To je samo djelomično točno, s obzirom na to da je ovo kazneno djelo iz glave XXV KZ-a kazneno djelo protiv službene dužnosti, pa se njime štiti službena dužnost, iako u tom kaznenom djelu postoje i elementi svojstveni imovinskim kaznenim djelima, koji se isprepleću s elementima kaznenih djela protiv službene dužnosti, no ti imovinski elementi nisu dominantni i ovo kazneno djelo ostaje kazneno djelo kojim se štiti službena dužnost kao pravno dobro. Kada su počinitelji kaznenih djela ovlaštene osobe u trgovačkim društvima, predmet zaštite je službena dužnost u vođenju poslova društva, kako u užem, tako i u širem smislu, dakle vođenje poslovne politike i uopće upravljanje društvom.”*<sup>80</sup> U

80 Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske br. I-Kž-712/03 od 15.11.2006.

ovom pravcu, zanimljiv je i zaključak sa jednog savjetovanja krivičnih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ iz aprila 1984. godine, po pitanju posljedice zlouporabe službenog položaja iz člana 174. KZ-a SFRJ, a on glasi: ***“Posljedica krivičnog djela iz člana 174. KZ-a SFRJ je šteta na oba zaštitna objekta i da bi postojalo svršeno krivično djelo ova štetna posljedica mora nastupiti na oba zaštitna objekta. Kod prvog zaštitnog objekta ta posljedica se sastoji u remećenju, odnosno ugrožavanju pravilnog i zakonitog funkcionisanja određene službe, kod drugog, u šteti koja nastaje na imovini usljed pribavljanja protivpravne imovinske koristi, s tim što je ova štetna posljedica u korelaciji s pribavljenom imovinskom korišću. Učinilac krivičnog djela hoće obe posljedice.”***<sup>81</sup>

### Sudska praksa (posljedica):

*“Nadalje, kad je riječ o imovinskoj koristi, ovo vijeće naglašava da je kod razmatranja pitanja da li je u izreci presude bilo nužno precizirati iznos pribavljene imovinske koristi, da bi ista bila razumljiva, te da li se, s obzirom na 102,70 KM procijenjene vrijednosti imovinske koristi koju je K.P. mogao pribaviti, u konkretnom slučaju može govoriti o beznačajnom djelu, potrebno imati u vidu šta predstavlja zaštitni objekt predmetnog krivičnog djela. Iako krivično djelo za koje se optuženi tereti, može biti usmjereno na ugrožavanje različitih individualnih vrijednosti, iz same prirode i smisla djela proizlazi da primarni objekat zaštite predstavlja zakonito, savjesno i pravilno vršenje službene dužnosti i ovlaštenja.*

*Intencija zakonodavca je bila obavezati službene osobe na savjesno vršenje njihove službene dužnosti, te se stoga ni ocjena da li se radi o beznačajnom djelu ne može, kako to braniteljica žalbom ističe, temeljiti na procjeni imovinske koristi koja je pribavljena sebi ili drugom, nego da li je i u kojoj mjeri službena ili odgovorna osoba zlouporijebila svoj položaj ili ovlaštenje. Dakle, s obzirom da se ne radi o krivičnom djelu koje kao primarni zaštitni objekat ima imovinu, visina ostvarene ili moguće imovinske koristi nije kriterij koji bi bio rukovodeći za sud prilikom ocjene da li je riječ o beznačajnom djelu.*

*Nadalje, po ocjeni ovog vijeća, propuštanjem preciznog navođenja iznosa imovinske koristi u izreci presude, posebno ako se ima u vidu da je riječ o pokušaju njenog pribavljanja, jer je K.P. zaustavljen i nije uspio prodajom poriluka ostvariti bilo kakvu imovinsku korist, nije počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka, jer navedena okolnost izreku pobijane presude ne čini nerazumljivom, te su istaknuti prigovori braniteljice optuženog ocijenjeni neosnovanim.”*

**Presuda Suda BiH br. S1 2 K 002702 11 Kžž od 16.11.2011. godine**

81 Zaključak br. 1/84 sa savjetovanja krivičnih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ, 20. april 1984. godine

“Kazneno djelo se ima smatrati dovršenim kad je nekom od navedenih radnji počinitelj sebi ili drugom pribavio korist, kad je drugom nanesena šteta ili kad su teže povrijeđena prava drugog.”

**Presuda Općinskog suda u Ljubuškom br. K89/05 od 28.9.2006. godine**

“Dana 21.4.2010. godine, na graničnom prelazu Gabela Polje II, radeći u svojstvu ovlaštene službene osobe Granične policije BiH, po radnom nalogu broj: 2818/10, vršeći poslove nadzora i kontrole prelaska državne granice između BiH i R Hrvatske, nije izvršio svoju službenu dužnost i to tako što je na navedenom graničnom prelazu u 05:00 sati propustio K.P. iz Opuzena, R Hrvatske, koji je u svom vozilu marke ‘VW Vento’ reg. br. DU 374 BN prevezio 382 kg poriluka, iako je granični prelaz Gabela Polje II, granični prelaz namijenjen samo za prelazak osoba koje imaju prebivalište u pograničnom pojasu i na kojem nije dozvoljen robni promet, na koji način je omogućio ulazak robe bez dokumentacije o porijeklu iste sa područja R Hrvatske u BiH, sve u namjeri da K.P. pribavi imovinsku korist koju bi ovaj ostvario preprodajom ove robe na pijaci u Čapljini, a nakon čega je K.P. u neposrednoj blizini ovog graničnog prelaza zaustavljen i kontrolisan od strane ovlaštenih službenih osoba JGP Doljani.

Dakle, kao ovlaštena službena osoba u institucijama BiH, ne izvršivši svoju službenu dužnost, drugom pokušao pribaviti imovinsku korist, čime je počinio krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 220. st. 1. KZ-a BiH, u vezi sa članom 26. KZ-a BiH.”

**Presuda Suda BiH br. S1 2 K 002702 11 Kžk od 14.7.2011. godine**

“Optuženi je dakle zloupotrebio svoj položaj poslovođe prodavnice kao odgovorne osobe u organizaciji udruženog rada u nameri pribavljanja za sebe imovinske koristi, ali tu korist nije pribavio pa njegova protivpravna delatnost predstavlja pokušaj krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja iz čl. 242. st. 3. u vezi st. 1. KZ-a RS-a.”

**Presuda Vrhovnog suda Srbije broj Kž. I 500/88 od 2.9.1988. godine**

“U konkretnom slučaju optuženi su u nameri da sebi pribave protivpravnu imovinsku korist zloupotrebili svoje službene položaje, ali tu korist po stanovištu Vrhovnog suda nisu pribavili, pa tako zabranjena posledica krivičnog dela nije nastupila. Pojam pribavljanja protivpravne imovinske koristi predstavlja mogućnost i faktičkog raspologanja sa tom korišću. S obzirom da optuženi zbog prisustva organa unutrašnjih poslova nisu bili u mogućnosti da primljeni novac zadrže i da njime raspolažu, to se ne može uzeti da su imovinsku korist i pribavili u konkretnom slučaju.

Novac koji im je dat nije im predan da bi pribavili protivpravnu imovinsku korist već da bi bio obezbeđen dokaz o njihovoj nameri pribavljanja koristi zloupotrebom službenog položaja. U navedenoj situaciji moglo bi se govoriti o pribavljenoj imovinskoj koristi samo u slučaju da oduzimanje novca nije uspeo, što u datom slučaju ne stoji. Prema tome, ima se ipak uzeti da je delo ostalo u pokušaju.”

**Presuda Vrhovnog suda Srbije broj Kzp. 4/82 od 28.1.1982. godine**

### 5.1.5. Krivica

Tumačeći odredbe u našim krivičnim zakonima u vezi sa predmetnim krivičnim djelom, jasno je da se ovo krivično djelo može počiniti samo direktnim umišljajem kao oblikom krivice. Ugledni profesor Bačić navodi “Kriv je onaj učinilac koji je uračunljiv, a djelo je ostvario s umišljajem ili iz nehata, pri čemu je svjestan ili je morao biti svjestan protupravnosti svog djela”.<sup>82</sup> Krivica predstavlja kompleks subjektivnih pretpostavki da bi se jedno protivpravno djelo stavilo na teret učiniocu, a čime je intelektualna i voluntaristička komponenta, odnosno svijest i volja učinioca. Svijest učinioca mora obuhvatiti sve elemente zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Dakle, učinilac mora biti svjestan vlastitog svojstva, radnje i posljedice. Najveći broj teoretičara smatra da se ovo krivično djelo može počiniti samo umišljajem, dok rijetki smatraju da je kod ovog djela moguć i nehat kao oblik krivice. Subjektivnu stranu djela čini *direktni umišljaj*. Učinilac treba da je svjestan da iskorištava svoj službeni položaj, prekoračuje svoje ovlaštenje ili da ne vrši svoju službenu dužnost, kao i toga da na taj način pribavlja za sebe ili drugoga kakvu korist, drugom nanosi kakvu štetu ili teže povređuje prava drugog.<sup>83</sup>

Pojedini teoretičari smatraju da je moguć i direktni (*dolus directus*) i eventualni (*dolus eventualis*) umišljaj kod učinioca koji čini ovo krivično djelo.<sup>84</sup> S druge strane, pojedini

<sup>82</sup> Bačić, F.; *Krivično pravo*; Informator; Zagreb; 1980.; str. 235

<sup>83</sup> Grupa autora, *Komentari krivičnih/kaznenih zakona BiH*; op.cit. str. 722

<sup>84</sup> U tom smislu: Bačić, F.; Šeparović, Z.; op.cit. Str. 370

ističu da je u konkretnoj situaciji moguć samo direktni umišljaj kada se pođe do samog bića ovog krivičnog djela.<sup>85</sup>

Međutim, pored umišljaja (direktnog ili eventualnog) potrebna je i namjera karakteristična za ovo djelo. Namjera mora obuhvatiti kako svijest o tome da se iskorištava položaj ili ovlast, prekoračuju granice ovlasti ili ne obavlja dužnost, tako i svijest da se prouzročuje šteta.<sup>86</sup> Dakle, ovo krivično djelo odlikuje posebna namjera da se sebi ili drugom pribavi korist, drugome nanese šteta ili povrijedi pravo uz postojanje svijesti i volje da se navedeno čini jednim od modusa radnje zlopotrebe položaja ili ovlaštenja. To konkretno znači da učinilac mora biti svjestan svih onih elemenata ovog krivičnog djela koje smo prethodno prezentovali kako bi se mogao dati zaključak da je kod istog *tempore criminis* postojao umišljaj kao oblik krivice bez kojeg ovog djela nema (*nullum crimen sine culpa*).

*Eo ipso*, umišljaj učinioca mora obuhvatiti njegovo svojstvo službene ili odgovorne osobe, radnju zlopotrebe (iskorištavanje, prekoračenje, nevršenje), povredu blanketnog propisa tamo gdje je ona neophodna (zakona) i na koncu posljedicu (korist, šteta, povreda prava).

U praksi to najčešće izgleda ovako: učinilac zna (svjestan ili je morao biti svjestan) da je on službena ili odgovorna osoba kojoj je povjeren određen djelokrug poslova i poznaje (ili bi trebao poznavati) mjerodavne zakonske i podzakonske propise koji se odnose na njegovu službenu dužnost i posao, te uz to prethodno znanje iskorištava položaj ili ovlaštenje, prekoračuje ovlaštenje ili ne vrši službenu dužnost u namjeri da sebi ili drugom pribavi korist, odnosno da konkretan tenderski postupak provodi zarad interesa tačno određene pravne osobe i da u tome, u pravilu, pronalazi vlastiti interes ili korist.

Važnim se pokazuje i cijeni efekat zabluda u krivičnom pravnom smislu, koje kod konkretnog krivičnog djela mogu imati bitan učinak. Radi se o odveć poznatoj stvarnoj (*error fact*) i pravnoj zabludi (*error iuris*) iz općeg dijela krivičnog zakona. U praksi se često osumnjičeni za zlopotrebe pozivaju na nepoznavanje zakona i njegovih provedbenih propisa ili navode da su samo postupali shodno izvršenom od strane komisije za javne nabavke. U javnim nabavkama rukovodilac, pri negiraju umišljaja, često upućuje na provedenu procedure i rad komisije za JN, odnosno prebacivanjem odgovornosti na komisiju nastoji negirati vlastitu spoznaju, što otežava dokazivanje njegovog subjektivnog odnosa prema samom djelu. Najčešće, komisija samo provodi u djelo onu zamisao i plan rukovodioca ugovornog organa i već "odabranog" ponuđača, ali postojeća podjela funkcionalne

<sup>85</sup> Čejović, B.; *Krivično pravo u sudskoj praksi*; Posebni deo; III izdanje; Lion Mark; Kragujevac; 2008.; str. 945

<sup>86</sup> Novoselac, P.; *op.cit.* str. 62

nadležnosti u smislu zakona ostavlja značajan "prostor za manevrisanje" rukovodnicu ugovornog organa čija je odbrana oslikana u riječima: "Ja sam samo odabrao onog ponuđača kojeg je predložila komisija." Stoga, nužno je pravilno i potpuno krivičnopravno cijeliti i analizirati rad komisije. U vezi s ovim elementom, smatramo da se službena ili odgovorna osoba ne može pozivati na nepoznavanje propisa koje primjenjuje u svom radu (zakona), čime bi se negirao umišljaj.<sup>87</sup>

### Sudska praksa (krivica):

*"Ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi pri nabavci navedenih proizvoda i propuštanju da za izvršeni promet obračuna i plati porez na promet proizvoda, odnosno spomenutu naknadu za puteve postupao u namjeri pribavljanja sebi protivpravne imovinske koristi. Ovaj sud nalazi nespornim da je optuženi bio svjestan da takvim radnjama, odnosno propustima, iskorištava svoje ovlaštenje direktora i s obzirom na radnje koje su uslijedile nakon izvršene nabavke, ovaj sud nalazi da je on i htio da iskoristi svoja ovlaštenja direktora."*

*Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-0-Kžk-09-00006 od 14.12.2010. godine*

*"Pošto je optužena T.M. kao direktorica preduzeća L. Tomislavgrad, dakle kao odgovorna osoba, na navedeni način iskoristila svoja službena ovlaštenja svjesna da time onemogućava Carinsku upravu FBiH Carinarnicu Livno, da ostvari pravo na povrat iznosa 3.145.700,00 KM sa računa preduzeća L. Tomislavgrad i tako pribavlja preduzeću L. Tomislavgrad imovinsku korist u navedenom iznosu i pošto je ona to i htjela, a što sud zaključuje na osnovu navedenih okolnosti."*

*Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-0-Kžk-06-00013 od 25.5.2009. godine*

<sup>87</sup> "Optuženi V.K., kao **ovlaštena službena osoba Granične policije BiH, morao je imati saznanja o važećim propisima**, prema kojima na navedenom graničnom prelazu nije dozvoljen prelazak osoba koje ne pripadaju kategoriji lokalnog stanovništva, niti je dozvoljen promet robom. Dakle, i po ocjeni ovog vijeća, van razumne sumnje je dokazano da je optuženi znao da K.P. prevozi robu preko graničnog prelaza na kojem robni promet nije dozvoljen, te je propuštanjem istog da pređe preko državne granice, kako je to zaključio i drugostepeni sud, pokazao htijenje i namjeru da drugom (K.P.) pribavi određenu imovinsku korist." *Presuda suda BiH broj SI 2 K 002702 11 Kžž od 16.11.2011. godine*

*“Kako su optuženi M.M. i M.B., s obzirom na dogovor koji je postojao između njih, te svijest o ovlaštenjima optuženog M.M. i obavezi da se naručena i preuzeta kompjuterska oprema plati isporučiocu, odnosno prodavcu, bili svjesni da optuženi M.M. svojim radnjama iskorištava svoja službena ovlaštenja i time pribavlja sebi imovinsku korist, a optuženi M.B. da mu u tome pomaže, te kako su na taj način optuženom M.M. pribavili imovinsku korist u iznosu od 108.337,80 KM ovaj sud nalazi da je optuženi M.M. time ostvario obilježja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlasti iz člana 358. st. 3. u vezi sa st. 1. ranijeg KZ-a FBiH, a optuženi M.B. krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlasti iz člana 358. st. 3. u vezi sa st. 1. i u vezi sa čl. 25. ranijeg KZ-a FBiH, pa ih je za ta krivična djela i oglasio krivim.”*

**Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-0-Kžk-06-00023 od 23.5.2007. godine**

*“Pojam namjere da se drugom pribavi imovinska korist, koja mora biti nesumnjivo utvrđena i predstavlja subjektivni i jedan od bitnih elemenata krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, obrazlagan je u rješenjima ovog suda broj 118-0-Kžž-07-000002 od 6.11.2007. godine i broj: 118-0-Kžž-08-000009 od 13.11.2008. godine. Iz dijela obrazloženja pobijane presude (stranica 9 pasus 3) u kome se navodi: “Ovaj sud u ponašanju optuženog nije utvrdio namjeru da drugom pribavi imovinsku korist kada je uplatom kotizacije od 200,00 KM fudbalskom timu FP..” Dakle, bez obzira što su sve isplate donacija izvršene u novcu, po ocjeni ovog suda, a imajući sve navedene okolnosti u vidu nema ni jednog čvrstog i pouzdanog dokaza da su one usmjerene na pribavljanje imovinske koristi drugom već da davanja odobrena i upotrijebljena u namjeri podmirenja općedruštvenih i humanitarnih potreba pojedinaca, iz čega proizlazi ocjena da nije utvrđena namjera pribavljanja imovinske koristi, što je u suprotnosti sa naprijed iznesenom ocjenom pobijane presude da je izvedenim dokazima utvrđeno da optuženi nije prekoračio granice svog službenog ovlaštenja.”*

**Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 118-0-Kžž-10-000002 od 30.3.2010. godine**

*“Kako je namjera pribavljanja imovinske koristi zloupotrebom službenog položaja ili prekoračenjem granica svog službenog ovlaštenja bitno obilježje bez kojeg nema krivičnog djela iz čl. 337. st. 3. KZ-a RS-a, te kako ona kao subjektivni element krivičnog djela mora biti nesumnjivo utvrđena, jer se inkriminisano djelo može izvršiti samo direktnim umišljajem, kao oblikom vinosti, po ocjeni ovog suda nema čvrstih ni pouzdanih dokaza da je optuženi bio svjestan svog djela i da je htio njegovo izvršenje, odnosno da je postupao sa umišljajem da drugom pribavi imovinsku korist.*

*Osim toga, optuženi nije prekoračio granice službenog ovlaštenja, a što je također bitno obilježje inkriminisanog djela, s obzirom da je iz svih izvedenih dokaza utvrđeno da je upravo on bio ovlašten raspolagati sredstvima FP, kao njen direktor, i u situaciji kada u tom organu, a ni u drugim organima koji su odobraval grantove nije postojao pravilnik na osnovu kojeg bi se vršilo odobravanje takvih isplata.”*

**Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci broj 011-0-Kž-K-09-000001 od 30.10.2009. godine**

*“Nije, dakle, dovoljno da počinitelj bude svjestan elemenata kaznenog djela koje čini da hoće njegovo počinjenje, dakle da postupa s namjerom, već je potrebno da pribavljanje imovinske koristi bude njegova želja i motiv zbog kojeg uopće poduzima zabranjene radnje, jer se samo tada može govoriti da postupa s ciljem pribavljanja imovinske koristi.”*

**Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske broj Ikž-510/05 od 20.03.2007. godine**

*“Osim toga, treba imati u vidu da se kazneno djelo iz čl. 337. st. 4. KZ-a može počiniti samo izravnom namjerom.”*

**Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske broj Ikž-698/04 od 17.3.2005. godine**

### Načini saznanja za pripremanje ili postojanje krivičnog djela

Krivična djela se mogu, sa stanovišta kriminalističke taktike njihovog otkrivanja, podijeliti u dvije osnovne grupe:

- **Prva grupa** - to su ona djela čija je posljedica očigledna (naprimjer, leš mrtvog čovjeka kod ubistva ili nestanak pokretne stvari i provaljen stan kod teške krađe i sl.);
- **Druga grupa** - to su ona djela za čije postojanje se ne zna, čak niti sumnja na takvo postojanje. U ovu grupu, poput djela pronevjere, špijunaže i sl., spada i

krivično djelo **zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ili druga koruptivna krivična djela u sistemu javnih nabavki**. Teško uočavanje i saznavanje posljedice ovih djela svrstava ih u ovu zajedničku grupu, pa je s obzirom na takav specifikum, potreban i poseban kriminalistički pristup u otkrivanju istih.<sup>88</sup>

Pravovremeno doznavanje za postojanje ili pripremanje krivičnih djela treba da bude jedan od vrlo važnih organizaciono-taktičkih zadataka organa unutrašnjih poslova. Bila bi teška pogreška kada bi se operativni rad pretežno usmjerio na slučajeve iz prve grupe. Kada bi organi unutrašnjih poslova u većini slučajeva doznavali za krivično djelo od oštećenog ili svjedoka, a rjeđe ih samostalno otkrivali, s pravom bi se moglo prigovoriti da služba nije operativna i dinamična.<sup>89</sup> U pogledu javnih nabavki, jedan od zaključaka XI Stručnog savjetovanja tužilaca BiH u Neumu o procesuiranju korupcije u javnim nabavkama, jeste da se aktivnost tužilaštava i policije pomjeri u vrijeme izrade plana javnih nabavki ugovornog organa ili u vrijeme samog provođenja javne nabavke s ciljem efikasnijeg otkrivanja i dokumentovanja krivičnog djela.

Načini saznavanja za pripremanje ili postojanje krivičnog djela, pa tako i u sistemu javnih nabavki, jesu:

- **Aktivnost organa unutrašnjih poslova** - organi unutrašnjih poslova kao temeljni stub u borbi protiv svih oblika kriminaliteta moraju imati razvijenu proaktivnu kriminalističku strategiju i taktiku. Proaktivan pristup podrazumijeva da mora postojati bliska saradnja između policije i lokalne zajednice. Ovim pristupom, policija se ne bavi isključivo posljedicom, tj. ne otkriva već počinjena krivična djela, već bliskom saradnjom sa građanima šire kanale svojih informacija i time mogu prevenirati nadolazeće forme kriminaliteta već prije njihove manifestacije. Posebno je važna djelatnost organa unutrašnjih poslova u pogledu poslova i organizovanja kriminalističke informativne djelatnosti. Održavanje veza sa građanima, sa ciljem prikupljanja informacija o krivičnim djelima i njihovim učiniocima, jeste skup (sistem) veoma složenih i raznovrsnih aktivnosti koje sačinjavaju, između ostalog, i organizovanje kriminalističko-informativne djelatnosti.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Posebno se teškim pokazuje za otkrivanje onaj oblik zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kada službena ili odgovorna osoba postupa u okviru službene dužnosti, svojih ovlaštenja (prvi oblik radnje - *iskorištavanjem službenog položaja*) s ciljem da drugom pribavi korist, a suprotno interesima službene dužnosti. Upravo ta "formalno-pravna ispravnost" ili činjenica da nema povrede blanketnog propisa, u znatnoj mjeri kamuflira društvenu štetnost ovog oblika djela, zbog čega je isto teško otkriti.

<sup>89</sup> Vodinelić, V.; Aleksić, Ž.; *op.cit.*; str. 57

<sup>90</sup> *Ibid.*; str. 25.

Posebno su bitni *informatori*,<sup>91</sup> tj. osobe koje imaju *insajderska* saznanja i koja će saradivati sa istražnim organima.<sup>92</sup> U vezi sa posmatranom problematikom, ključno bi bilo imati jednog ili više informatora u ugovornim organima koji imaju za društvo najznačajnije javne nabavke u suštinskom, ali posebno i vrijednosnom smislu jer, prosto kazano, tamo gdje je najveći novac je moguća i najveća korupcija.

- **Javno pogovaranje** - ovaj termin u kriminalistici označava pronošanje vijesti da je izvršeno krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, ili da je određena osoba izvršilac nekog krivičnog djela, a da se pri tome ne zna ko je izvor ovih informacija ili od koga potiče ova vijest.<sup>93</sup> Organi unutrašnjih poslova moraju da "oslušuju" javna pogovaranja kojima se šire glasine o krivičnim djelima ili mogućim učiniocima i da ih provjeravaju.<sup>94</sup> Nikada prije, u uslovima moderne elektronske komunikacije, javno pogovaranje (kome se i kada "sređuje" određeni tender) nije bilo dostupnije, zbog čega istražni organi moraju više postupati *ex officio i ex tempore*.

- **Saznavanje iz sredstava informisanja** - u današnje vrijeme, mediji (televizija, pisani mediji, internet) predstavljaju veoma bitan faktor u borbi protiv kriminaliteta, pa tako i bitan faktor u otkrivanju krivičnog djela. Svojim istraživačkim aktivnostima, novinari (posebno istraživački novinari) nerijetko dolaze do utemeljenih saznanja koja mogu poslužiti istražnim organima. No jednako tako, mediji mogu svojim neprofesionalnim radom ugroziti postojeće istrage i procese rasvjetljavanja krivičnih djela zarad

<sup>91</sup> U kriminalistici su razrađena pravila upotrebe informatora i informanata: 1) informatori se najčešće angažuju u fazi kriminalističke obrade; 2) angažovanje informatora treba da odobri nadležni policijski starješina; 3) za informatora uglavnom zna samo nadležni policijski starješina; 4) treba držati u strogoj tajnosti identitet informatora; 5) informator se pojavljuje na sudu kao svjedok; 6) treba blisko upoznati ličnost informatora i informanta; 7) kontakte održavati tajno u službenim prostorijama u pogodno vrijeme uz čuvanje identiteta; 8) informante treba nadzirati u njihovim aktivnostima; 9) svaku dobijenu informaciju od ovih osoba treba kritički i dobro provjeriti. *Vidjeti više: Marković, T.; Savremena tehnika istraživanja krivičnih djela; Zagreb 1972.; str. 369-370; Krivokapić i dr., Kriminalistika; Beograd 1991., str. 298-300; Harney – Cross; Informator u policiji; Izbor; broj 4/1982; str. 411-425 i dr.*

<sup>92</sup> Iako je informator, odnosno korištenje istog, jedna od posebnih istražnih radnji u smislu odredaba ZKP-a, doušnik u klasičnom smislu u kriminalističkom smislu je neprocjenjiv. Posebno kada se radi o složenom i iznimno konspirativnom djelu poput zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, kada je bez insajderskih informacija (koje mogu čak biti indicije, niti ne moraju u početnoj fazi imati svojstvo dokaza) gotov nemoguće razbiti krug koruptivnih radnji ili usmjeriti istragu u pravom smjeru.

<sup>93</sup> Uzimajući u obzir da javno pogovaranje nikad nije bilo izraženije, u tolikoj mjeri da se istim za pojedine osobe iznose i sami detalji, načini i ostale okolnosti izvršenja krivičnog djela, prosto je nevjerojatna činjenica da niti jedan krivični predmet nije pokrenut po tom osnovu, odnosno nije inicirana provjera jednog takvog pogovaranja (provjera onog što se naziva "javna tajna"). Iako tužilaštvo postupa *ex officio* i u ovakvim slučajevima, broj predmeta formiranih po službenoj dužnosti ne prati postojeće stanje.

<sup>94</sup> Simonović, B.; *op.cit.*; str. 28

svakodnevnog medijskog senzacionalizma i prijeposne želje da se pošto-poto dođe do tražene informacije.

Radi se o kršenju presumpcije nevinosti kada se unaprijed određena osoba označava kao izvršilac krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, bez da je krivični postupak uopće u toku za isto. Samo pravosnažna presuda nadležnog suda može konstatovati da je određena osoba izvršilac, da je djelo počinjeno i da je za isto kriv. U protivnom, radi se o povredi niza ustavnih i zakonskih načela, između ostalog i člana 6. EKLJP-a, o čemu je stav zauzeo i Ustavni sud BiH u predmetu AP 3189/06.<sup>95</sup> Balans između ovo dvoje je prijeko potreban. U medijima osobe istražnih organa mogu imati oslonac i partnere, što treba da bude obostrani interes na platformi profesionalizma.<sup>96</sup>

• **Prijave kao izvor saznanja (*notatio criminis*)** - postoji više vrsta prijava putem kojih istražni organi dolaze do saznanja da je eventualno počinjeno krivično djelo i/ili o osobi (osobama) koja je to djelo počinila:

- **anonimna i pseudonimna prijava** - anonimna prijava je ona koja nema potpisa (dakle svog autora) dok je pseudonimna prijava ona koja ima potpis, ali je on lažan. Organi unutrašnjih poslova, ali i tužilaštvo, trebaju cijeniti ovakve prijave kao i svake druge kako bi se provjerila njihova istinitost. Čest razlog anonimnih prijava jeste strah i bojazan od posljedica ukoliko bi se znao identitet njenog autora.<sup>97</sup> Međutim, potrebno je naglasiti da anonimna prijava, kao ni ostale prijave, nije ograničena ni u pogledu načina podnošenja ni u formi podnošenja. Nijedna anonimna prijava, kao ni bilo koja druga prijava, ne može se i neće odbaciti iz formalnih razloga.

<sup>95</sup> "Osim toga, ne postoji kršenje prava na presumpciju nevinosti iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije kada je izreka presude objavljena u medijima nakon pravosnažno okončanog krivičnog postupka, niti ima elemenata koji bi ukazivali da je u bilo kojoj fazi postupka apelant tretiran na način koji bi vodio kršenju ovog principa." Navedeno prema: Simović, M.; Simović, V.; *Koruptivna krivična djela: nova praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i njen uticaj na bh. pravo i praksu*; Borba protiv korupcije - iskustva i poređenja; Institut za uporedno pravo; Beograd; 2013.; str. 96

<sup>96</sup> Niti jedno drugo krivično djelo kao zloupotreba položaja ili ovlaštenja nije medijski toliko prisutno kod nas u BiH. Naime, svjedoci smo svakog dana kako televizijske kuće izvještavaju o zloupotrebama položaja visokih državnih službenika, nosilaca izvršne i zakonodavne vlasti, a da pri tome nema istražnih provjera takvih navoda, ili barem ne u dovoljnoj mjeri.

<sup>97</sup> Anonimne prijave koje se u tužilačkom CMS-u registruju kao KTA predmeti, posebno su čest oblik prijave kod krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Najvećim dijelom dolaze od zaposlenika ustanova, organa ili preduzeća koji su svjedoci kriminalnih radnji drugih službenih ili odgovornih osoba, ali iz straha za sebe i svoju radnju poziciju, nemaju smjelosti da potpišu takvu jednu prijavu. No, svejedno, često su ovakve prijave, iako anonimne, pune korisnih i detaljnih informacija koje kvalitetno upućuje istražne organe u pravcu utvrđenja nezakonitosti u radu određenih organa ili pravnih osoba, tj. nezakonitosti u radu službenih ili odgovornih osoba.

Ako su u njoj dati šturi i nedovoljni podaci o osobi i djelu, onda to umnogome otežava rad organa gonjenja i drugih osoba koje učestvuju u postupku istraživanja po navodima prijave, ali nikad se zbog škrтости podataka ne odustaje od navoda prijave prije provjeravanja.<sup>98</sup>

- **prijave oštećenog i drugih svjedoka** - prijave oštećenog su jedno od najčešćih saznanja o izvršenom krivičnom djelu. Ovo je jedno od pouzdanijih saznanja, mada nije niti se može kao takvo smatrati apsolutno pouzdanim. Kao i svakoj prijavi, i ovoj treba pristupiti kritički, drugim dokazima, odnosno činjenicama. Nerijetko prijavu oštećenog prati pojava agravacije, tj. preuveličavanja ili prikazivanja stanja težim nego što ono doista jeste. Stoga je bitno pravilno i temeljito saslušati oštećenog uz objektivan i empirijsko-analitički pristup. U praksi javnih nabavki, prijave oštećenih su najčešće, gdje jedan ili više drugih ponuđača koji nisu "prošli" na tender prijavljuju odgovorne osobe ukazujući na povredu zakona ili druge bitne činjenice.
- **prijave državnih, privrednih i društvenih subjekata kao izvor saznanja o krivičnom djelu** - kao posebno značajan izvor saznanja o postojanju krivičnog djela jesu krivične prijave koje podnose razne inspeksijske, carinske i revizijske službe koje kroz svoje djelatnosti dolaze do saznanja o kriminalnom ponašanju određenih osoba. Upravo zato što u pravilu njihovim prijavama prethodi detaljan rad i provjera zakonitosti rada drugih osoba prijave ove vrste imaju u praksi dosta veliki značaj, posebno u procesu otkrivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Finansijska policija, upravni inspektori, uredi za reviziju, moraju biti desne ruke tužiocu kako bi se uopće mogle otkriti razne malverzacije službenih osoba, posebno u javnim nabavkama gdje se troše budžetska sredstva. Upravo se kroz finansijsku, carinsku, upravnu i drugu kontrolu filtrira rad službenih osoba da bi tužilac u dostavljenim izvještajima (uz koje po pravilu dolazi odgovarajuća dokumentacija) cijenio da li postoje osnovi sumnje o izvršenoj zloupotrebi. Bitno je napomenuti, u kontekstu izlaganja u ulozi ovlaštenih službenih osoba, da takve osobe osnovom zakonskih propisa postoje i u finansijskoj policiji, carinskim i poreznim službama, pa su i njihove dužnosti u procesu otkrivanja krivičnog djela i prikupljanja dokaza jednake obavezama ovlaštenih osoba u policijskim organima.

Svaki od ovih općih načina saznanja za počinjeno krivično djelo je mogući modus otkrivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, s tim što su pojedini načini u praksi češći, dok su pojedini načini bolji sa aspekta procesuiranja ovog krivičnog djela, jer olakšavaju rad organima gonjenja.

<sup>98</sup> Aleksić, Ž.; *Praktikum iz kriminalistike*; Naučna knjiga; Beograd; 1988.; str. 14

Tako prijave koje dolaze od strane organa unutrašnjih poslova ili prijave nadležnih poreskih, carinskih ili upravnih organa obično počivaju na određenom kvalitetu i kvantitetu dokaza, pa je stoga ocjena postojanja osnova sumnje o počinjenom djelu mnogo lakša. Upravo su te vrste prijave najbolje u praktičnom smislu jer već *ab initio* dostavljaju određene rezultate na kojima kasnije tužilac gradi svoju istragu. Stoga je kvaliteta tog prethodnog rada organa unutrašnjih poslova, poreskih inspektora, inspektora finansijske policije i sličnih nadležnih tijela, temelj kvalitetne istrage na kojem se gradi cjelokupan predmet otkrivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja i njegovog dokazivanja. Upravo ovaj dijapazon službenih osoba i organa koji *ex officio* otkrivaju krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja najbolje pokazuje svu njegovu raznolikost i širinu.

### Otkrivanje korupcije

Nezavisno od otklanjanja sistemskih faktora koji pospješuju korupciju u javnim nabavkama, radnja primanja i davanja mita u pravilu stoji iza nezakonitih javnih nabavki. Primanje i davanje mita se po pravilu teško dokazuju i teško se za njega saznaje.<sup>99</sup> Kao što smo ranije rekli, ova dva krivična djela predstavljaju posebne oblike krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, pa su često u prividnom sticaju s ovim djelom isključujući njegovo postojanje po osnovu specijaliteta. S obzirom da je riječ o djelima korupcije koja pripadaju istoj zakonskoj glavi, načini otkrivanja su zajednički. Međutim, zbog teškoće dokazivanja i otkrivanja krivično djelo primanja mita se najčešće mora otkriti *in flagranti delicto* i najčešće putem posebnih istražnih radnji. Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja zbog svoje općenitosti i širine svoga zakonskog bića je lakše za otkrivanje od krivičnog djela primanja mita.

Baš zbog toga istražni organi više istražuju zloupotrebu i oko nje grade istragu nego krivično djelo primanja mita.<sup>100</sup> Zasigurno da primanje i davanje dara prati svaki "naštamani" tender i stoji kao motiv u pozadini kriminalnog dogovora ili udruživanja.

<sup>99</sup> Simonović, B.; *op.cit.* str. 624

<sup>100</sup> Prethodno je ukazano da je moguća situacija da ova dva djela stoje jedno prema drugom u realnom sticaju, pa je zbog toga pogrešno smatrati da primanje mita uvijek kao posebno krivično djelo isključuje postojanje zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Ovo je *questio facti*, te se mora polaziti od svakog konkretnog činjeničnog stanja i cijeniti kojim djelom se najbolje može pokriti cjelokupna kriminalna situacija, ili je nužno istu pokriti sa više krivičnih djela, pa čak i onda kada jedno predstavlja specijalni oblik drugog. Na kraju, sa aspekta tužilačke prakse, uvijek je bolje isprva u istrazi polaziti od šire i više da bi se kasnije moglo konkretizovati o kojem je krivičnom djelu tačno riječ, što je naposljetku zadnja i najbitnija ocjena onu koju donosi sud.

Ovakve radnje je dosta teže otkriti jer, posmatrajući vanjsku formu tenderske procedure (najvećeg procenta tendera), ona djeluje zakonita, dok je njena suština, motiv i razlog (mito) nezakonita. Kod nezakonitih radnji (težih povreda zakona) od strane službene ili odgovorne osobe otkrivanje je nešto lakše jer je istražnim radnjama lakše uočiti nezakonito postupanje.<sup>101</sup> Organi unutrašnjih poslova za ovo krivično djelo najčešće saznaju primanjem krivične prijave od strane osobe od koje je traženo mito ili kojoj je mito nuđeno.<sup>102</sup> Oslanjanje na samo ovakav vid saznanja za korupciju (primanje mita ili zloupotrebu položaja), koji je u praksi gotovo pravilo, uz odsustvo planskog i proaktivnog pristupa, nepremostiva je prepreka u ozbiljnom obračunu sa korupcijom. Uzmimo samo za primjer javno pogovaranje kao način saznanja i otkrivanja krivičnog djela.

Javna je tajna koji rukovodioci ugovornog organa primaju mito, no ipak izostaje reakcija pravosudnih organa iako postoji zatvoreni krug indicija (drugi način otkrivanja) da navedene osobe posjeduju imovinu koju ne mogu opravdati svojim zakonitim primanjima. Stoga su kriminalističke provjere uz poštivanje svih zakonskih garancija jedini ozbiljan način pristupu otkrivanja korupcije, a ne samo oslanjanje na savjesnog građanina koji će prijaviti da mu je traženo mito. Nakon prijema krivične prijave za ovo krivično djelo (primanje mita) ili u slučaju postojanja indicija, potrebno je u okviru kriminalističke obrade prikupiti na povjerljiv način informacije o osumnjičenom (indicije o njegovom karakteru, obaviti diskretno informativno raspitivanje o osumnjičenom i njegovom ponašanju u kolektivu, obavljanju službe i postojanju eventualne sklonosti ka korupciji).

Važno je pribaviti informacije o mehanizmu uzimanja ili davanja mita, o posrednicima koji učestvuju u ovoj djelatnosti, vrsti koristi koju osumnjičeni zahtijeva i "iznosu tarife".<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Naprimjer, radnje službene osobe dovesti u vezu sa zakonskim i podzakonskim propisima koji definišu njena prava i obaveze, te cijeniti postojanje zloupotrebe ili prekoračenja ovlaštenja. Nastoje se utvrditi da li je službena radnja, koja je najčešće materijalizovana kroz odluke, rješenja, zaključke i sl., u skladu sa zakonskim i podzakonskim propisima.

<sup>102</sup> Simonović, B.; *op.cit.* str. 624

<sup>103</sup> Ibid. str. 625

Najbolje rezultate u praksi daju posebne istražne radnje,<sup>104</sup> posebno istražna radnja *simulirano davanje potkupnine*. Prije ove istražne radnje mora postojati jasno razrađen plan postupanja koji se temelji na što većem broju informacija koji ukazuju na rutinu ponašanja osumnjičenog, način "dolaska ili pristupa od njega", mjesto gdje osumnjičeni najčešće voli primiti mito ili gdje se sastaje sa posrednikom. Prenagla upotreba ove posebne istražne radnje, posebno ukoliko operativac koji simulirano nudi potkupninu postupa neuobičajeno ili izvan rutine na koju je osumnjičeni navikao, može ugroziti samu radnju pa time i cijelu istragu. Nakon što osumnjičeni primi simuliranu potkupninu treba naložiti njegovo lišenje slobode, a nakon toga, poštujući presumpciju nevinosti, medijski ili na drugi način obznaniti ovu radnju kako bi se došlo do svih onih svjedoka koji su ranije bili očevici ovih radnji osumnjičenog ili su sami istome dali mito, kako bi se uspješno dokazalo ovo krivično djelo. Nije ni potrebno isticati značaj u smislu generalne prevencije koji se ostvaruje ovim načinom postupanja.

Mnoge oštećene ohrabri ovakvo postupanje istražnih organa, pa zbog toga sami pristupaju službenim osobama nudeći svoja saznanja, što sve skupa olakšava otkrivanje, a posebno kasnije dokazivanje krivičnog djela. Nakon lišenja slobode, a posebno ukoliko je osumnjičeni u pritvoru, treba u što skorije vrijeme, polazeći od svih onih ranijih operativnih saznanja, provjeriti poslovanje osumnjičenog kako bi se utvrdile nezakonitosti ili porijeklo i stanje njegove imovine, te ove činjenice dovesti u vezu sa konkretnim krivičnim djelom ili više njih. Na kraju, bitno je istaknuti da posebne istražne radnje imaju najbitniji značaj za efikasno otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela korupcije. Moramo naglasiti i značaj finansijske istrage kojim bi se utvrdila potencijalna razlika

104 "Potreba za primjenom druge vrste istražnih radnji prikrivenog karaktera neposredno proizlazi iz jedne od fenomenologjskih karakteristika ovih krivičnih djela, tačnije, konspirativne prirode samih koruptivnih delikata. U situaciji kada se ova krivična djela čine u tajnosti, između dva ili više subjekata koji lično imaju neku korist iz takvih nezakonitih radnji, uz odsustvo svjedoka, teško je očekivati da će se primjenom općih istražnih radnji moći prikupiti dovoljan broj i potrebni kvalitet dokaza za efikasno procesuiranje ovih djela. Ovo iz razloga što u praksi otkrivanja i procesuiranja korupcijskih krivičnih djela postoje određene poteškoće koje se, između ostalog, odnose na: (1) svojstva počinitelja; (2) raznovrsnost pojavnih oblika i radnji prikrivanja; (3) složenost krivičnopravnih situacija u kojima se ostvaruju ova krivična djela i sl. Drugi razlog za sve rasprostranjeniju i intenzivniju zastupljenost posebnih istražnih radnji se nalazi u činjenici da brojni međunarodni ugovori koji uređuju oblast suzbijanja organizovanog kriminala, korupcije i sl., u svojim odredbama sadrže i one mjere koje države članice trebaju preduzeti kako bi povećale istražne kapacitete svojih tijela za provođenje zakona prilikom suzbijanja tih krivičnih djela. U ovim ugovorima se polazi od osnovne premise da uspješno procesuiranje korupcije zavisi od kvalitete prikupljenih dokaza, koji se često mogu prikupiti primjenom efektivnih sredstava, poput prikrivenih operacija, posebnih istražnih radnji, baza podataka, kriminalističko-obavještajnim analizama i sl. (European Partners against Corruption, 2008.)." Mujanović, E.; *Posebne istražne radnje u suzbijanju korupcije u BiH - Između strateških ciljeva i pravnog okvira uređenja*; Transparency International BiH, Sarajevo; mart 2011.; str. 2

između stvarne imovine osumnjičenog i njegovih zakonitih primanja, koja kao prateći i ključan element borbe protiv korupcije zaslužuje posebnu pažnju i analizu.

Što se tiče konkretno krivičnog djela zloupotrebe položaja i ovlaštenja, pri otkrivanju ovog krivičnog djela mora se polaziti od osnovnih kriminalističko-taktičkih načela.<sup>105</sup> Naime, upravo ta osnovna načela predstavljaju temelj kriminalističkog postupanja i osnov otkrivanja svakog, pa tako i predmetnog krivičnog djela. Svakako, vještina službenih osoba istražnih organa, bio to inspektor organa unutrašnjih poslova ili tužilac, jeste da konkretizuje svako od opisanih načela u procesu otkrivanja zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, odnosno da prilagodi utvrđena pravila i tehniku otkrivanja svakom konkretnom slučaju ili predmetu zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Budući da smo rekli da je spektar fenomenoloških oblika ovog djela veoma širok, vještina službene osobe i tužioca leži upravo u primjeni tih načela koja predstavljaju fundament svake ozbiljne krivične istrage. Otkrivanje zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao krivičnog djela se odvija kroz kriminalističku proceduru unutar koje se odvija samo otkrivanje i spoznaja postojanja samog djela (ili njegovih obilježja - jednog ili više) ili izvršioca, te njihovih pojedinačnih i međusobnih karakteristika i veza. Polaznu osnovu u svakoj kriminalističkoj proceduri čine indicije i činjenice na osnovu kojih se otkrivaju razni oblici zloupotrebe. Smatramo da se rad na predmetima zloupotreba u javnim nabavkama ne mogu raditi *post festum* već kroz stvaranje što manjeg kruga profesionalaca koji znaju ključne informacije, nužno je paralelno graditi predmet dok traje "štimanje/sređivanje" i samo provođenje tenderskog postupka.

#### 5.1.5.1. Otkrivanje krivičnog djela kroz rad i kontrolu koje vrše službene osobe poreskih, finansijskih, carinskih, revizijskih i drugih javnih organa

Razne službene osobe poreznih, finansijskih, carinskih i drugih sličnih nadležnih organa su često prve osobe koje saznaju ili otkrivaju krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u raznim njegovim oblicima.

Postojanje indicija ili činjenica koje ukazuju na predmetno krivično djelo ove službene osobe utvrđuju kroz svoj službeni rad kontrole rada i zakonitosti drugih organa, pravnih i fizičkih osoba. Kontrola koju provode ovi organi putem svojih službenih i ovlaštenih osoba, temelji se na zakonskim i podzakonskim propisima, a provodi se i u javnom i u privatnom sektoru. Od vrste i prirode svake službe, djelatnosti ili rada u javnom ili

105 Vidjeti uvod poglavlja 4, tačnije 4.1. *Opća razmatranja o otkrivanju krivičnih djela i osnovna kriminalistička taktička načela*, gdje su detaljno elaborirana taktička načela koja je metodološki razradila nauka kriminalistike i koja se primjenjuju u procesu otkrivanja krivičnih djela.



privatnom sektoru, kontroliše se zakonitost i pravilnost rada (poštivanje i provođenje zakonskih i podzakonskih propisa), što predstavlja i direktnu kontrolu rada svake službene ili odgovorne osobe u okviru čije službene dužnosti ili ovlaštenja jeste i zakonit i pravilan rad. U vezi s ovim bitno je slijedeće: ukoliko službene osobe ovih organa u okviru svog rada saznaju za nezakonitosti u radu drugih službenih ili odgovornih osoba u kojima se mogu očitovati obilježja krivičnog djela, dužna su odmah *ex lege* o tome službeno obavijestiti organe unutrašnjih poslova ili nadležno tužilaštvo, te postupati u skladu sa propisima koji definišu njihovu nadležnost, ali i u skladu sa odredbama zakona o krivičnom postupku, uzimajući u obzir da određeni broj ovih osoba ima svojstvo ovlaštene službene osobe u smislu ZKP-a.

U kontekstu prethodnog, rad službenih osoba navedenih organa u svakoj državi, pa tako i u BiH, pokazuje se kao bitan modus otkrivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja jer svojim stručnim znanjem, iskustvom a posebno nadležnostima u vidu raznih oblika kontrole poslovanja i rada, mnogo brže i efikasnije otkrivaju razne oblike ovog krivičnog djela nego organi unutrašnjih poslova kojima to standardni kriminalistički pristup ne omogućava. U praksi tužilaštava bitnim se, i kao primjer istaknutog, pokazuje rad dvaju nadležnih organa čiji službeni rad može otkriti zloupotrebu položaja ili ovlaštenja (na primjeru organa u FBiH – analogno RS, BD i BiH). To su:

- **Ured za reviziju institucija u Federaciji Bosne i Hercegovine** - kao što i sam naziv kaže, ovaj organ vrši reviziju institucija u FBiH, te na osnovu kontrole njihove interne finansijske, poslovne i upravne dokumentacije ocjenjuje zakonitost, transparentnost i pravilnost rada tih organa, a time i njihovih službenih i odgovornih osoba. Ovaj ured vrši finansijsku i reviziju učinka rada svih nivoa vlasti u FBiH, te javnih preduzeća, agencija i drugih pravnih lica sa javnim ovlaštenjima u FBiH.<sup>106</sup> Upravo redovni godišnji izvještaji ovog ureda, u kojima se daju pozitivna ili negativna mišljenja rada određene vlade, organa ili institucije, uprkos tome što nisu obavezujući za same organe niti imaju bilo kakav punitivni učinak, veoma

<sup>106</sup> Ured za reviziju institucija u Federaciji Bosne i Hercegovine želi postići generalno povjerenje javnosti u zakonito, odgovorno, efikasno i efektivno korištenje resursa i delegiranje odgovornosti na vlade, njene institucije i javne dužnosnike. Misija je izvršiti reviziju svih javnih organizacija i programa u Federaciji Bosne i Hercegovine u skladu sa međunarodno priznatim standardima revizije i najboljim praksama u EU. Revizije će se provesti na pravovremen i redovan način, sa ciljem da oni koji su odgovorni "ispravno" izvještavaju o ekonomičnosti upotrebe resursa i postignutih rezultata. Ured za reviziju institucija u Federaciji Bosne i Hercegovine također treba da ustanovi da li se potrošnja javnih resursa i ispunjenje mandata provodi u skladu sa zakonom i uspostavljenim računovodstvenim principima, kao i principima ekonomičnosti, efikasnosti i efektivnosti. Navedeno prema: <http://www.saifbih.ba/about/>

često mogu sadržavati niz indicija ili činjenica koje ukazuju na postojanje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja provedenim javnim nabavkama.<sup>107</sup> Prema tome, izvještajima ovog ureda, iza kojih stoji detaljan rad, treba kritički i ozbiljno pristupiti uz provjere svih nepravilnosti koje se navode u njima, jer upravo te "nepravilnosti" ili "nedomaćinski odnos" u radu službenih osoba mnogih javnih organa mogu predstavljati indicije o izvršenom krivičnom djelu zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.

- **Finansijska policija FBiH** - je tijelo uprave Federacije u okviru Ministarstva finansija FBiH, koje vrši kontrolu finansijskih tokova u FBiH, njihovih zakonitosti i regularnosti, a posebno onih u segmentu javnih prihoda Federacije. Finansijska policija vrši upravne i druge stručne poslove inspekcijskog nadzora primjene propisa o obavljanju djelatnosti, nadzora izvršavanja propisanih poreskih, carinskih i drugih obaveza od strane pravnih i fizičkih osoba, kao i utvrđivanja propusta koji imaju za cilj prikrivanje i izbjegavanje plaćanja propisanih obaveza.<sup>108</sup> Finansijska policija vrši širok spektar kontrolnih djelatnosti u smislu člana 7. Zakona.<sup>109</sup> U istragama koje provode nadležna tužilaštva u FBiH, finansijska policija FBiH se u okviru svojih nadležnosti pokazuje kao ključan partner u istrazi. S obzirom da je pribavljena imovinska korist najčešći oblik posljedice krivičnog djela, rezultati finansijske istrage služe kao bitan način kojim se rasvjetljava ili otkriva predmetno krivično djelo, a kasnije i kao bitan dokaz na glavnom pretresu.

Sumirajući prethodno, bitno je skrenuti pažnju na značaj rada ne samo ova dva organa, koji su uzeti kao primjer na osnovu čijih rezultata rada se otkriva krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u FBiH, nego je veoma bitno staviti akcenat i dodatnu pažnju na rad poreznih uprava (FBiH, RS), Uprave za indirektno oporezivanje BiH, carinskih organa

<sup>107</sup> Naprimjer, godišnji izvještaji Ureda za reviziju institucija u FBiH koji su dostavljeni Kantonalnom tužilaštvu USK-a su rezultirali formiranjem nekoliko predmeta u kojima su potom vršene provjere službenog rada više službenih osoba u kantonalnim ministarstvima USK-a. Naime, detaljni parametri dostavljeni u ovim izvještajima uz analizu rada više nadležnih organa ukazali su na postojanje osnovna sumnje u više predmeta da su određene službene osobe možda počinile predmetno ili neko drugo krivično djelo protiv službene dužnosti. Naime, ovi izvještaji su dali negativno revizorsko mišljenje unutar kojeg je konstatovano da su određena ministarstva trošila prekomjerno i netransparentno određena javna novčana sredstva iz budžeta kantona.

<sup>108</sup> Zakon o finansijskoj policiji FBiH ("Službene novine FBiH" br. 02/95), član 2.

<sup>109</sup> Zakon o finansijskoj policiji FBiH ("Službene novine FBiH" br. 02/95), član 7.

i drugih nadležnih tijela, s obzirom da rezultati i detaljne analize mogu mnogo brže i efikasnije otkriti predmetno krivično djelo nego standardna kriminalistička procedura.<sup>110</sup>

Animiranje službenih osoba tih javnih organa koji imaju svoje zakonite nadležnosti i kontrolne mehanizme da više sarađuju sa istražnim organima (što je naposljetku i jasna zakonska obaveza), ali isto tako animiranje i istražnih organa (policije i tužilaštva) da uspostave bliže i bolje kontakte sa ovim organima obraćajući više pažnje na njihov službeni rad, predstavlja simbiozu kojom se efikasno može otkriti krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, kako u FBiH, tako i u RS-u i BD-u. Stoga za primjer BiH može uzeti zemlje regije, a pogotovo zemlje iz EU-a, u kojima nadležna tužilaštva, najviše uz pomoć poreznih, finansijskih, revizijskih i drugih nadležnih organa, otkrivaju krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u sistemu javnim nabavki. U praksi, provedene revizije često ukažu da određenim javnim nabavkama roba ili usluga koje prelaze zakonske cenzuse (desetine ili više hiljada KM) nije uopće prethodila procedura javne nabavke.

#### 5.1.5.2. Karakteristike izvršioca krivičnog djela

U samom početku nastojanja istražnih organa da otkriju krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u sistemu javnih nabavki, potrebno je dobro poznavati etiologiju i fenomenologiju ovog krivičnog djela uz sve karakteristike koje krasi i njegovog autora (izvršioca) i samo djelo, kao i česte okolnosti koje prate ovo djelo, i na kraju, njegove brojne pojavne oblike. Samo tako, ovo djelo se može efikasno otkriti, suzbiti, a kasnije i dokazati u krivičnom postupku. Službene ili odgovorne osobe kao izvršioci ovog djela su u pravilu iznadprosječno obrazovane, uticajne te posjeduju razne oblike moći i uticaja.

Posebno se to odnosi na visokopozicionirane službene osobe u najvišim državnim tijelima u kojima su jaki centri političke i ekonomske moći. Koristeći sve to, ove osobe uspješno mogu prikriti sve modalitete krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja i u tome koriste sve raspoložive resurse. Naprimjer, koriste stručnost svojih podređenih kadrova i time uspijevaju prikazati svoju kriminalnu djelatnost kao onu koja je u skladu sa svim propisima. Posebno se koristi rad članova komisije za javne nabavke kao svojevrsan

<sup>110</sup> Svakako, kada se kaže standardna kriminalistička procedura, time se ne umanjuje značaj već se samo želi naglasiti specifičnost krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kojeg je, zbog visokog nivoa konspirativnosti i oblika prikrivanja, teško otkriti uobičajenim kriminalističkim metodama. Kriminalistička procedura se nastavlja u vezi sa radom službenih osoba poreskih, finansijskih, revizijskih i drugih organa, nakon što potonji u okviru svojih nadležnosti putem detaljnih kontrola saznaju za indicije ili činjenice kojima se konstatuju radnje službenih ili odgovornih osoba u kojima mogu postojati elementi krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.

paravan. Upravo njihovo poznavanje mnogih propisa u saradnji drugih saradnika omogućava im da kriminalnu djelatnost formalno-pravno "uokvire" ili "upakuju" u proceduru ili kroz odluke, što sve izvana onda djeluje zakonito i pravilno. U tome se očituje njihova perfidnost i lukavost, što su njihove osnovne i najbitnije karakteristike.

Osnovni motiv je korist u raznim formama - novac, ugovori iz tendera, subvencije, i mnoge druge privilegije na račun službene dužnosti i njenog pravilnog i zakonitog funkcionisanja. Nadalje, bitne karakteristike koje krasi ove izvršioci a koje se mogu materijalizovati i koje upućuju na postojanje indicija ili činjenica da ta službena ili odgovorna osoba na određeni način zloupotrebljava svoj položaj ili dato ovlaštenje jesu:

- naglo i nerazumljivo bogaćenje službenih ili odgovornih osoba koje nije zasnovano na zakonitim primanjima (nasljedstvu i sl.) i što matematički i logički nije produkt njihovog rada;
- rasipništvo i kupovina raznih pokretnih i nepokretnih stvari ili kupovina većeg obima takvih stvari od njima bliskih osoba, a koje se ne može ekonomski opravdati;
- promjene navika u ponašanju u privatnom i poslovnom životu praćeno također većom i sumnjivom novčanom potrošnjom koja nije proporcionalna redovnim primanjima i dr.

Ovo su samo neki od "simptoma" koji osnovano mogu ukazati na kriminalnu djelatnost službene osobe u određenoj instituciji, organu ili pravnom licu, te su ovo ujedno česte i zajedničke karakteristike izvršilaca ovog krivičnog djela. Slijedom toga, ovlaštene službene osobe i tužioci moraju dobro poznavati ove karakteristike, dobro izučiti i kreirati psihološki i kriminološki profil svake one osobe za koju postoje osnovi ili osnovana sumnja da kao službena ili odgovorna osoba čini navedeno krivično djelo.

#### 5.1.5.3. Karakteristike krivičnog djela

Kriminalističko ili istražno postupanje ovlaštenih službenih osoba (i službenih osoba u vanpolicijskim organima - poreznim upravama, carinskim, finansijskim i drugim gore navedenim organima) u otkrivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u sistemu JN-a zahtijeva detaljno poznavanje bića ovog krivičnog djela i njegovih osobnosti, što je prezentovano u prethodnom dijelu ovog priručnika. Bez toga, ovo djelo se ne može uspješno otkrivati niti dokazivati. No pored toga, uz formiranje čitavog instrumentarija u procesuiranju ovog krivičnog djela u okviru šireg pojma korupcije (specijalni timovi, specijalistička znanja, odgovarajuća legislativna rješenja, primjena

posebnih istražnih radnji i dr.), kao zajedničke karakteristike raznih oblika zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u praksi se pokazuju:

- prikrivenost;
- vremenska distanca između nastale posljedice djela (pribavljene koristi, nastale štete ili povrede prava) i otkrivanja iste;
- posebna stručnost i znanje izvršioca;
- formalno-pravno "pokrivanje" nezakonitih radnji kroz razne oblike formalnih odluka koje su često retroaktivne i drugi načini kojima se kriminalna djelatnost nastoji prikazati kao uredno izvršavanje službene dužnosti ili uredno poslovanje i dr.;
- složenost u internim procedurama poslovanja, podijeljene nadležnosti više službenih osoba;
- visok stepen organizovanosti u izvršenju uz, po pravilu, učešće drugih osoba koje svojim službenim radnjama, uticajem ili propuštanjem (nečinjenjem) omogućavaju ili prikrivaju krivično djelo;
- masovnost u izvršenju i česta pojava u praksi, odnosno u svim onim situacijama gdje se službenim radnjama mogu pribaviti razne koristi za sebe ili drugog;
- imovinski statusi izvršioca, saizvršioca ili saučesnika koji su u uzročno-posljedičnoj vezi sa službenim radnjama ili ovlaštenjima;
- prilagodljivost svim društveno-političkim i ekonomskim promjenama, uz posezanje za drugim koruptivnim radnjama (davanje mita, protivzakonito posredovanje) kojima se čitav koruptivni lanac održava u životu i uspješno prikriva;
- nepostojanje uobičajenog svojstva oštećenog (čak i nepostojanje oštećenog ili postojanje na jednom apstraktnom nivou) i dr.

Ove karakteristike su zajednička odlika mnogih oblika zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja, na kojima mora počivati rad istražnih organa, a posebno zajedničkih i specijalizovanih istražnih timova kao jedinog efikasnog načina otkrivanja ovog krivičnog djela. Preporuka R (96) Vijeća Evrope upravo insistira da države članice u okviru svoje kriminalne politike sistem krivičnog pravosuđa u pogledu krivičnih djela iz domena ekonomskog kriminala prilagode efikasnom postupanju sa složenim poslovnim transakcijama kojima se prikrivaju krivična djela, da se istražna tijela i tijela krivičnog gonjenja posebno edukuju, da se ova krivična djela sude pred specijalizovanim sudovima, da se krivičnim postupcima za ta djela prilagode norme o zastari, dokazima, bankovnoj tajni, vrstama i mjeri sankcije, kao i da se uvede krivična odgovornost kolektivnih tijela.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> Krapac, D.; *Zakon o krivičnom postupku i drugi izvori hrvatskog krivičnog postupovnog prava*, VI izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Narodne novine; Zagreb; 2006.; str. 14

Edukacija posebnih timova i njihovo specijalizovanje predstavlja jedini ozbiljan način otkrivanja i suzbijanja ove vrste kriminaliteta. U tom zajedničkom poslu mora postojati bliska saradnja svih nadležnih tijela i organa koji će svojim stručnim znanjem i nadležnostima biti svojevrsan servis ali i pomagač posebnim organima, bila to posebna odjeljenja, agencije ili tužilaštva. Otežavajuću okolnost, zbog blanketne prirode krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, predstavljaju česte promjene propisa kojima se normiraju pravila službe ili česte promjene blanketnih propisa u vezi s ovim krivičnim djelom.

## 6. DOKAZIVANJE ZLOUPOTREBE POLOŽAJA ILI OVLAŠTENJA

### 6.1. Radnje dokazivanja

Radnje dokazivanja jesu procesne radnje procesnih subjekata kojima se prikupljaju i osiguravaju dokazi u krivičnom postupku. Ove radnje se provode u cilju utvrđivanja potpunog i tačnog činjeničnog stanja, odnosno materijalne istine. Preduzimaju se u svim fazama krivičnog postupka, kako u prethodnoj (istrazi), tako i u glavnoj fazi – postupku (glavnom pretresu). Radnje dokazivanja nisu isključivo u vezi sa istražnim postupkom, mada se u istražnom postupku najviše primjenjuju, odnosno radnje dokazivanja provode se i na glavnom pretresu primjenom istih pravila kao i kada se provode u istražnom postupku.

Izdavanjem radnji dokazivanja u posebnu glavu u svim zakonima o krivičnom postupku u BiH ukazuje se da se radi o jedinstvenim pravilima dokazivanja koja vrijede u cijelom krivičnom postupku i svakoj pojedinoj njegovoj fazi.<sup>112</sup>

Njima se pribavljaju dokazi koji terete osumnjičenog, ali isto tako i oni dokazi koji mu idu u korist.<sup>113</sup> Rezultat dokaznih radnji provedenih u skladu sa zakonom jesu zakoniti dokazi kojima se utvrđuju činjenice u konkretnom krivičnom predmetu. Suprotno ovome, rezultat procesno manjkavih dokaznih radnji koje se preduzimaju suprotno odredbama ZKP-a, koji reguliše ove procesne radnje, način njihovog pribavljanja i izvođenja, jesu

<sup>112</sup> Milošević, B.; Tirić, A.; *Modul 3 – Krivična oblast*; Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH; Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH i RS-a; Sarajevo; 2009.; str. 71

<sup>113</sup> "Sud, tužilac i drugi organi koji učestvuju u postupku dužni su s jednakom pažnjom da ispituju i utvrđuju kako činjenice koje terete osumnjičenog odnosno optuženog, tako i one koje im idu u korist", član 15. stav 2. ZKP-a FBiH. Identično u odgovarajućim članovima ZKP-a BiH, ZKP-a RS-a, ZKP-a BD-a.

nezakoniti dokazi na kojima se ne može zasnivati sudska presuda kojom se utvrđuje postojanje krivičnog djela i krivice optuženog.<sup>114</sup>

Moraju se dobro poznavati procesne odredbe o radnjama dokazivanja, kako bi ishod istih bio pravilan i zakonit. Tužilac u svakom konkretnom krivičnom predmetu cijeni koje će i kada radnje dokazivanja preduzimati, da li sam, ili putem ovlaštenih službenih osoba. Sve se ovo vrši u okviru razvijene strategije i plana istrage i dodatno upućuje na već spomenutu nužnost dobre i efektivne saradnje tužioca i ovlaštenih službenih osoba, te posmatranja istrage kao planskog i organizovanog postupanja, uz uvažavanje svih već prezentovanih pravila unutar jasnog okvira pozitivnog krivično-procesnog prava.

Radnje dokazivanja određene u zakonima o krivičnom postupku u BiH su:

- pretresanje stana, prostorija i osoba;
- privremeno oduzimanje predmeta i imovine;
- privremeno oduzimanje pisama, telegrama i drugih pošiljki;<sup>115</sup>
- naredba banci ili drugoj pravnoj osobi;
- postupak sa sumnjivim stvarima;
- ispitivanje osumnjičenog;
- saslušanje svjedoka;

<sup>114</sup> *Nezakonit je onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme, koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava, ne smije koristiti prilikom donošenja presude u krivičnom postupku. Ekskluzijsko pravilo, poteklo iz anglo-američkog krivičnog procesnog prava, obavezuje na izdvajanje dokaza prikupljenih povredom procesne forme kojom se krši i neko ljudsko pravo.* Simović, M.; Simović, V.; *Zabrana upotrebe nezakonitih dokaza u krivičnom postupku*; Pravo i pravda; godina XII; br. 1; Udruženje sudija u Federaciji Bosne i Hercegovine; Sarajevo; 2013.; str. 125. Kao primjer navedenog, presuda Ustavnog suda BiH koja glasi: "Dakle, nesporno je da nadležni tužitelj u konkretnom slučaju nije izvršio otvaranje i pregled predmeta privremeno oduzetih od apelanta sukladno imperativnim odredbama st. 1. i 2. članka 135, ZKP-a RS-a. Osim toga, nesporno je da, u pogledu nepoštivanja odredaba st. 1. i 2. članka 135. ZKP-a RS-a, redoviti sudovi nisu dali bilo kakvo obrazloženje osim, prema mišljenju Ustavnog suda, bespotrebnog pozivanja na nepostojanje razloga iz odredaba stavka 3. članka 135. ZKP-a RS-a. Ovom se treba dodati i da su saslušani svjedoci dali različite iskaze u pogledu boje selotejpa ili trake kojima su bili oblijepljeni predmeti oduzeti od apelanta, kao i da na oduzetim predmetima nisu pronađeni tragovi papilarnih linija, tj. otisaka apelantovih prstiju. Kada se sve to uzme u obzir, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju redoviti sudovi nisu otklonili razumnu sumnju u pogledu identiteta predmeta oduzetih od apelanta, te je, s obzirom na to da se pobijane presude temelje isključivo na tom dokazu (oduzetim predmetima za koje je kasnije vještačenjem ustanovljeno da je opojna droga), Ustavni sud mišljenja da predmetni postupak, gledajući u cjelini, ne zadovoljava standarde prava na pravično suđenje iz članka 6. stavak 1. Europske konvencije", odluka Ustavnog suda BiH, broj AP 291/08 od 19.11.2011. godine.

<sup>115</sup> Radnje dokazivanja privremeno oduzimanje pisama, telegrama i drugih pošiljki i naredba banci ili drugoj pravnoj osobi su inkorporirane u radnju dokazivanja privremeno oduzimanje predmeta i imovine, međutim, zbog njihove specifičnosti, ove radnje se izdvajaju.

- uviđaj i rekonstrukcija;
- vještačenje.

Navedene radnje dokazivanja primjenjuju se u otkrivanju i dokazivanju svih krivičnih djela, gdje od vještine i umijeća tužioca i ovlaštenih službenih osoba pod njegovim nadzorom zavisi redosljed primjene, kao i odabir radnji dokazivanja, zavisno od svakog konkretnog krivičnog djela, njegove specifičnosti, te posebno okolnosti i specifičnosti izvršenja krivičnog djela. Zato kažemo da naredba o provođenju istrage, koju donosi tužilac, nije samo formalno otvaranje istrage već procesni akt tužioca, koji je u suštini plan rada unutar kojeg se postavlja raspored izvođenja radnji dokazivanja, njihov odabir, kako bi se pribavili dokazi o izvršenom krivičnom djelu i svim drugim relevantnim okolnostima i događajima. Pored ovih pobrojanih radnji dokazivanja, naše krivično-procesno zakonodavstvo poznaje i već spomenute posebne istražne radnje koje imaju veliki značaj u otkrivanju korupcije, ali koje imaju tačno određene *de lege* uslove za njihovu primjenu.

Kako je predmet istraživanja ovog priručnika otkrivanje i dokazivanje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u sistemu javnih nabavki (posebno kod nas u BiH) detaljnije ćemo prezentovati one radnje dokazivanja koje su najčešće u tom postupku, tj. one radnje kojima se najčešće dolazi do ključnih dokaza za to krivično djelo, ukazujući svakako da se primjenjuju i ostale radnje dokazivanja. Isto tako, osvrnut ćemo se i na posebne istražne radnje, onako kako su one određene u našem zakonodavstvu, upućujući da se šira elaboracija ostalih radnji dokazivanja i posebnih istražnih radnji potraži u literaturi i udžbenicima, s obzirom da je o istome mnogo diskutovano i pisano u stručnim akademskim krugovima. Dakle, osvrnut ćemo se na radnje dokazivanja koje su, pored ostalih, važne u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, a potom i na posebne istražne radnje, nakon čega ćemo prezentovati najčešće načine dokazivanja svakog od elemenata ovog krivičnog djela kao sveobuhvatnog krivičnog djela u sistemu JN-a, kao i probleme koji se susreću u tom radu.

### 6.1.1. Pretresanje stana, prostorija, pokretnih stvari i osoba

Pretresanje stana, prostorija, pokretnih stvari i osoba je radnja dokazivanja, u kojoj se čulnim opažanjem organa krivičnog postupka utvrđuju činjenice.<sup>116</sup> Pretresanje je i materijalno istraživanje nad osobama ili stvarima u cilju pronalaženja tragova krivičnog

<sup>116</sup> Sijerčić-Čolić, H.; *Krivično procesno pravo (knjiga I)*; Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; Sarajevo; 2008.; str. 347

djela ili predmeta važnih za krivični postupak.<sup>117</sup> Pretresanje stana, prostorija ili osoba i privremeno oduzimanje predmeta i imovine su mjere prinude prema stvarima (stvarna prinuda), koje imaju za cilj da se uhvati osumnjičeni, odnosno optuženi, ili da se dođe do određenih predmeta važnih za postupak, kada se zna gdje i kod koga se nalaze.<sup>118</sup>

Pretresanje kao radnja sama po sebi predstavlja duboko zadiranje u privatnost pojedinca, koja je garantovana mnogim međunarodnim dokumentima (član 17. MGPP-a i član 8. EKLJP-a). U tom smislu, a prema odredbi stava 2. člana 8. EKLJP-a, javna vlast se ne miješa u vršenju prava na privatnost, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanje nereda ili sprečavanje zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.<sup>119</sup> Praksa ESLJP-a također potvrđuje da se pretresanjem stana krši pravo na privatnost, odnosno da kršenje prava na poštovanje nečijeg doma uvijek uključuje i miješanje u nečiji privatni život.<sup>120</sup> Slijedom ovih međunarodnih dokumenata i shvatanja prava na privatnost kao univerzalnog prava, naše krivičnoprocesno zakonodavstvo predviđa procesne garancije za ovu radnju dokazivanja.

Pretresanje stana, ostalih prostorija, pokretnih stvari i osoba, po pravilu se preduzima kao hitna istražna radnja, ali se može preduzeti i u kasnijim stadijima krivičnog postupka.<sup>121</sup> Pretresanje stana i ostalih prostorija osumnjičenog, odnosno optuženog i drugih osoba, kao i njihovih pokretnih stvari izvan stana, može se preduzeti samo onda ako ima dovoljno osnova za sumnju da se kod njih nalaze izvršilac, saučesnik, tragovi krivičnog djela ili predmeti važni za postupak.<sup>122</sup> Zbog toga se ovaj uslov mora temeljiti na objektivnim činjenicama, jer je uzročno povezan sa izvršenim krivičnim djelom, i graditi na konkretnim okolnostima, koje se trebaju opisati kako u zahtjevu za izdavanje naredbe za pretresanje, tako i u samoj naredbi za pretresanje.<sup>123</sup>

Pretresanje koje nije zasnovano na izvršenom krivičnom djelu nije radnja dokazivanja, niti se ova radnja može zasnivati na nekim drugim kriterijima poput dobre namjere ili

<sup>117</sup> Simović, M.; *Krivično procesno pravo – Uvod i opšti dio*; Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću; Bihać; 2008.; str. 349

<sup>118</sup> Grubač, M.; *Krivično procesno pravo, Uvod i procesni subjekti*; Službeni glasnik Republike Srbije; Beograd; 2004.; str. 373

<sup>119</sup> Grupa autora; *op.cit.*; str. 179

<sup>120</sup> Vidjeti: presuda ESLJP u predmetu *Niemietz* iz 1992. godine; Serija A; br. 251-B; str. 33

<sup>121</sup> Sijerčić-Čolić, H.; *op. cit.*; str. 347

<sup>122</sup> Član 51. stav 1. ZKP-a BiH; član 65. stav 1. ZKP-a FBiH; član 51. stav 1. ZKP-a BD-a; član 115. stav 1. ZKP-a RS-a

<sup>123</sup> Grupa autora; *op.cit.*; str. 182

subjektivnog uvjerenja službene osobe.<sup>124</sup> Pretresanje u smislu ovih odredbi određenih u svim krivičnoprocesnim zakonima u BiH obuhvata i pretresanje kompjuterskih sistema, uređaja za pohranjivanje kompjuterskih i elektronskih podataka, kao i mobilnih telefonskih aparata.<sup>125</sup> Bitno je razlikovati ovu radnju dokazivanja od potražnih ili neformalnih radnji ovlaštenih službenih osoba, jer se provođenjem pretresanja izvan zakonskih uslova ostvaruju posljedice koje se ogledaju u ništavosti preduzete radnje, odnosno nezakonitosti pribavljenih dokaza.<sup>126</sup>

Posebno bitnim, u cilju dokazivanja korupcije u JN, smatramo ukazati na značaj pretresanja računalnih jedinica osumnjičenih, kao i ugovornog organa i mobilnih aparata osumnjičenih ili drugih osoba. Analizom navedenih zakonskih odredbi kojima je regulisana radnja pretresanja, ova dokazna radnja se može podijeliti na slijedeće oblike:

- redovno pretresanje (pretresanje s prethodnom predajom naredbe za pretresanje osobi kod koje će se ili od koje će se ili nad kojom će se izvršiti pretresanje);
- pretresanje u kojem se ista osoba ne obavještava o razlozima pretresanja (provođenje pretresanja bez prethodne najave);odnosno:
- pretresanje sa sudskom naredbom;<sup>127</sup>
- pretresanje bez sudske naredbe.<sup>128</sup>

<sup>124</sup> ESLJP je prilikom ocjene opravdanosti primjene prisilnih mjera utvrdio da *bona fides* na strani službenika državne vlasti kad primjenjuje neku prisilnu mjeru ne može predstavljati pretpostavku za valjanost preduzete prisilne radnje. Presuda ELJSP-a u predmetu *Murray protiv Velike Britanije*; 1994.; Serija A br. 300-A

<sup>125</sup> Kod mobilnih telefonskih aparata provjeravaju se ranije ostvareni pozivi ili ranije dobijene poruke. Dakle, pretraživanje se odnosi samo na one pozive i poruke koji pripadaju prošlosti, dok se nadzor nad pozivima i porukama sa mobilnih telefonskih aparata koji se tek trebaju ostvariti tretiraju kao posebna istražna radnja nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija. Vidjeti više: Sijerčić-Čolić, H.; *Osvrt na nova rješenja u Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koja se odnose na istragu i postupak optuživanja*; Pravo i prava br. VI; Sarajevo; 2007.

<sup>126</sup> U praksi se često postavlja pitanje razgraničenja između pregleda prevoznih sredstava, putnika i prtljage i određenih objekata i prostorija državnih organa, javnih preduzeća i ustanova, a koje ovlaštene službene osobe preduzimaju *ex officio* na osnovu člana 219. st. 1. ZKP-a BiH, i s druge strane, pretresanja prostorija, pokretnih stvari i osoba koje, također, preduzimaju ovlaštene službene osobe, ali na osnovu sudske naredbe za pretresanje ili bez nje, pod zakonskim uslovima. Razlika je, između ostalog, u okolnosti da se pregledom kao izvidnom radnjom dobijena saznanja ne mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, dok se rezultati pretresanja mogu koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Obim i granice istraživanja u toku pregleda prevoznih sredstava, putnika i prtljaga znatno je uži nego kod pretresanja stana, prostorija i osoba. M.N., Simović; *op. cit.*; str. 352

<sup>127</sup> Član 60. i 61. ZKP-a BiH, član 67. ZKP-a FBiH, član 117. ZKP-a RS-a, član 53. ZKP-a BD-a

<sup>128</sup> Član 64. ZKP-a BiH, član 78. ZKP-a FBiH, član 128. ZKP-a RS-a, član 64. ZKP-a BD-a

Kao objekti pretresanja navode se stan i ostale prostorije osumnjičenog, odnosno optuženog, i drugih osoba, kao i njihove pokretne stvari izvan stana. U pogledu zakonskih uslova, za pretresanje navedenih objekata nema nikakve razlike.<sup>129</sup> Za predmet našeg istraživanja posebno je interesantno i bitno iznijeti nekoliko činjenica o pretresanju službenih prostorija, s obzirom da je predmetno krivično djelo tzv. "službeničko" krivično djelo, čiji dokazi o izvršenju se upravo nalaze najčešće u službenim prostorijama raznih organa, preduzeća, ustanova i dr. Prilikom vršenja pretresanja službenih prostorija, pozvat će se njihov starješina ili rukovodilac da bude prisutan pretresanju.<sup>130</sup> Odbijanje odgovorne ili druge pravne osobe određenog organa, ustanove, preduzeća u kojem se vrši pretresanje, da prisustvuje navedenoj radnji, ne sprečava službene osobe da obave pretresanje u službenim prostorijama.<sup>131</sup>

O svakom pretresanju stana, prostorije ili osoba sastavit će se zapisnik koji potpisuje osoba kod koje se ili nad kojom se vrši pretresanje i osobe čija je prisutnost obavezna. Prilikom vršenja pretresanja oduzet će se privremeno samo oni predmeti i dokumenti koji su u vezi sa svrhom pretresanja.

U zapisnik će se unijeti i tačno opisati predmeti i dokumenti koji se oduzimaju, a to će se naznačiti i u potvrdi o oduzimanju predmeta koja će se odmah predati osobi kojoj su predmeti, odnosno dokumenti oduzeti.<sup>132</sup>

U pogledu detaljnije elaboracije postupka pretresanja (zahtjeva za pretresanje i njegovog sadržaja, naredbe za pretresanje i njenog sadržaja, pretresanja sa i bez naredbe, pretresanja osoba, itd.) upućujemo na odgovarajuće zakonske odredbe zakona o krivičnom postupku kod nas. U kontekstu značaja pretresa kao radnje kojom se dokazuje krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u procesu JN-a, bitno je istaknuti da se često poseže upravo za ovom radnjom kako bi se pretresom najčešće službenih prostorija

<sup>129</sup> Grupa autora; *op.cit.*; str. 183

<sup>130</sup> Član 74. stav 5. ZKP-a FBiH, isto tako u ZKP-u BiH, ZKP-u RS-a i ZKP-u BD-a

<sup>131</sup> Izuzetak predstavlja pretresanje advokatske kancelarije gdje se mora obavijestiti nadležna advokatska komora u FBiH ili RS, a pretresanje se ne može izvršiti niti mu se pristupiti ukoliko ovoj radnji ne prisustvuje uredno i blagovremeno obaviješteni ovlašteni predstavnik te komore. Također, prilikom radnje pretresanja advokatske kancelarije ne smije se povrijediti tajnost isprava i predmeta. Dakle, radi se o izuzetku u općim pravilima pretresanja koja su regulirana *lex specialis* propisima o advokaturi u FBiH i RS-u (član 28. Zakona o advokaturi FBiH i član 43. Zakona o advokaturi RS-a).

<sup>132</sup> Član 76. stav 1. ZKP-a FBiH, član 62. stav 1. ZKP-a BiH, član 126. stav 1. ZKP-a RS-a i član 62. stav 1. ZKP-a BD-a

došlo do dokumentacije<sup>133</sup> od značaja za daljnji krivični postupak, ili da bi se pretresom stana ili drugih prostorija osumnjičenog, odnosno optuženog, ili druge osobe došlo do stvari koje mogu predstavljati korist kao posljedicu predmetnog krivičnog djela.

Zbog konspirativnosti kao odlučne karakteristike krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, često pretresanje treba da sadrži "element iznenađenja" u smislu pretresanja bez prethodne najave kako bi se osumnjičeni (optuženi) ili druga osoba onemogućili da prikriju ili unište određenu dokumentaciju ili stvari koje mogu imati presudan značaj kao dokaz u daljnjem krivičnom postupku. Bitnim se pokazuje, poštujući odredbe ZKP-a, izvršiti i pretresanje službenih prostorija ponuđača ili njegove odgovorne osobe kako bi se došlo do dokaza koji ukazuju na "vezu" ponuđača i rukovodioca ugovornog organa. Radnju pretresanja kao dokaznu radnju kojom se nastoji doći do dokaza za krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, treba temeljito isplanirati i pripremiti prije njenog provođenja, uz prethodno posjedovanje provjerenih kriminalističko-operativnih saznanja.

Razlog za ovo leži u činjenici da se često izuzima obimnija dokumentacija raznog profila (poreska, finansijska, poslovna, upravna i dr.), pa je stoga potrebno u zahtjevu za naredbu sudu biti precizan i znati tačno koju dokumentaciju tražiti i oduzeti, u čemu može pomoći stručna osoba odgovarajuće struke s kojom se tužilac i ovlaštena službena osoba konsultuju, ili čak bolje, s kojom rade kao organizovani tim.

Česta greška jeste isključivo fokusiranje na izuzimanje cjelokupne tenderske dokumentacije bez pribavljanja drugih dokaznih sredstava (e-mailovi, mobiteli, šihterice boravaka i dr.), kojima se dokazuje moguća povezanost određenog ponuđača sa službenim ili odgovornim osobama ugovornog organa.

<sup>133</sup> Najčešće je to finansijska dokumentacija čijom analizom i vještačenjem se utvrđuju određene činjenice koje se onda nastoje dovesti u vezu sa radnjom službene ili odgovorne osobe, kako bi se time utvrdilo postojanje elemenata krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, i sl.

**Primjer:** Kantonalno tužilaštvo USK-a je u predmetu br. T01 0 KTK 0006-X 09 podnijelo Kantonalnom sudu u Bihaću Zahtjev za pretresanje jedne javne ustanove u Bihaću zbog postojanja dovoljno osnova sumnje da se u istoj nalazi dokumentacija koje može poslužiti kao dokaz u daljnjem krivičnom postupku protiv osumnjičenog B.B., kao i da postoji opravdana bojazan da isti može prikriti tu dokumentaciju i uticati da se ista prikrije, falsifikuje ili na drugi način učini nedostupnom organima gonjenja. Naime, prethodno su u istrazi pribavljeni određeni dokazi koji ukazuju na osnove sumnje da je osumnjičeni kao odgovorna osoba te ustanove počinio produženo krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 3. KZ-a FBiH u vezi sa stavom 55. KZ-a FBiH. Prije podnošenja zahtjeva sudu, operativnim radnjama na terenu, saslušanjem svjedoka i kriminalističkom obradom dobijenih informacija i indicija utvrđeno je da se tražena dokumentacija upravo nalazi u toj ustanovi, nakon čega je sudu upućen zahtjev uz dokaze iz kojih proizlazi osnovana sumnja o izvršenom krivičnom djelu, a posebno dokazi kojima se ukazuje da osumnjičeni kao odgovorna osoba može uticati na stanje tražene dokumentacije (dokazi kojima su sudu prezentovane činjenice da osumnjičeni kao uticajna osoba u ustanovi i kao odgovorna osoba može prikriti dokumentaciju ili uticati na njen sadržaj, što je dokazivano posredstvom iskaza više svjedoka, pribavljene materijalne dokumentacije i dr.). Također, u dispozitivu zahtjeva je decidno pobrojana dokumentacija, period iz kojeg se traži dokumentacija, dok je u obrazloženju zahtjeva sudu prezentovano na koje okolnosti i zbog čega se traži upravo ta dokumentacija uz dokaze koji potkrepljuju takav stav tužilaštva, kao i dokaze koji opravdaju dovoljno osnova sumnje i bojazan da će osumnjičeni prikriti dokumentaciju kao bitan dokaz u daljnjem krivičnom postupku. Kantonalni sud u Bihaću je svojom naredbom br. 01 0 K 0091XY 14 Kpp od 17.9.2014. godine našao ovaj zahtjev tužilaštva osnovanim i izdao naredbu za pretres.

U navedenom predmetu je prije provođenja radnje dokazivanja pretresa izvršena detaljna analiza postojećih činjenica i indicija utvrđenih u istrazi, nakon čega je održan timski sastanak tužioca, ovlaštenih službenih osoba i stručne osobe-vještaka, čije je stručno znanje ukazalo koja tačno dokumentacija treba da se traži kako bi se dokazala činjenica da je osumnjičeni kontinuirano pribavljao sebi korist kao odgovorna osoba u ustanovi.

Dakle, treba operativnim radnjama provjeriti tačnu lokaciju određene dokumentacije ili stvari, umjesto pretpostavljati da se ona (dokumentacija) nalazi na određenoj lokaciji (službenoj prostoriji, stanu i dr.). Mora se razmišljati ili planirati i "šire" jer se često određeni ključni dijelovi tenderske dokumentacije poput tehničke specifikacije robe ili usluge nalaze u privatnim prostorijama određenih osoba, što, ukoliko je uspješno dokumentovano, jasno pokazuje na povezanost određenih osoba i koruptivne radnje u ugovornom organu. Nakon toga, zahtjev sudu mora biti zasnovan na dokazima, obrazložen i utemeljen, a

ne paušalan i baziran na pretpostavkama. Samo tako, pretres može omogućiti efikasno i zakonito pribavljanje dokaza u određenim situacijama gdje je ova radnja potrebna, smatrajući da se u većini drugih slučajeva gdje ne postoje opisane okolnosti ima provoditi radnja dokazivanja privremeno oduzimanje predmeta i dokumentacije.

### 6.1.2. Privremeno oduzimanje predmeta i dokumentacije

Privremeno oduzimanje predmeta (i imovine) je, zasigurno, najčešća radnja dokazivanja koja se koristi kod dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Gotovo je nemoguće zamisliti sam proces dokazivanja ovog krivičnog djela, a da se pri tome ne nastoji u postupku dokazivanja pribaviti razne vrste dokumentacije kojom se dokazuju mnogi elementi ovog krivičnog djela. Stoga je teoretsko i praktično poznavanje ove radnje dokazivanja iznimno bitno.<sup>134</sup> Figurativno rečeno, privremeno oduzimanje predmeta i imovine je pritvor prema imovini.<sup>135</sup>

Ova radnja dokazivanja specifična je za istragu, ali je njeno preduzimanje moguće i prije započinjanja istrage, kao hitne istražne radnje. Sastoji se u privremenom oduzimanju predmeta: 1) koji se po krivičnom zakonu imaju oduzeti; ili 2) mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku (ovi predmeti se mogu označiti i kao *corpus delicti*).

Ovo je **materijalni uslov** za privremeno oduzimanje predmeta i imovine koji postoji ako se alternativno radi o dvije grupe predmeta. Takvi predmeti privremeno će se oduzeti i na osnovu sudske odluke će se osigurati njihovo čuvanje.<sup>136</sup>

Obaveza predaje ovakvih predmeta od strane onog koji ih drži se naziva edicijska dužnost. Ukoliko pak osoba koji drži te predmete odbija da preda iste, ona se može kazniti novčanom kaznom od 50.000 KM ili u slučaju daljnjeg odbijanja zatvoriti do predaje predmeta ili do završetka krivičnog postupka, a najduže 90 dana (član 79. ZKP-a FBiH, član 65. ZKP-a BiH).

U odnosu na određene osobe nije moguće primijeniti navedene procesne mjere u slučaju da odbiju predaju predmeta koje od njih na osnovu sudske naredbe treba oduzeti. To su:

<sup>134</sup> Mnogi predmeti u praksi ovise o kvalitetu pribavljene dokumentacije putem upravo ove radnje dokazivanja, a posebno važan segment jeste pravilnost, pravovremenost i nadalje zakonitost izvođenja ove radnje dokazivanja, s obzirom da se u nemalom broju slučajeva nezakonito oduzme ili pribavi određena bitna dokumentacija zbog čega se onda cjelokupan predmet dovodi u pitanje.

<sup>135</sup> Vasiljević, T.; *Sistem krivično procesnog prava SFRJ*; Savremena administracija; Beograd; 1981.; str. 404

<sup>136</sup> Simović, M.; op.cit. str. 223



1) osumnjičeni, odnosno optuženi; i 2) osobe koje su oslobođene dužnosti svjedočenja.<sup>137</sup> Ova pravila o izvođenju ove radnje dokazivanja odnose se i na podatke pohranjene u kompjuteru ili sličnom uređaju za automatsku obradu podataka, što je bitno naglasiti u današnjim modernim uslovima života i komunikacije.

**Formalni uslov** ove radnje dokazivanja je postojanje sudske odluke u formi naredbe. Naredbu<sup>138</sup> za oduzimanje predmeta izdaje sud na prijedlog tužioca ili ovlaštene službene osobe koja je odobrenje dobila od tužioca.<sup>139</sup> U smislu funkcionalne nadležnosti, to je sudija za prethodni postupak (do podizanja optužnice), sudija za prethodno saslušanje (prije početka glavnog pretresa) i sudija, odnosno predsjednik vijeća na glavnom pretresu.<sup>140</sup> U praksi, ovu radnju dokazivanja najčešće (gotovo uvijek) izvode ovlaštene službene osobe, mada nije isključeno i prisustvo tužioca ili drugih ovlaštenih osoba tužilaštva (istražilaca i stručnih saradnika).<sup>141</sup> Prilikom oduzimanja predmeta treba da budu ispunjene određene formalne pretpostavke koje se odnose na: 1) utvrđivanje mjesta pronalaska predmeta – naznačenje gdje su pronađeni; 2) pripremu za identifikaciju predmeta – opisat će se, a po potrebi i na drugi način osigurati utvrđivanje njihove istovjetnosti; 3) formalno potvrđivanje vlasniku ili držaocu da su mu predmeti privremeno oduzeti – za oduzete predmete izdat će se potvrda.<sup>142</sup>

Privremeno oduzimanje predmeta i imovine, kao radnja dokazivanja, shodno pozitivnim odredbama zakona o krivičnom postupku u krivično procesnom zakonodavstvu BiH ima slijedeće oblike: privremeno oduzimanje predmeta koji se imaju oduzeti (član 65. stav 1. ZKP-a BiH), privremeno oduzimanje predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku (član 65. stav 1. ZKP-a BiH), prikupljanje podataka pohranjenih u kompjuteru ili sličnim uređajima za automatsku obradu podataka (član 65. stav 6. ZKP-a BiH), privremeno oduzimanje pisama, telegrama i drugih pošiljki (član 67. ZKP-a BiH), privremeno oduzimanje dokumentacije (član 68. stav 1. ZKP-a BiH), dostavljanje podataka

<sup>137</sup> Ibid., str. 223

<sup>138</sup> Sadržaj naredbe je određen u stavu 3. člana 79. ZKP-a FBiH, stavu 3. člana 65. ZKP-a BiH, i u istim odredbama ZKP-a RS-a i ZKP-a BD-a.

<sup>139</sup> Član 79. stav 2. ZKP-a FBiH, član 65. stav 2. ZKP-a BiH

<sup>140</sup> Simović, M.; str. 224.

<sup>141</sup> U praksi Kantonalnog tužilaštva USK-a, provođenju ove radnje dokazivanja u predmetima krivičnog djela iz člana 383. KZ-a FBiH, u velikom broju oduzimanja predmeta od raznih osoba ili u raznim ustanovama, preduzećima, službenim prostorijama i dr., prisustvuju i stručni saradnici Odjeljenja za privredni kriminal i korupciju tokom same radnje koju preduzimaju ovlaštene službene osobe nadležnog policijskog organa, a sve s ciljem kako bi se što efikasnije i preciznije izvršila ova radnja o čijem ishodu uveliko ovisi rezultat same istrage.

<sup>142</sup> Simović, M.; str. 224

o bankovnim depozitima i drugim finansijskim transakcijama i poslovima određene osobe (član 72. stav 1. ZKP-a BiH), privremeno obustavljanje izvršenja određene finansijske transakcije (član 72. stav 5. ZKP-a BiH), naredba operateru telekomunikacija (član 72a. ZKP-a FBiH), i privremeno oduzimanje imovine radi osiguranja (član 73. ZKP-a BiH).<sup>143</sup>

Tumačenjem postojećih zakona o krivičnom postupku u BiH kao analizom sudske prakse, proizlazi da privremeno oduzimanje predmeta može biti prinudno i dobrovoljno. Oba ova oblika ili načina predstavljaju samostalne radnje dokazivanja. Iako naočigled jednostavna podjela, ista stvara dosta problema u praksi prilikom provođenja.

Naime, već spomenuta edicijska dužnost predstavlja opću građansku dužnost kojom se predaju predmeti organima krivičnog gonjenja radi uspješnog vođenja krivičnog postupka. Međutim, u pozitivnoj praksi sudova, tužilaca i policije u provođenju radnje dokazivanja (procesna aktivnost) – privremeno oduzimanje predmeta, na osnovu dobrovoljne predaje, postoje različite prakse i shvatanja ove procesne radnje dokazivanja (procesne aktivnosti), od shvatanja da ta procesna radnja “kao dobrovoljna predaja predmeta” nije propisana važećim ZKP-om BiH, pa time nije i dozvoljena i time nezakonita, do različitog shvatanja o postupanju sa privremeno oduzetim predmetima na ovakav način i u smislu da li se ovako pribavljeni predmeti moraju predavati sudu na čuvanje i da li postoji obaveza tužioca da vrši otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta u skladu sa važećim odredbama.<sup>144</sup> U tom pravcu, zanimljivi su **slijedeći primjeri iz prakse:**

*“Obrana je prigovarala i ostalim dokazima, a posebno potvrdi o privremenom oduzimanju predmeta od optuženog Ž.V. jer Jedinica za posebne istrage nije imala naredbe ni za pretresanje ni oduzimanje predmeta od Ž.V. Obrana je osporavala i rokovnik kao pravno nevaljan dokaz i potvrdi o njegovom oduzimanju od optuženog V.V. jer nije bilo naredbe sudije za prethodni postupak za njegovo oduzimanje. Međutim, takav prigovor se ne može prihvatiti kao osnovan, jer u potvrdi je jasno konstatovano da se radi o dobrovoljnoj predaji predmeta koje su privremeno oduzeli bez naredbe i nije bilo izričitog protivljenja tada osumnjičenog, pa nije ni postojala potreba za naknadno odobrenje za oduzimanje ovog predmeta od strane sudije za prethodni postupak.”*

**Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci broj 071 0 K 012689 09 Kžk od 13.4.2009. godine**

<sup>143</sup> Čl. 79. st. 1., čl. 79. st. 1., čl. 79. st. 6., čl. 81., čl. 82. st. 1., čl. 86. st. 1. i st. 5. i čl. 87. ZKP-a FBiH, čl. 65. st. 1., čl. 65. st. 1., čl. 65. st. 6., čl. 67., 68. st. 1., čl. 72. st. 1. i st. 5. i čl. 73. ZKP-a BD-a, čl. 129. st. 1., čl. 129. st. 1., čl. 129. st. 6., čl. 131., 132. st. 1., čl. 136. st. 1. i st. 5. i čl. 137. ZKP-a RS-a

<sup>144</sup> Lakić, S.; *Privremeno oduzimanje predmeta kao radnja dokazivanja u ZKP-u BiH, teorija i praksa*; Pravo i pravda; godina XII br. 1; Udruženje sudija u Federaciji BiH; Sarajevo; 2013.; str. 266

Nasuprot prethodno iznesenom stavu suda u citiranoj presudi, u novijoj sudskoj praksi imamo shvatanja da je otvaranje privremeno oduzetih predmeta nužna procesna radnja i u slučaju kada se radi o dobrovoljnoj predaji predmeta. Takav stav je iznio Vrhovni sud FBiH, čija praksa je od odlučnog značaja u radu tužilaštava u FBiH, pa tako i Kantonalnog tužilaštva USK-a, iz okvira čijeg postupanja proizlazi i ovaj rad.

Vrhovni sud ističe:

*Kantonalna tužiteljica u žalbi navodi da je prvostepeni sud pogrešno utvrdio činjenično stanje kada je odbio da izvrši uvid u CD snimak nadzora koji za sud predstavlja nezakonit dokaz, ističući da je navedeni dokaz vlasnik držalac istog dobrovoljno predao OSL-u, te da zbog toga nije trebalo utvrđivati identitet predmeta i postupati sa istim u smislu čl. 84. i 85. ZKP-a FBiH. Ovi žalbeni navodi tužiteljice su neosnovani. Prije svega, nesporno je da je navedena CD snimka po nalogu ovlaštenog tužioca oduzeta od vlasnika od strane OSL-a, o čemu je sačinjen zapisnik o dobrovoljnoj predaji predmeta, što je učinjeno nakon završenog uviđaja na licu mjesta, pa s obzirom na to, po ocjeni ovog suda, zapisnik o privremenom oduzimanju ne sadrži sve ono što propisuje odredba čl. 79. st. 8. ZKP-a FBiH, po kojoj odredbi zakonskoj, bez obzira na način privremenog oduzimanja predmeta (dobrovoljnom predajom ili prinudnim oduzimanjem), o privremenom oduzimanju mora se: - sačiniti zapisnik, koji mora sadržavati podatke o tome gdje je predmet pronađen, tačan opis oduzetog predmeta, po potrebi i druge podatke koji će osigurati utvrđivanje njegove istovjetnosti; - izdati potvrdu o privremenom oduzimanju, koja mora sadržavati opis predmeta, a koja potvrda se mora izdati osobi od koje je predmet privremeno oduzet. Nadalje, u spisu se ne nalazi zapisnik niti bilo kakav drugi dokument koji bi ukazivao da je, nakon privremenog oduzimanja predmeta od vlasnika od strane OSL-a, postupljeno u skladu sa čl. 84. i 85. ZKP-a FBiH, kojima je propisano: - da se privremeno oduzeti predmeti pohranjuju u sudu ili sud na drugi način osigurava njihovo čuvanje; - da otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije vrši tužilac koji je po otvaranju privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije dužan obavijestiti osobu od koje su predmeti oduzeti, suca za prethodni postupak i branioca. Kako u konkretnom slučaju nije postupljeno na taj način, odnosno kako su nakon privremenog oduzimanja predmeta prekršene navedene zakonske odredbe koje se odnose na postupanje sa privremeno oduzetim predmetima, to je, i po ocjeni ovog suda, pravilan zaključak nižestepenog suda da je navedeni dokaz nezakonit i da se na njemu ne može zasnivati odluka suda.“*

**Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 010760 13 Kž2 od 3.10.2013. godine**

### 6.1.2.1. Postupak privremenog oduzimanja predmeta

Nakon privremenog oduzimanja predmeta i dokumentacije, u zapisniku će se popisati privremeno oduzeti predmeti i dokumentacija i o tome izdati potvrda. Ako popis predmeta i dokumentacije nije moguć, predmeti i dokumentacija će se staviti u omot i zapečatiti. Popis predmeta ili dokumentacije, koji su u zapečaćenom omotu, može se napraviti naknadno.<sup>145</sup> Osoba od koje su privremeno oduzeti predmeti ima pravo žalbe, koja nema suspenzivno dejstvo.

Ovo znači da se oduzimanje predmeta i dokumentacije vrši unatoč uloženom pravnom lijeku. O žalbi odlučuje vanraspravno vijeće suda koji je naredbom odredio ovu radnju dokazivanja. Otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije vrši tužilac. O otvaranju privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije tužilac je dužan obavijestiti osobu ili preduzeće od kojeg su predmeti oduzeti, sudiju za prethodni postupak i branioca. Pri otvaranju i pregledu oduzetih predmeta i dokumentacije mora se voditi računa da njihov sadržaj ne saznaju neovlaštene osobe.<sup>146</sup> Tužilac nije više jedini ovlašten da vrši ovu radnju kako je to prethodno opisano već sad ovo ovlaštenje on može pismenim odobrenjem prenijeti i na ovlaštene službene osobe koje osnovom tog odobrenja tužioca, mogu vršiti ovo otvaranje i bez njegovog prisustva, tj. samostalno.<sup>147</sup> Svakako, ovlaštene službene osobe moraju dosljedno primjenjivati ranije citirane odredbe i pravila prilikom provođenja ove procesne radnje, čija je suština da se izvrši i potvrdi identifikacija onih predmeta koji su oduzeti na licu mjesta od osumnjičenog ili druge osobe (pravne ili fizičke) sa onim predmetima koji se otvaraju i pregledaju u službenim prostorijama, u cilju zakonitosti ove radnje dokazivanja, odnosno njene autentifikacije.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> Simović, M.; op. cit.; str. 224

<sup>146</sup> Član 85. ZKP-a FBiH, član 71. ZKP-a BiH, član 135. ZKP-a RS-a, član 71. ZKP-a BD-a

<sup>147</sup> Zakon o izmjenama Zakona o krivičnom postupku FBiH ("Službene novine FBiH" br. 59/14), član 2.

<sup>148</sup> "Dakle, nesporno je da nadležni tužitelj u konkretnom slučaju nije izvršio otvaranje i pregled predmeta privremeno oduzetih od apelanta sukladno imperativnim odredbama st. 1. i 2. članka 135. ZKP-a RS-a. Osim toga, nesporno je da, u pogledu nepošivanja odredaba st. 1. i 2. članka 135. ZKP-a RS-a, redoviti sudovi nisu dali bilo kakvo obrazloženje osim, prema mišljenju Ustavnog suda, bespotrebnog pozivanja na nepostojanje razloga iz odredaba stavka 3. članka 135. ZKP-a RS-a. Ovom se treba dodati i da su saslušani svjedoci dali različite iskaze u pogledu boje selotejpa ili trake kojima su bili oblijepljeni predmeti oduzeti od apelanta, kao i da na oduzetim predmetima nisu pronađeni tragovi papilarnih linija, tj. otisaka apelantovih prstiju. Kada se sve to uzme u obzir, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju redoviti sudovi nisu otklonili razumnu sumnju u pogledu identiteta predmeta oduzetih od apelanta, te je, s obzirom na to da se pobijane presude temelje isključivo na tom dokazu (oduzetim predmetima za koje je kasnije vještačenjem ustanovljeno da je opojna droga), Ustavni sud mišljenja da predmetni postupak, gledajući u cjelini, ne zadovoljava standarde prava na pravično suđenje iz članka 6. stavak 1. Europske konvencije." Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP 291/08 od 19.11.2011. godina

Predmeti koji su oduzeti i čije je otvaranje i pregled izvršeno na gore opisani način, moraju se vratiti vlasniku ili držaocu kada u toku krivičnog postupka postane očigledno da njihovo zadržavanje nije u skladu sa naredbom suda za oduzimanje predmeta i kada ne postoje razlozi za njihovo oduzimanje iz člana 391. ZKP-a BiH.

#### 6.1.2.2. Postupak oduzimanja predmeta bez naredbe

Predmeti i dokumentacija se mogu oduzeti i bez postojanja formalnog uslova, a to je naredbe suda.

U takvoj situaciji, dovoljno je postojanje materijalnog uslova, a to je da se radi o predmetima koji se po krivičnom zakonu trebaju oduzeti ili koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku, uz postojanje opasnosti od odlaganja preduzimanja ove radnje.

Međutim, ukoliko se osoba koja se pretresa izričito usprotivi privremenom oduzimanju predmeta, tužilac je dužan u roku od 72 h od izvršenog pretresanja podnijeti zahtjev sudiji za prethodni postupak za naknadno odobrenje oduzimanja predmeta. Ako sudija za prethodni postupak odbije zahtjev tužioca, nastupaju dvije posljedice, i to jedna koja se odnosi na dokaznu sudbinu predmeta i druga – na obavezu njihovog vraćanja. Tako, 1) oduzeti predmeti se ne mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku i 2) privremeno oduzeti predmeti će se odmah vratiti osobi od koje su oduzeti.<sup>149</sup>

#### 6.1.2.3. Posebni slučajevi privremenog oduzimanja predmeta

U okviru ove radnje dokazivanja postoji nekoliko njenih specifičnih oblika koje je zakon posebno definisao, a koji se također posebno razmatraju i u teoriji krivično procesnog prava. To su:

- privremeno oduzimanje pisama, telegrama i drugih pošiljki;
- naredba banci ili drugoj pravnoj osobi;
- naredba operateru telekomunikacija;
- privremeno oduzimanje imovine radi osiguranja.

U kontekstu izučavanja problematike u ovom radu, posebno je bitno istaknuti slijedeća dva gore navedena specifična oblika, koji imaju veliki značaj u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, a to su:

<sup>149</sup> Simović, M.; *op.cit.* str. 225

**Naredba banci ili drugom pravnom licu** – Sud može, na prijedlog tužioca, ako postoje osnovi sumnje da je neka osoba izvršila krivično djelo koje je povezano s dobijanjem imovinske koristi – narediti banci ili drugoj pravnoj osobi koja vrši finansijsko poslovanje, dostavljanje podataka o bankovnim depozitima i drugim finansijskim transakcijama i poslovima te osobe, kao i osobe za koje se osnovano vjeruje da su uključene u te finansijske transakcije ili poslove osumnjičene, odnosno optužene osobe.<sup>150</sup>

Za određivanje ove mjere potrebno je ispunjenje formalnog i materijalnog uslova. Materijalni uslov jeste postojanje osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo povezano s dobijanjem imovinske koristi i da podaci o bankovnim depozitima i drugim finansijskim transakcijama mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku. Ova mjera je iznimno bitna upravo u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, koje u najvećem procentu ima za posledicu pribavljanje imovinske koristi, a upravo su podaci o bankovnim depozitima osumnjičenog/optuženog ili njemu bliskih osoba (pod već navedenim zakonskim uslovima) jedan od ključnih dokaza. Formalni uslov za ovu mjeru je odluka suda u formi naredbe, koju u hitnim slučajevima može izdati i tužilac, i o tome naknadno tražiti odobrenje suda.

Kada su u pitanju finansijske transakcije, sud ima mogućnost da djeluje i preventivno. Naime, sud može rješenjem narediti pravnoj ili fizičkoj osobi da privremeno obustavi izvršenje finansijske transakcije za koju postoji sumnja (alternativno): 1) da predstavlja krivično djelo; 2) da je namijenjena izvršenju krivičnog djela; 3) da služi prikriivanju krivičnog djela; ili 4) da služi prikriivanju dobiti ostvarene krivičnim djelom.<sup>151</sup>

U cilju sprečavanja kriminalnih aktivnosti koje imaju za cilj pribavljanje imovinske koristi, a koje su često produkt ili rezultat već spomenutog kriminaliteta bijelog ovratnika koji nastoji milionske iznose prikriti ili infiltrirati u legalne finansijske tokove, sud može da izvrši i privremeno oduzimanje ovih sredstava i to shodno odredbama o privremenom oduzimanju predmeta, koje ima prvorazredan značaj u efikasnom dokazivanju a posebno sprečavanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Razlog je jednostavan – osnovni motiv gotovo svih oblika zloupotrebe jeste pribavljanje imovinske koristi na temelju nezakonitog vršenja službene dužnosti ili ovlaštenja.

**Privremeno oduzimanje imovine radi osiguranja** – Materijalni uslov za ovu mjeru jeste da se radi o imovini koja se ima oduzeti po krivičnom zakonu, i da se takvom mjerom sprečava njeno korištenje, otuđenje ili raspolaganje, a sve kako bi se onemogućila daljnja

<sup>150</sup> Ibid., str. 227

<sup>151</sup> Ibid.

kriminalna aktivnost osumnjičenog ili optuženog i kako bi se time sačuvao i osigurao dokazni materijal u daljnjem krivičnom postupku. Formalni uslov jeste prijedlog tužioca sudu, gdje sud određuje ovu mjeru u formi svoje naredbe i to može činiti tokom cijelog krivičnog postupka s ciljem njegovog efikasnog vođenja.

### 6.1.3. Vještačenje

Ukoliko naučno, tehničko ili druga stručna znanja mogu pomoći sudu da ocijeni dokaz ili razjasni sporne činjenice, vještak kao posebna vrsta svjedoka može svjedočiti davanjem nalaza o činjenicama i mišljenjima koja sadrže ocjenu o činjenicama.<sup>152</sup> Vještačenje je izuzetno zastupljena radnja dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, s obzirom da su već prilikom istrage tužiocima primorani naređivati finansijska vještačenja kako bi utvrdili posljedice predmetnog krivičnog djela u vidu pribavljene koristi, koja je, kako pokazuje praksa, često rezultat kompleksnih finansijskih malverzacija i drugih sličnih modusa koji zahtijevaju stručnu analizu.

Upravo tu analizu može dati samo odgovarajući vještak, pa je stoga uloga vještaka prilikom dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iznimno bitna – ključna.<sup>153</sup> Procesne odredbe o vještačenju su sadržane u svim ZKP-ima u BiH.<sup>154</sup> Vještačenje je jedna od ključnih radnji dokazivanja korupcije u javnim nabavkama, gdje se razlika između stvarne vrijednosti robe ili usluge i one predviđene javnom nabavkom može utvrditi jedino provedenim vještačenjem; u pravilu su to građevinska, informatička i druga vještačenja s ciljem stručne analize i potvrde postojanja bitne činjenice – egzaktno koristi za ponuđača na štetu ugovornog organa.

Vještačenje je djelatnost vještaka na prikupljanju nalaza (*visum repertum*) i mišljenja (*parere*). U nalazu vještak daje ono što je opazio i ispitivanjem utvrdio, a značajno je za razjašnjenje relevantnih činjenica. Mišljenje, koje u cjelini mora biti osnovano i

<sup>152</sup> Up. Simović, M.; (2009.); *op.cit.* str. 418; i Sijerčić-Čolić, H.; (2008.); *op.cit.* str. 433

<sup>153</sup> Međutim, ne treba istragu "povjeriti" vještaku niti pristupiti njegovom nalazu i mišljenju bez imalo kritičkog promišljanja, odnosno treba vještaku jasno i precizno odrediti dijapazon njegovog rada i ne dozvoliti mu da se očituje o onim pitanjima koja nisu njegova kompetencija (posebno ne dozvoliti vještaku da donosi zaključke o pravno relevantnim činjenicama ili da iznosi svoje pravno mišljenje). Treba znati da je vještak iznimno dragocjen i bitan partner u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, ali isto tako da su sud i tužilaštvo *peritus peritorum* – vještak vještaku i da imaju posljednju riječ.

<sup>154</sup> Čl. 92-115. ZKP-a BiH, čl. 110-129. ZKP-a FBiH, čl. 159-179. ZKP-a RS-a i čl. 92-115. ZKP-a BD-a

obrazloženo, predstavlja vještakovo rješenje postavljenog zadatka i odgovor na istaknuta pitanja za rasvjetljavanje važnih činjenica u konkretnoj krivičnoj stvari.<sup>155</sup>

U citiranim odredbama važećih ZKP-ova u BiH, kao i u citiranim izvorima iz teorije krivično procesnog prava, detaljno su propisani prava i dužnosti vještaka, postupak i izvođenje vještačenja, ali i posebni slučajevi vještačenja u kojima nam se pokazuje, u kontekstu analize radnji dokazivanja predmetnog krivičnog djela, bitnim za prezentovati *vještačenje poslovnih knjiga*.

**Vještačenje poslovnih knjiga** – ovaj oblik vještačenja uvijek prati finansijski kriminalitet, za koji smo rekli da je često prožet bićem krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. U takvim situacijama, tužilac u istrazi naređuje vještaku finansijske struke (koji može biti raznih specijalističkih podoblasti) u kom pravcu i u kom obimu treba vršiti vještačenje i koje činjenice i okolnosti treba utvrditi.<sup>156</sup> Ako je za preduzimanje vještačenja poslovnih knjiga preduzeća, drugih pravnih osoba ili samostalnog privrednika, nužno da se prethodno sredi njihovo knjigovodstvo, troškovi sređivanja padaju na njihov teret. Sređeno knjigovodstvo obaveza je svake pravne osobe, pa kad je kod neke pravne osobe sređeno knjigovodstvo, ne može taj trošak prebaciti na drugog.<sup>157</sup>

U skladu s odgovarajućim zakonima iz oblasti računovodstva i knjigovodstva u BiH, sve pravne osobe koje nastupaju u privrednom prometu (privredni subjekti) ali i javni organi koji imaju takvu obavezu, dužni su da uredno vode poslovne knjige, sastavljaju, podnose i objavljuju računovodstvene iskaze i poslovne izvještaje u skladu sa zakonom. Poslovne knjige imaju karakter javnih isprava, pa je stoga veoma bitno da se iste vode tako da omogućavaju kontrolu ispravnosti knjiženja, čuvanja i korištenja podataka, kao i uvid u hronologiju knjiženja. Obaveza nadzora nad ovim je prevashodno na inspekcijskim organima (finansijskim, poreznim), za koje smo ranije rekli da u tom poslu imaju bitnu ulogu u otkrivanju raznih zloupotreba od strane ovlaštenih i odgovornih osoba. Stoga, nakon kvalitetno obavljenog posla od strane tih organa, vještačenje predstavlja nadogradnju njihovih aktivnosti kako bi se njihovi nalazi fiksirali i koristili kao dokaz u daljnjem krivičnom postupku.<sup>158</sup>

<sup>155</sup> Simović, M.; *op.cit.* str. 249

<sup>156</sup> Čl. 111. st. 1. ZKP-a BiH, čl. 125. st. 1. ZKP-a FBiH, čl. 175. st. 1. ZKP- RS-a, čl. 111. st. 1. ZKP-a BD-a

<sup>157</sup> Up. Simović, M.; (2009.); *op. cit.* str. 434; i Sijerčić-Čolić, H.; (2008.); *op.cit.* str. 444

<sup>158</sup> Upravo se u ovome ogleda toliko potrebna, kvalitetna i pravovremena saradnja tužilaštva i drugih organa koji u okvirima svojih nadležnosti prvi dolaze do saznanja o izvršenom krivičnom djelu zloupotrebe položaja ili ovlaštenja (ili o indicijama o krivičnom djelu), pa su upravo ti organi i njihov kvalitetan rad iznimno bitni kako bi se pribavili svi oni dokazi potrebi za kasnije vještačenje i krivični postupak uopće.

Cilj ovog oblika vještačenja je ukazati na postojanje onih pravno relevantnih činjenica (najčešće nepravilnosti – manjka novčanih sredstava, oblika i načina potrošnje kao i drugih finansijskih promjena stanja) koje se imaju onda dovesti u vezu sa službenim radnjama ili ovlaštenjima osumnjičenog, odnosno optuženog.

**Vještačenje stvarne vrijednosti robe ili usluge** – s obzirom na spektar roba i usluga u javnim nabavkama, tamo gdje postoji sumnja o “podizanju” vrijednosti nabavke zarad interesa drugog, provodi se ono vještačenje prema prirodi te robe ili usluge – građevinska vještačenja kroz multidiscipliniran pristup (izvođenje javnih građevinskih radova i usluga); informatička vještačenja (usluge pribavljanja i održavanja raznih softvera i sl.), pa sve do onih vrsta vještačenja koja odgovaraju profilu robe ili usluge kako bi se utvrdila stvarna vrijednost tog predmeta javne nabavke. Ova vještačenja u pravilu predstavljaju kompleksan i veoma zahtjevan proces, a vodeći se shvatanjima u našoj praksi, ona nisu sama po sebi dovoljna kako bi se eventualna razlika vrijednosti robe ili usluge stavila na teret službenoj ili odgovornoj osobi ugovornog organa, već se rezultati takvog vještačenja imaju dovoditi u vezu sa rezultatima drugih radnji dokazivanja.

#### 6.1.4. Posebne istražne radnje

Kao što im i sam naziv kaže, radi se o specifičnim (posebnim) istražnim radnjama kojima se ograničavaju ustavna prava i slobode pojedinca radi pribavljanja saznanja i dokaza važnih za krivični postupak. Nastale su kao odraz razvoja tehnologije i tehnike kojima se nastoje otkriti i spriječiti najteži oblici kriminaliteta, posebno organizovani kriminalitet. Korištenje savremenih naučnih i tehnoloških dostignuća u sprečavanju i suzbijanju kriminaliteta, posebno u segmentu njegovog otkrivanja i osiguranja dokaza, smatra se imperativom u savremenim uslovima. U tom procesu, realizacijom pojedinih operativnih mjera i radnji, uz neophodno korištenje tehničkih sredstava i metoda, može doći i dolazi do zadiranja u pojedina ljudska prava i slobode.<sup>159</sup>

Zadiranje države na ovaj način u privatnu sferu pojedinca na udaru je mnogih kritika, no mora se imati na umu da svako krivično djelo predstavlja još veće (najveće) ugrožavanje ljudskih prava i sloboda, te stoga nema dileme da li organi gonjenja jedne države trebaju koristiti moderna dostignuća tehnike kako bi efikasno otkrili i suzbili razne

<sup>159</sup> Simović, M.; *Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio*; Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću; Bihać; 2009.; str. 448

oblike kriminaliteta, posebne one teže, poput organizovanog kriminaliteta i korupcije.<sup>160</sup> Zbog toga se, uporedo sa razvojem i usavršavanjem modus operandija, tj. načina vršenja krivičnih djela, te sa sve većom i raznovrsnijom upotrebom raznih tehničkih i tehnoloških sredstava prilikom vršenja krivičnih djela, usavršavaju i metode sprečavanja i otkrivanja krivičnih djela i izvršilaca, odnosno tendenciju načina vršenja savremenih krivičnih djela prati razvoj savremenih istražnih metoda koje imaju za cilj da smanje i suzbiju kriminalitet.<sup>161</sup> U ovom pravcu, prema shvatanju Evropskog suda za ljudska prava, zakonodavac mora postaviti određena i jasna pravila za primjenu ovih mjera, odnosno mora označiti krug osoba prema kojima može biti primijenjena bilo koja od posebnih istražnih mjera, prirodu i vrstu krivičnih djela koje su osnov određivanju tih mjera, vremenske granice trajanja nadzora i snimanja, načine kontrole, kao i druge uslove koji u suštini određuju restriktivnost i supsidijarnost u njihovoj primjeni.<sup>162</sup>

Posebne istražne radnje su predviđene i međunarodnim dokumentima kao što su Konvencija o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom, Konvencija UN-a protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci, Krivičnopravna konvencija o korupciji, Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dr.<sup>163</sup>

Određbe o posebnim istražnim radnjama su regulisane u svim ZKP-ima u BiH i predstavljaju odraz međunarodnih standarda u borbi protiv najtežih oblika kriminaliteta, pa time i korupcije.

Pritom, ovdje svakako treba naglasiti da bi, bez pravnog regulisanja, ove mjere mogle postati sredstvom instrumentalizacije krivičnog postupka, pa je zakonsko određivanje tih mjera garancija i njihove ograničene primjene. Ipak, analizirajući uslove za njihovu primjenu, može se zaključiti da se te mjere mogu relativno široko primjenjivati. Taj

<sup>160</sup> Evropski sud za ljudska prava je predmetima *Kan protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2000.)* i *Šenk protiv Švicarske (1998.)* iznio stav da država ima “pozitivnu obavezu” da djelotvorno spriječi i istraži krivična djela i vrši krivično gonjenje izvršilaca. Mjere preduzete tokom istrage krivičnih djela, a kojima se zadire u privatnost pojedinca, prihvatljive su ukoliko su propisane zakonom i ako su srazmjerne izvršenom krivičnom djelu, tj. ako postoji određena ravnoteža u tom smislu.

<sup>161</sup> Halilagić, N.; *Savremeni oblici suprotstavljanja organizovanom kriminalitetu s akcentom na angažovanje prikrivenog istražioca i informatora*; Pravo i pravda; godina XI; br. 1; Udruženje sudija u Federaciji Bosne i Hercegovine; Sarajevo; 2012.; str. 504

<sup>162</sup> Vidjeti odluku u predmetu *Kruslin et Huvig* od 24. aprila 1990. godine, str. 353. U tom smislu vidjeti i odluke istog suda u predmetima: *Klass protiv Njemačke (6.9.1978.)*, *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2.8.1984.)*

<sup>163</sup> Vidjeti više: Sijerčić-Čolić, H. i dr.; *Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Vijeće Evrope; Sarajevo; 2005.; str. 348-351

zaključak temeljimo najprije na odredbi člana 116. stav 1., po kojoj se posebne istražne radnje mogu odrediti “ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo skopčano sa nesrazmjernim teškoćama”.<sup>164</sup> Stručnoj javnosti su poznate diskusije povodom odluke Ustavnog suda BiH u predmetu U-5/16, kao i izmjene ZKP-a BiH na temelju toga, zbog čega nećemo detaljnije ulaziti u tu elaboraciju.

Uprkos mogućnosti primjene posebnih istražnih radnji isključivo povodom najtežih krivičnih djela, za njihovu je primjenu dovoljno postojanje osnova sumnje o izvršenju takvog djela od određene osobe.<sup>165</sup> Dakle, u svojoj osnovi, ove istražne radnje su predviđene za otkrivanje i dokazivanje težih krivičnih djela koja se “klasičnim” radnjama dokazivanja ne mogu otkriti ili dokazati, ili je takav postupak prožet mnogim teškoćama.<sup>166</sup> Zakoni o krivičnom postupku ne određuju načine provođenja posebnih istražnih radnji, kao što je to slučaj sa recimo radnjom dokazivanja pretresanja ili privremenog oduzimanja predmeta i imovine, već samo određuju uslove za njihovo provođenje.

Ovo daje dosta široka ovlaštenja policijskom organu koji provodi istražne radnje da, nakon što dobije nalog sudije za prethodni postupak, sam određuje način provođenja ovih radnji u svakom konkretnom slučaju onako kako to ovaj organ smatra najboljim. Iz odredbi zakona vidljivo je da uloga sudije za prethodni postupak nije ograničena samo na davanje naredbe. Da on ima i određenu ulogu, vidljivo je iz odredbe kojom je predviđeno da “mora pismenom naredbom, bez odlaganja, obustaviti izvršenje preduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje određene”.

Kontrolna uloga proizlazi i iz odredbe prema kojoj “sudija za prethodni postupak na osnovu pisanog izvještaja tužioca provjerava je li postupljeno po njegovoj naredbi”.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> Simović, M.; *op. cit.* str. 450

<sup>165</sup> *Ibid.*, str. 451

<sup>166</sup> Određena krivična djela po svojoj prirodi i načinu izvršenja u velikom broju slučajeva onemogućavaju organima gonjenja da standardnim radnjama dokazivanja otkriju i kasnije dokazuju ista. Uzmimo za primjer krivično djelo primanja ili davanja mita kao jedno od osnovnih krivičnih djela korupcije. Ovo krivično djelo je konspirativnog karaktera u kojem često direktni akteri imaju zajedničke interese i niti jedan od istih nema klasično svojstvo oštećenog kao kod drugih krivičnih djela, pa je stoga saznanje putem prijave oštećenog ili na drugi uobičajeni način rijetko u praksi. Dakle, visok stepen kohezije, zajedničkog djelovanja i postojanja obostranog interesa kod izvršilaca ovakvih krivičnih djela u kojima su oni u pravilu jedini očevici ovakvih radnji onemogućava penetriranje u ove koruptivne krugove i radnje klasičnim radnjama dokazivanja, pa su stoga posebne istražne radnje u velikom broju slučajeva jedino rješenje. Svakako, ovo ne smije i ne može biti izgovor za njihovu instrumentalizaciju.

<sup>167</sup> Simović, M.; *op. cit.* str. 451

#### 6.1.4.1. Uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji

S obzirom da se radi o specifičnim istražnim radnjama kojima se duboko zadire u sferu privatnosti pojedinca, zakonodavac je propisao uslove za primjenu posebnih istražnih radnji, gdje osnovni kriterij predstavlja težina krivičnog djela kao primjena principa supsidijariteta u njihovom određivanju.<sup>168</sup> U svim ZKP-ima BiH je određen katalog krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje, pa je tako u članu 117. ZKP-a BiH određena njihova primjena za krivična djela: 1) protiv integriteta BiH; 2) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom; 3) terorizma; 4) za krivična djela za koja se prema KZ-u BiH može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.<sup>169</sup> Primjenu posebnih istražnih radnji nije moguće proširiti na ostala krivična djela, a ako se primjenom tih radnji “slučajno” otkriju podaci i saznanja koja upućuju na izvršenje nekog drugog krivičnog djela, mogu se dostaviti tužiocu na korištenje samo ako se radi o krivičnom djelu iz prikazanog kataloga krivičnih djela.<sup>170</sup> U vezi s ovim, bitno je također napomenuti da se posebne istražne radnje ne mogu prošiti na one osobe koje nisu označene u sudskoj naredbi kao izvršioc (saučesnici, pomagači) ili koje na drugi način učestvuju u izvršenju navedenih krivičnih djela. U krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH, u pogledu odobravanja i primjene posebnih istražnih radnji važe načela koja se moraju primjenjivati. To su:

- **načelo legaliteta** – posebne istražne radnje su određene zakonom za krivična djela koja su također određena i propisana zakonom;<sup>171</sup>
- **načelo srazmjernosti** – podrazumijeva da se ove mjere ili radnje neće primjenjivati ni kod “kataloških” krivičnih djela ako se za konkretne oblike inkriminisanog ponašanja mogu izreći blage kazne, zbog čega bi nastupio nesrazmjer između težine krivičnog djela i intenziteta zahvata u ljudska prava i slobode pojedinca;<sup>172</sup>
- **načelo supsidijariteta** – primjena ovih mjera dolazi u obzir ukoliko se drugim radnjama ne mogu prikupiti potrebni dokazi, odnosno postoje teškoće u tom procesu;<sup>173</sup>

<sup>168</sup> “Spisak krivičnih djela povodom kojih se mogu odrediti posebne istražne radnje dobijen je kombinacijom dva kriterija: 1) listom određenih krivičnih djela i 2) propisivanjem donje granice kazne koja se može izreći.” Cit. prema M. Simović; str. 451

<sup>169</sup> U ZKP-u FBiH (čl. 131.) i ZKP-u BD-a (čl. 117.) je određeno da se posebne istražne radnje mogu odrediti za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna, dok je u čl. 227. ZKP-a RS-a, kao i u ZKP-u BiH naveden “katalog” krivičnih djela (protiv Republike Srpske, čovječnosti i međunarodnog prava, terorizma).

<sup>170</sup> Simović, M.; str. 452

<sup>171</sup> Up. čl. 116. i 117. ZKP-a BiH, čl. 130. i 131. ZKP-a FBiH, čl. 226. i 227. ZKP-a RS-a, čl. 116. i 117. ZKP-a BD-a

<sup>172</sup> Up. čl. 116. st. 1. ZKP-a BiH, čl. 130. st. 1. ZKP-a FBiH, čl. 226. st. 1. ZKP-a RS-a, čl. 116. st. 1. ZKP-a BD-a

<sup>173</sup> Up. čl. 118. st. 1. ZKP-a BiH, čl. 132. st. 1. ZKP-a FBiH, čl. 228. st. 1. ZKP-a RS-a, čl. 118. st. 1. ZKP-a BD-a

- **načelo sudskog nadzora** – ovo načelo znači da je određivanje i praćenje primjene ovih istražnih radnji isključiva nadležnost suda, što predstavlja garanciju primjene i provedbe i ostalih načela.

**Materijalnopравни uslov** za određivanje posebnih istražnih radnji jeste postojanje situacije da se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi, dok **formalni uslov** predstavlja odluka suda. Posebne istražne radnje mogu se odrediti prema određenoj osobi uz postojanje određenih **procesnopравnih razloga** za njihovo preduzimanje: 1) ako postoje "osnovi sumnje" protiv osobe da je sama ili s drugim osobama učestvovala u krivičnom djelu; 2) ako nadležni sudski organ (sudija za prethodni postupak) obrazloženom pisanom naredbom (izuzetno usmenom) odredi njihovu primjenu; 3) trajanje primjene posebnih radnji ograničeno je na šest, odnosno tri mjeseca, s tim što njihovu svrsishodnost nadzire sudija za prethodni postupak, tako da će se u slučajevima da se postigne svrha, odnosno slučajevima uočavanja da ne postižu očekivanu svrhu ili se uopće njihovom primjenom ne dobijaju podaci zbog kojih su određeni – prekinuti njihova primjena.<sup>174</sup>

Pored ovih, postoje i posebni uslovi za primjenu kod radnje tajnog nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija gdje se, pored već opisanih uslova, primjena ove posebne istražne radnje može proširiti i na treće osobe, ali samo ako postoje osnovi sumnje da učiniocu ili od njega prenose informacije u vezi s krivičnim djelom.

Također, pri izvršenju radnje prikrivenog istražioca i informatora i simuliranog i kontrolisanog davanja potkupnine organi koji provode ove radnje ne smiju preduzimati aktivnosti koje su podstrekivanje na izvršenje krivičnog djela.<sup>175</sup>

#### 6.1.4.2. Vrste posebnih istražnih radnji

U krivičnoprocesnim zakonima u BiH postoji sedam posebnih istražnih radnji.<sup>176</sup> To su:

- nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija;
- pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka;
- nadzor i tehničko snimanje prostorija;

<sup>174</sup> Simović, *op. cit.* str. 452

<sup>175</sup> "Država, naime, ne može kazniti nekoga za ono na što ga je sama navela. Suprotno postupanje znači venire contra factum proprium, tj. kršenje činjenica, odnosno normi koje smo sami stvorili ili postavili." Krapac, D.; *Krivično procesno pravo, Knjiga prva*; Informator; Zagreb; 2000.; str. 201

<sup>176</sup> Čl. 116. st. 2. tačka a)-g) ZKP-a BiH, čl. 130. st. 2 a)-g) ZKP-a FBiH, čl. 226. st. 2 a)-e) i čl. 116. st. 2. tačka a)-g). U ZKP-u RS-a je zakonskim izmjenama iz 2008. godine uveden informator kao posebna istražna radnja.

- tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, prijevoznih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima;
- korištenje prikrivenih istražilaca i korištenje informatora;
- simulirani i kontrolisani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine;
- nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela.

Ove radnje možemo, prema njihovoj sadržini i načinu izvođenja, podijeliti u dvije grupe: *mjere tajne opservacije* i *mjere prodora u kriminalne grupe*, ili na *mjere audio i video nadzora* i *mjere tajnih operacija*. Kako god ih dijelili, jasno se iz samog njihovog naziva vidi njihova suština ali i cilj i svrha, koji se drugim radnjama dokazivanja ne mogu postići ili je to u pravilu znatno teže. Isto tako, a kao što je ranije istaknuto, ovim se mjerama znatno ograničavaju ljudska prava i slobode iz člana 8. EKLJP-a, pa je zato njihova jasna *de lege* određenost i strožiji uslovi primjene nego kod drugih radnji dokazivanja način na koji zakonodavac onemogućava njihovu instrumentalizaciju. No, zakonodavac u tome mora balansirati između prava pojedinca predviđena članom 8. EKLJP-a, ustavom i zakonima, i prava države i njenih organa da efikasno procesuiraju najteže oblike kriminaliteta, za što praksa pokazuje u modernim uslovima da nije moguće bez primjene upravo posebnih istražnih radnji.

U literaturi su detaljno i pojedinačno opisane navedene posebne istražne radnje, kako s kriminalističkog tako i s krivičnoprocesnog (pozitivnog) aspekta, te se zbog toga nećemo osvrnuti na svaku od posebnih istražnih radnji ponaosob već ćemo ukazati na značaj ovih mjera ili radnji u procesu otkrivanja i dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.

#### 6.1.4.3. Primjena i značaj posebnih istražnih radnji u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja

Polazeći od svega prethodno iznesenog u pogledu posebnih istražnih radnji (vrste, uslova za primjenu i dr.), tj. od postojećih zakonskih rješenja u svim ZKP-ima u BiH, a u vezi sa zakonskim bićem krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u svim krivičnim zakonima u BiH, jasno proizlazi da je primjena ovih mjera moguća već kod osnovnog oblika ovog krivičnog djela, s obzirom da je već za taj oblik moguće izreći kaznu zatvora dužu od tri godine. Dakle, posebne istražne radnje se mogu predlagati i određivati za sve oblike krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. S obzirom na svu ranije prezentovanu kompleksnost i širinu ovog krivičnog djela, a posebno na njegovu konspirativnost u izvršenju, često se standardnim radnjama dokazivanja ne može otkriti niti dokazati ovo krivično djelo – ukratko, klasične radnje dokazivanja ne mogu često dokazati sve dogovore i druge protipravne radnje u vezi sa konkretnom javnom nabavkom.

Posebne istražne radnje (posebno npr. nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka i simulirano davanje potkupnine) u takvim situacijama mogu dati efikasne rezultate i znatno olakšati proces dokazivanja.<sup>177</sup> Tužilac prethodno mora "iscrpiti" klasične radnje dokazivanja kako bi utvrdio sve pravnorelevantne činjenice prilikom otkrivanja i dokazivanja predmetnog krivičnog djela, pa tek ukoliko to nije moguće, predlagati posebne istražne radnje. Bitno je napomenuti, u duhu načela srazmjernosti, da određivanje posebnih istražnih radnji ima smisla (iako je formalno moguće kod svih oblika) kod težih oblika zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.<sup>178</sup>

Kao jedno od genusnih djela korupcije, zloupotreba položaja ili ovlaštenja često bude neotkrivena, zbog čega je tamna brojka ovog kriminaliteta iznimno visoka. Standardnim radnjama dokazivanja poput saslušanja svjedoka, privremenog oduzimanja predmeta ili vještačenja, često se ne može dokazati ovo krivično djelo, posebno onaj njegov oblik u kojem učinilac formalno-pravno postupa u granicama svoje službene dužnosti ili ovlaštenja i gdje nije vidljiva šteta ili povreda prava drugog, ali on ipak *de facto* iskorištava svoj službeni položaj i drugom ili sebi pribavlja korist i time postupa suprotno interesima službene dužnosti. Dakle, rad na koruptivnom predmetu javne nabavke gdje će se samo izvršiti privremeno oduzimanje tenderske dokumentacije i potom njena analiza je možda razlog nepostojanja optužnica i osuđujućih presuda za ovaj oblik kriminaliteta. U ovakvim situacijama, jedini rezultat mogu dati posebne istražne radnje (tajne mjere opservacije i nadzora) kojima se saznaje istinska namjera i faktično postupanje osumnjičenog – optuženog, ali svakako, mora se uvijek voditi računa o svemu prethodno navedenom (načelo supsidijariteta, načelo srazmjernosti).

S obzirom da smo rekli da korupcija predstavlja jedan od najopasnijih oblika kriminaliteta danas, i da je zloupotreba položaja ili ovlaštenja u samom genusu tog fenomena ili pojave kao kriminaliteta, neminovno je da se posebne istražne radnje imaju i moraju primjenjivati u otkrivanju i suzbijanju iste, posebno onih težih oblika koji urušavaju iznutra same temelje društva i države. Stoga je potpuno jasno da posebne istražne radnje predstavljaju

<sup>177</sup> Mora se uvijek imati na umu načelo supsidijariteta i restriktivnost u primjeni posebnih istražnih radnji kako bi se spriječila instrumentalizacija istih. Ovo znači da se ne može i ne smije prilikom predlaganja ovih mjera pozivati na kompleksnost djela ili poteškoće u dokazivanju *in abstracto*, već se isto mora činiti *in concreto*.

<sup>178</sup> Zasiurno je narušeno načelo srazmjernosti kada se npr. određuje neka od posebnih istražnih radnji kojom se duboko zadire u privatnost i slobodu pojedinca – osumnjičenog, za kojeg, recimo, postoji osnova sumnje da je zloupotrebom položaja ili ovlaštenja sebi ili drugom pribavio imovinsku korist u manjem novčanom iznosu ili je nastupila manja povreda prava drugog. Ovakva praksa bi grubo narušila smisao i cilj posebnih istražnih radnji.

bitan instrument u dokazivanju korupcije, kriminaliteta bijelog ovratnika, težih oblika zloupotreba javnih funkcija, iz razloga što je jako teško (da ne kažemo nemoguće) penetrirati u visoko razvijene krugove korupcije i zloupotreba kojima se nanosi najveća šteta društvu i pojedincu. Korupcija u javnim nabavkama predstavlja paradigmu ovih fenomena.

S aspekta otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela korupcije, u koja spada i zloupotreba položaja ili ovlaštenja,<sup>179</sup> posebne istražne radnje daju odlične rezultate u praksi.

Međutim, analizom prakse i rada tužilaštava u BiH u posljednjih nekoliko godina,<sup>180</sup> posebno kantonalnih tužilaštava u FBiH, utvrdili smo da se primjenjuju posebne istražne radnje u predmetima s prefiksom korupcije, ali da su to u najvećem procentu radnje *nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija*, koje opet zbog razvoja telekomunikacije nisu uvijek davale rezultate, jer su u mnogim predmetima osumnjičeni ili bili "oprezni" ili čak ono najgore, znali da su prisluškivani.

Indikativno je da je primjena radnji *simuliranog davanja potkupnine, prikrivenog istražioca i informatora* slabo prisutna u praksi tužilaštava, o čemu treba više razmisliti, s obzirom da ove posebne istražne radnje mogu dati efikasne rezultate u otkrivanju i dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u procesima javnih nabavki. Naprimjer, javna pogovaranja da određeni rukovodici ugovornih organa uzimaju mito za koruptivne radnje u javnim nabavkama mogu se u jednoj temeljitoj istrazi u konačnici otkriti i dokazati simuliranim davanjem potkupnine upravo za jedan konkretan zaključen ugovor.

Rezultat je efikasno otkrivanja i dokazivanje zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kojom je sebi određena službena osoba pribavila korist (ili krivičnog djela primanja dara ili drugih oblika koristi). Ista je situacija i sa radnjama informatora koji mogu dati bitne

<sup>179</sup> U već navedenim tužilačkim CMS-ovima za obradu podataka i predmeta, njihov upis i vođenje, za krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja stoji oznaka KTK, što označava krivično djelo korupcije. Ovu oznaku nose i sva druga krivična djela iz glave protiv službene dužnosti, što nas upućuje na prvobitno iznesenu definiciju korupcije kao "zloupotrebe ovlasti radi lične ili grupne koristi".

<sup>180</sup> Iako su posebne istražne radnje inkorporirane u krivično procesno zakonodavstvo BiH reformom iz 2003. godine, njihova primjena u prvih nekoliko godina u radu tužilaštava je bila zanemariva. Razlog za to zasiurno jeste da su ove radnje predstavljale tada novinu domaćim tužiocima i sudijama, zbog čega je u tom periodu (idućih nekoliko godina) provedena šira edukacija na ovu temu, slijedom čega je tek možda od 2008., 2009. ili 2010. godine do danas počela intenzivnija primjena ovih istražnih radnji, a što se ima dovesti u vezu s povećanim brojem koruptivnih krivičnih djela, organizovanog kriminala i privrednog kriminala.



insajderske informacije o koruptivnim radnjama službenih ili odgovornih osoba. Stoga se postavlja pitanje zašto je procenat primjene upravo ovih posebnih istražnih radnji nizak u generalnom provođenju ovih posebnih mjera.<sup>181</sup>

**Primjer:** Istraga Kantonalnog tužilaštva USK-a je utvrdila postojanje osnovane sumnje da su M. Đ., Š. F., S. S., K. E., M. R. i S. F. činili organizovanu grupu ljudi, kojom je rukovodio M. Đ., a koja je djelujući unutar struktura ŠPD Unsko-sanske šume d.o.o. Bosanska Krupa, duži period činila krivična djela Primanja dara i drugih oblika koristi iz člana 380. stav 1. KZ-a FBiH, odnosno Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 1 KZ-a FBiH, tako čineći krivično djelo Organizovani kriminal iz člana 342. stav 2. i 3. KZ-a FBiH i to kroz procedure javnih nabavki drvnih sortimenata. Naime, svjesni činjenice da ŠPD Unsko-sanske šume, kao privredno društvo koje gospodari svom šumskom osnovom na području Unsko-sanskog kantona, ima preovladavajući uticaj na industriju drveta i drvnih prerađevina cijelog kantona, koristili su svoja rukovodeća mjesta unutar ŠPD Unsko-sanske šume kako bi od osoba povezanih s privrednim društvima koja se bave preradom drveta ili izvođenjem šumskih radova zahtijevali davanje novca i drugih vrsta darova, te onim privrednim društvima čiji bi vlasnici ili odgovorne osobe pristale na takve zahtjeve, zauzvrat osiguravali dobijanje poslova, odnosno isporuku sirovina u količinama koje su im bile potrebne kroz procedure javnih nabavki. Dana 28.12.2015. godine podignuta optužnica zbog krivičnog djela Organizovani kriminal iz člana 342. stav 2. i 3. KZ-a FBiH u vezi sa krivičnim djelima iz čl. 380. i 383. KZ-a FBiH.

Smatramo da budućnost primjene posebnih istražnih radnji ne leži samo u primjeni radnji prisluškivanja telekomunikacija, već i u primjeni drugih posebnih istražnih radnji koje će sigurno unaprijediti rad svih tužilaštava u FBiH i RS-u u otkrivanju i dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, posebno u sistemu javnih nabavki gdje postoje indicije ili osnovi sumnje o već unaprijed dogovorenim javnim nabavkama na štetu javnih sredstava.

<sup>181</sup> Jedan od razloga slabe primjene drugih posebnih istražnih radnji, pored najčešćih (tehničko snimanje telekomunikacija), kao onih koje smo gore spomenuli, a za koje smo sigurni da mogu dati odlične rezultate u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, jeste i slaba tehnička opremljenost ministarstava unutrašnjih poslova svih kantona u FBiH, posebno npr. MUP-a USK-a, kao i slaba edukacija kadrova i nepostojanje razrađene prakse i strategije primjene posebnih istražnih radnji. Policijski organi na višim nivoima (SIPA, FUP) imaju daleko bolje uslove, ali da bi se efikasno primjenjivale ove mjere, moraju se bolje opremiti i educirati policijski organi kantona koji najviše saraduju sa kantonalnim tužilaštvima (odnosno okružnim u RS-u), jer su ovo organi koji u svom radu imaju veliki broj predmeta zloupotreba položaja ili ovlaštenja, pa tako i onih najtežih oblika.

Sumirajući sve prethodno, izvodi se jasan zaključak da je uloga i značaj posebnih istražnih radnji veliki i gotovo nezamjenljiv u procesuiranju "krupnih" predmeta korupcije, tj. zloupotreba položaja ili ovlaštenja, jer je sasvim jasno da bez proaktivnog pristupa uz potrebu moderne tehnologije nije moguće efikasno otkriti korupciju na najvišem (najkonspirativnijem) nivou, zbog čega je primjena posebnih istražnih radnja nužna i opravdana. Svakako, moraju se pri tome uvažavati sva prethodna zakonska pravila i uslovi.

## 6.2. Dokazivanje elemenata zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u javnim nabavkama

U ovom dijelu ćemo nastojati kroz konkretne primjere i uobičajene načine iz prakse približiti kako se to dokazuje krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u javnim nabavkama; kako dokazati (kojim dokaznim sredstvima) svaki od elemenata ovog djela ponaosob, koji su to najčešći načini dokazivanja, te na kraju, koji su to problemi u dokazivanju ovog krivičnog djela.<sup>182</sup> Pored navođenja čestih načina i modusa dokazivanja ovog krivičnog djela u pravosudnoj praksi uopće, koristit ćemo se *exempli causa* primjerima iz prakse Kantonalnog tužilaštva USK-a, kako bismo prezentovali konkretne radnje dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.<sup>183</sup>

<sup>182</sup> Pojedini autori smatraju da se pri otkrivanju i dokazivanju ovog krivičnog djela koriste metode koje se primjenjuju kod delikata podmičivanja, pa tako naročito preporučuju praćenje osoba, pretragu osoba i stana te ispitivanje potencijalno involviranih svjedoka. *Vidjeti više:* Teofilović, N.; Jelačić, M.; Sprečavanje, otkrivanje i dokazivanje dela korupcije i pranja novca; Policijska akademija; Beograd; 2006.

<sup>183</sup> Kao bitan preduslov kvalitetnog i cjelovitog dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, jeste tužiočevo poznavanje niza blanketnih propisa koji su izvan oblasti krivičnog prava (zakonskih i podzakonskih akata iz drugih oblasti prava), odnosno upornost tužioca da prethodno prouči relevantne vankrivične propise prije i tokom postupanja u konkretnom predmetu, jer od istih ovisi odgovor na niz pitanja (recimo: pitanja ovlaštenja, prekoračenja ovlaštenja, svojstva učinioca, internog ustrojstva i rada organa u kojem osumnjičeni/optuženi radi, kao i niz drugih elemenata i činjenica). Dakle, ne zahtijeva se od tužioca poznavanje svih tih propisa kojih ima mnogo, ali se traži njihovo prethodno proučavanje, s obzirom da su isti mjerodavni u konkretnom predmetu i od čijih odredbi ovisi rješavanje mnogih relevantnih krivičnih pitanja. Ovo dodatno ukazuje, pored samog bića krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja i njegove širine u primjeni, na svu kompleksnost otkrivanja i dokazivanja ovog krivičnog djela.

### 6.2.1. Dokazivanje svojstva učinioca (službena ili odgovorna osoba)

Kao što smo kazali u dijelu elaboracije bića krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, radi se krivičnom djelu *delicta propria* čiji učinioci mogu biti samo službene ili odgovorne osobe, pa tako u uvodu stoji "Službena ili odgovorna osoba u (BiH, FBiH, RS, BD)..."<sup>184</sup> Ovo svojstvo proizlazi uvijek iz određenih zakonskih i podzakonskih propisa, s obzirom da se njima određuje krug ovlaštenja i prava službenih ili odgovornih osoba.<sup>185</sup>

Stoga je bitno dokazima nesporno ukazivati koje je svojstvo osumnjičeni/optuženi imao *tempore criminis*, te koja su njegova ovlaštenja bila. U praksi se to najčešće čini **raznim ispravama**, ovisno o kojoj je od navedenih osoba riječ. Tako se, naprimjer svojstvo službenih osoba javnih organa najčešće dokazuje odlukom ili rješenjem o njihovom postavljanju ili imenovanju na tu poziciju, dok se kod odgovornih osoba u pravnim osobama (privrednim društvima, javnim preduzećima, ustanovama) to čini **ugovorom o radu** u kojem se jasno vidi koju je to dužnost ta osoba obavljala, te krug njenih ovlaštenja (prava i obaveza), kao i **izvodima iz sudskog registra, notarskim ispravama** iz kojih proizlazi njihovo svojstvo (zakonski zastupnik, punomoćnik, prokurist, stečajni upravnik i dr.) i drugim relevantnim ispravama i dokumentima.

U određenim slučajevima, nije moguće pribaviti ispravu kojom se dokazuje formalno-pravno svojstvo osumnjičenog/optuženog zbog raznih objektivnih razloga, pa se to može činiti drugim radnjama dokazivanja ili u vezi s drugim ispravama koje nisu niti jedna od prethodno navedenih.<sup>186</sup>

<sup>184</sup> Svojstvo učinioca na isti način, analogno, određeno u drugim krivičnim zakonima u BiH, kao i u krivičnim zakonima susjednih država, što je prethodno prezentovano kroz komparativni prikaz zakonskih rješenja u pogledu ovog krivičnog djela.

<sup>185</sup> "Službena osoba je izabrani ili imenovani dužnosnik ili druga službena osoba u tijelima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti i u drugim tijelima uprave i službama za upravu Federacije, kantona, gradova i općina koje obavljaju određene upravne, stručne i druge poslove u okviru prava i dužnosti vlasti koja ih je osnovala; osoba koja stalno ili povremeno obavlja službenu dužnost u navedenim organima i tijelima; ovlaštena osoba u gospodarskom društvu ili u drugoj pravnoj osobi kojoj je zakonom ili drugim propisom donesenim temeljem zakona povjereno obavljanje javnih ovlasti, a koja u okviru tih ovlasti obavlja određenu dužnost; te druga osoba koja obavlja određenu službenu dužnost temeljem ovlasti iz zakona ili drugog propisa donesenog temeljem zakona", član 2. stav 3. KZ-a FBiH.

<sup>186</sup> Pogrešno je zato smatrati da se ne može dokazivati svojstvo osumnjičenog/optuženog u onim predmetima gdje se ne može pribaviti isprava iz koje neposredno proizlazi njegovo formalno-pravno svojstvo u određenoj instituciji, preduzeću ili drugoj pravnoj osobi, već se ova činjenica ima i može dokazivati drugim radnjama dokazivanja.

**Primjer:** U predmetu Kantonalnog tužilaštva USK-a br. T01 0 KTK 0000076 09 svojstvo osumnjičenog I.H., koji je tempore criminis bio odgovorna osoba K.E. d.o.o. Bihać – vozač ove pravne osobe i koji je imao ovlaštenja da toči gorivo u svoje službeno vozilo i izdaje i potpisuje putne naloge, dokazivalo se putem iskaza svjedoka (direktora društva M.E., poslovođe I.B.), iskaza osoba koje su radile na pumpi privrednog subjekta Č. d.o.o. Bihać (koji su potvrdili da je optuženi dolazio službenim vozilom i njima predočavao službene naloge) te sadržajem niza putnih naloga i računa, gdje je iz kumulacije ovih dokaza nesporno utvrđeno da je optuženi I.H. imao svojstvo odgovorne osobe K.E. d.o.o. Bihać u vrijeme izvršenja krivičnog djela, odnosno da je imao nužno svojstvo i ovlaštenja koja je zlopotrijebio kako bi sebi pribavio korist, što je detaljno precizirano u činjeničnom opisu optužnice. U istrazi nije pribavljen ugovor o radu optuženog I.H. iz objektivnih razloga (društvo K.E. d.o.o. je u stečaju i nije u vrijeme provođenja istrage imalo uređenu arhivu zbog čega se nije mogao pribaviti navedeni dokaz), pa se stoga ova bitna činjenica dokazivala drugim procesnim radnjama.

Posebno je zanimljivo i bitno dokazivanje svojstva odgovorne osobe u onim situacijama gdje ona to formalno-pravno nije, ali jeste suštinski. Prethodno smo o ovoj figuri govorili kao o "slamnatom čovjeku" (*Strobmann, homme de paille*)<sup>187</sup> koji figurira na određenoj poziciji, dok iz "sjene" glavni akteri vuku konce, ili kada određena osoba preduzima sve faktičke radnje u određenom pravnom licu (preduzeću, ustanovi, firmi) a prenosi ili ostavlja formalne radnje drugoj osobi, čime ova osoba na prvi pogled jedino ima svojstvo odgovorne osobe.<sup>188</sup>

U praksi je ovo česta situacija gdje izvršioци *de facto* imaju sva ovlaštenja i u okviru istih vrše njihovu zloupotrebu, a da pri tome prenošenjem formalnih ovlaštenja na druge osobe nastoje prikriti svoje protivpravne radnje. U takvim situacijama, bitno je putem niza drugih radnji dokazivanja (iskaza svjedoka, privremeno oduzimanje predmeta, posebne istražne radnje i dr.) dokazivati takvo faktičko stanje kako bi se ukazalo da je određena osoba, iako formalno-pravno nije bila odgovorna osoba određenog privrednog subjekta, udruženja ili sl., ipak imala određena ovlaštenja i poduzimala faktičke radnje koje proizlaze iz tog ovlaštenja, odnosno da je imala svojstvo odgovorne osobe u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

<sup>187</sup> Vidjeti: Novoselac, P.; Muller, C.; Gugenberg/K. Bieneck (Hrsg) i dr.

<sup>188</sup> Koncentrisanjem isključivo na onu osobu koja je formalno odgovorna osoba bez otkrivanja i istraživanja radnji one osobe koja faktički poduzima sve radnje krivičnog djela, značilo je ostavljanje u "sjeni" stvarnog izvršioca. Ovo je veoma bitno, s obzirom da praksa poznaje mnoge ovakve slučajeve.

**Primjer:** U predmetu KT 36/03 optuženi M.K i J.A. su osuđeni presudom Vrhovnog suda FBiH br. Kž-373/04 zbog krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja iz ranijeg Krivičnog zakona FBiH (čl. 358. KZ-a FBiH), da su sami i kao saizvršioци zajedno u svojstvu odgovornih osoba C. d.o.o. Bihać, zloupotrijebili svoja ovlaštenja i sebi pribavili korist. Kantonalni sud u Bihaću, kao prvostepeni sud u ovom predmetu, u svojoj presudi br. K-15/04 od 9.7.2004. godine, u pogledu svojstva optuženi, a slijedom prigovora odbrane da prvooptuženi M.K. i drugooptuženi J.A. nemaju svojstvo odgovorne osobe u smislu odredbe iz člana 136. stav 5. tada važećeg KZ-a FBiH, nalazi: *“Istina je da prvooptuženi K.M. nije ni od koga imenovan ili postavljen na određenu poziciju ili položaj kojim se formalno dokazuje njegov status odgovorne osobe. Međutim, po stanovištu ovog suda to nije ni neophodno u datoj situaciji, kada je on osnivač i vlasnik navedenih preduzeća, jer njegova ovlaštenja odgovorne osobe proističu direktno iz odredaba Zakona o privrednim društvima i Statuta d.o.o. C. Bihać. Prvooptuženi K.M. je svojom odlukom o osnivanju tih preduzeća sam za sebe automatski pribavio sva navedena ovlaštenja, u skladu s odredbama Zakona. Svojstvo odgovorne osobe drugooptuženog J.A., po stanovištu ovog suda, iscrpljuje se u činjenici da je u ime preduzeća d.o.o. C. Bihać vršio sve poslove, ali na osnovu valjanih punomoći direktora.”* Dakle, u ovom predmetu tužilaštvo je nizom dokaza uspjelo dokazati faktičke radnje optuženih, njihovo svojstvo, a posebno svojstvo drugooptuženog J.A. putem isprava (punomoći, platnih naloga i dr.) iz kojih se vidio krug ovlaštenja i faktičke radnje optuženih.

Kada su u pitanju članovi komisije za javne nabavke, u pravilu, dokazivanje tog svojstva se čini odlukom ili rješenjem ugovornog organa o njihovom imenovanju. Važno je spomenuti i podzakonske akte (pravilnike) kojima se regulišu rad i ovlaštenja ove komisije, čije odredbe se imaju dovesti u vezu sa radom komisije.

Dakle, svojstvo izvršioca krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u najvećem broju slučajeva dokazujemo raznim javnim i privatnim ispravama čiji se sadržaj uvijek mora analizirati u korelaciji s mjerodavnim odredbama zakonskih i podzakonskih propisa kako bi se imala jasna slika ovlaštenja, prava i obaveza osumnjičenog, odnosno optuženog u svakom konkretnom predmetu.<sup>189</sup> Međutim, ne smijemo u ovom procesu restriktivno

<sup>189</sup> Iako važi pravilo da “sud poznaje pravo” (*iura novit curia*), smatramo da tužilac treba u fazi dokazivanja na glavnom pretresu posebno stavljati akcent i upućivati na povredu blanketnog propisa, povredu obaveza iz zakonskih i podzakonskih propisa (posebno onih imperativnog karaktera), kako bi se kreirao širi i jasan mozaik radnje izvršenja (činjenja, nečinjenja, propuštanja) službene ili odgovorne osobe, odnosno kako bi tužilac uspio jasno povezati određenju radnje službene ili odgovorne osobe s mjerodavnim propisima (kojih u pogledu krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ima jako mnogo) u kontekstu dokazivanja radnje ovog krivičnog djela, svojstva učinioca, njegovih prava i obaveza, kao i ostale bitne činjenice (elemente djela), ali i druge pomoćne činjenice koje mogu biti veoma važne.

tumačiti svojstvo *odgovorne osobe*, s obzirom da smo prethodno naveli da određene osobe mogu imati to svojstvo u faktičkom smislu, ali i ne i u formalnom. Jednako tako, ovo obilježje krivičnog djela se može (u određenim situacijama i mora) dokazivati i drugim radnjama dokazivanja, pored onih formalnog sadržaja (isprava), što je prethodno prezentovano kroz konkretne primjere i sudsku praksu.

## 6.2.2. Dokazivanje radnje izvršenja

Radnja izvršenja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, kao što smo istaknuli ranije, ima tri oblika: iskorištavanje službene dužnosti ili ovlaštenja, prekoračenje službenog ovlaštenja i nevršenje službene dužnosti.

Ova tri modaliteta radnje dokazuju se svim radnjama dokazivanja, s tim što za svaku od istih postoje određene specifičnosti i najčešći načini njihovog dokazivanja u praksi. *Iskorištavanje službene dužnosti* je vid radnje izvršenja u kojem službena ili odgovorna osoba ostaje u granicama svojih ovlaštenja, ali ipak preduzima radnje koje su protivpravne u materijalnom smislu i suprotne interesima službene dužnosti. Ovaj vid radnje izvršenja u praksi je najteži za dokazivanje, posebno u procesu javnih nabavki gdje se dešava disperzija odgovornosti između rada komisije i odluke rukovodioca ugovornog organa. Potrebno je izvršiti dobru analizu preduzetih radnji od strane izvršioca u međusobno prožetom odnosu s njegovim ovlaštenjima i njegovom namjerom u postupanju, a onda sve to sagledavati iz ugla zaštitnog objekta – službene dužnosti.

Mora se cijeliti efekat takvog postupanja – da li je službena ili odgovorna osoba, iako je formalno postupala u okvirima svoje dužnosti ili ovlaštenja, postupala u interesu službene dužnosti ili je pak zadovoljen interes druge osobe – u praksi javnih nabavki postavlja se pitanje da li je vrijednost javne nabavke kao i sama nabavka u interesu ugovornog organa. U tom pravcu, tužilac ili ovlaštena službena osoba se služe svim radnjama dokazivanja, pa tako, npr. nizom materijalizovanih dokaza (isprava – odluka, zaključaka, naloga i dr.) dokazuju da je izvršilac koristio svoja službena ovlaštenja, a potom drugim radnjama dokazivanja, kao naprimjer iskazima svjedoka ili vještačenjem dokazuju da je takvo djelovanje službene ili odgovorne osobe, unatoč tome što je u okvirima njenog ovlaštenja, bilo protivno interesima službene dužnosti, a u isto vrijeme, u pravilu, nekim drugim interesima. Konkretno, nesporno je da je provedena javna nabavka formalno-pravno u okvirima zakona, ali se provedenim vještačenjem i s njim u vezi izjavama svjedoka utvrdilo da je ista na štetu ugovornog organa (vrijednost nabavke veća ili čak znatno veća od tržišne) i da se unaprijed znao izabrani ponuđač – ovo je generalna smjernica za ovaj modus iskorištavanja službenog položaja kao radnje u javnim nabavkama, gdje ipak postoji materijalnoppravna protivpravnost i ostali elementi krivičnog djela.

**Primjer:** pored navedenih primjera iz sudske prakse koji su izloženi u elaboraciji ovog elementa krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, kao ilustracija služe mnogi primjeri iz prakse gdje službena ili odgovorna osoba (npr. direktor društva, načelnik, ministar i dr.) sklapa pravne poslove i zaključuje eksterne angažmane (kroz javne nabavke) za obavljanje određenih poslova koje mogu izvršiti postojeći kapaciteti (kadrovski i materijalni) njegove institucije ili društva, a to čini kako bi takvim pravnim poslovima (ugovorima) drugima pribavio korist.

Dakle, iako u ovakvim hipotetičkim situacijama izvršilac postupa formalno-pravno ispravno, u okvirima svojih ovlaštenja (nije sporno da je on zakonski zastupnik, rukovodilac, i da može zaključivati ugovore s trećim osobama ili da je komisija pravilno provela procedure izbora ponuđača), i da čini radnje koje izvana izgledaju formalno uredno, kao i da se vrši određena činidba od strane trećih osoba za potrebe njegove institucije ili društva, on ipak postupa suprotno interesima službene dužnosti jer stvara dodatne i nepotrebne obaveze za svoje društvo ili instituciju a ujedno drugome pribavlja korist. Dakle, u ovakvim situacijama on iskorištava službeni položaj kako bi sebi ili drugome pribavio korist.

**Primjer:** "Ministar osuđen za k. djelo zlouporabe položaja i ovlasti jer je odvjetniku isplatio 500.000,00 kuna za predmetnu studiju. Utvrđeno da ista nije bila potrebna Ministarstvu jer su problemi iz te sfere već bili riješeni. Radilo se o studiji od 19 stranica, od čega se samo 5 stranica odnosilo na temu, a od toga su 4 doslovno prepisane iz novinarskog članka iz 2001., koji je dostupan na internetu. Sve ostalo je uvod, sadržaj, zaključak, literatura i dr. Novinar čiji je članak odvjetnik prepisao, izjavio je kako je od agencije za koju je radio dobio oko 50 kuna. Prema podacima Hrvatske pravne revije studija bi vrijedila pet tisuća kuna", preuzeto iz prezentacije USKOK-a.

Prekoračenje službenog ovlaštenja je drugi oblik radnje u kojoj službena ili odgovorna osoba preduzima radnje izvan svojih ovlaštenja ili ovlaštenja svoje službe ili dužnosti. U procesu dokazivanja ovog oblika radnje najčešće se to čini kako slijedi: prvo se pribavljaju i proučavaju interni propisi institucije ili društva u kojima službena ili odgovorna osoba obnaša svoju dužnost kako bi se jasno spoznao krug njenih ovlaštenja u vezi s tim internim propisima kao i mjerodavnim zakonskim i podzakonskim aktima u svakom konkretnom slučaju. Prekoračenje se najčešće manifestuje u vidu isprava (odluka, naloga) koje privremeno oduzimaju i koje služe kao dokaz u daljnjem krivičnom postupku, a

čiji sadržaj upravo ukazuje da je izvršilac preduzeo službenu radnju van domena svog ovlaštenja i da je, u pravilu, time povrijedio određeni blanketni propis.<sup>190</sup>

Prekoračenje ne mora uvijek biti materijalizovano u vidu odluka, naloga ili drugih pismenih isprava, pa se tako ova činjenica može dokazivati i drugim radnjama dokazivanja (naprimjer iskazom svjedoka i dr.).

**Primjer:** U predmetu Kantonalnog tužilaštva USK-a br. KT-31/03, Tužilaštvo je dokazalo nizom službenih isprava i iskaza svjedoka da je optuženi A.M. prekoračio svoja službena ovlaštenja, pa je osnovom toga Kantonalni sud u Bihacu u svojoj presudi br. K-16/05 od 10.6.2005. godine zaključio i utvrdio slijedeće: "Na osnovu naprijed navedenog sud zaključuje da je optuženi A.M. bio službena ili odgovorna osoba u Federaciji u funkciji zamjenika ministra finansija, da je u konkretnom slučaju povredom Zakona očito nesavjesno postupio i to na način što je kao zamjenik ministra, sačinio, potpisao i dostavio saglasnost iako za takvu radnju nije imao odobrenje niti premijera, niti je o takvoj njegovoj aktivnosti raspravljala Vlada i donijela odgovarajuću odluku, te u konkretnom slučaju postupio suprotno Zakonu o Vladi FBiH."

Kao što smo kazali, u pogledu javnih nabavki, ovaj oblik radnje bi predstavljalo ono činjenje rukovodioca ugovornog organa kada isti na sebe preuzima sve faktičke radnje komisije za javne nabavke (što je često u praksi) i kada komisija samo formalno postoji ili figurira.

Nevršenje službene dužnosti utvrđujemo tako što dokazujemo da je službena ili odgovorna osoba propustila izvršiti određenu službenu dužnost koju je inače morala izvršiti. Za primjer, to su slučajevi propuštanja određene radnje koja rezultira ostvarenjem jedne od alternativnih posljedica krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Ovaj oblik radnje ima se dovesti u vezu s imperativnim odredbama relevantnih zakonskih i podzakonskih propisa kojima se definišu prava i obaveze službene ili odgovorne osobe, pa slijedom toga, kombinacijom više radnji dokazivanja dokazujemo da izvršilac nije preduzeo službenu radnju koju je trebao (saobraćajni policajac nije izdao prekršajni nalog, član uprave nije donio odgovarajuću odluku i sl.). Najčešće se to čini revizijom poslovanja i rada (vještačenjem, ispravama) gdje se primjerice ukazuje na nepostojanje dokumenata (zapisnika, odluka, rješenja, naloga i dr.) koji inače služe kao dokaz da se

<sup>190</sup> U praksi su to najčešće situacije kada službena ili odgovorna osoba vrši povredu internih pravilnika, statuta, poslovnika, kao i situacije gdje direktnom povredom zakonskih propisa ili drugih relevantnih podzakonskih propisa vrši određene radnje za koje nije nadležna niti ih ima pravo činiti.

jeste izvršila službena radnja koja se shodno određenom propisu ima i mora preduzimati u konkretnoj situaciji.

U praksi, često se dokazuje kombinacija radnji izvršenja, pa je stoga sistematičan i analitički uređen pristup nužan kako bi se činjenično stanje sagledavalo iz više uglova i kroz prizmu pozitivnopravnih propisa, a sve s ciljem dokazivanja radnje izvršenja kao osnovnog elementa ovog krivičnog djela. Na ovaj element djela treba obratiti posebnu pažnju s obzirom da svi ostali elementi proizilaze iz njega. Dakle, u dokazivanju istog koriste se sve radnje dokazivanja određene ZKP-om, gdje se pažljivo cijeni koja istražna radnja, ili više njih, mogu dati najbolje rezultate u utvrđivanju ove bitne činjenice u svakom konkretnom predmetu.

**Naprimjer:** nepostupanje po instrukcijama URŽ-a da se zaključeni ugovor o javnoj nabavci poništi i da se otklone uočene greške u proceduri, može skupa sa ostalim nužnim elementima, biti ostvaren oblik radnje izvršenja.

### 6.2.3. Dokazivanje posljedice

Posljedicu djela predstavljaju *korist* (sebi ili drugom), *šteta* i *teža povreda prava*. Ovisno o kojem je obliku posljedice od navedenih riječ, koriste se one radnje dokazivanja kojima se isti oblici najlakše, precizno i potpuno mogu dokazati.<sup>191</sup> U dokazivanju ovog elementa zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, mora se, prije svega, početi od tačnog poimanja i razumijevanja posljedice u svim njenim oblicima, što je u prethodnom dijelu objašnjeno. Bez pravilnog tumačenja pojmova *korist*, *šteta* i *teža povreda prava drugog*, onako kako je to određeno u zakonskom biću krivičnog djela, nema pravilnog dokazivanja ovog elementa.<sup>192</sup>

*Korist* se obično dokazuje raznim ispravama iz kojih proizlazi da je sam izvršilac ili druga osoba stekla korist u raznim oblicima. To mogu biti isplate, beneficije, kao i niz drugih isprava iz kojih proizlazi materijalna i nematerijalna korist. U zakonskom opisu djela ne

<sup>191</sup> Posljedica predstavlja jedan od dijelova trodiobnog sistema radnje izvršenja kao šireg pojma (radnja – uzročno-posljedična veza – posljedica), kako je to određeno u teoriji općeg dijela krivičnog prava, pa se stoga posljedica kao element uvijek mora sagledavati u kontekstu šireg pojma ili elementa kojem pripada, a to je radnja izvršenja. Posljedica je rezultat radnje izvršenja, njegova vanjska, materijalizovana forma, koja iz nje proizlazi, zbog čega se ova dva elementa dokazuju zajedno i u međusobnoj vezi.

<sup>192</sup> Praksa pokazuje da pogrešno razumijevanje ovih pojmova u njihovom etimološkom i fenomenološkom obliku predstavlja najveći problem zbog kojih se u velikom broju predmeta ne uspije dokazati zloupotreba položaja ili ovlaštenja tamo gdje se ona desila kao dovršeno krivično djelo.

stoji “protivpravna” korist kao kod mnogih drugih krivičnih djela (protiv imovine i sl.) već samo *korist*, što znači da ista može biti rezultat valjanog pravnog osnova, te je zbog toga veoma bitno pravilno tumačiti ovaj element djela kako bi se isti pravilno mogao dokazivati.

Pored isprava u raznim oblicima, vještačenjem se dokazuje pribavljena korist, te je ova radnja dokazivanja prisutna u velikom procentu predmeta zloupotreba položaja ili ovlaštenja. Smatramo da je ugovor o javnoj nabavci (i onaj koji ne sadrži bilo kakvu nerealnu vrijednost robe ili usluge) sam po sebi korist kao element krivičnog djela, jer se favorizuje unaprijed poznat ponuđač i time krši načelo transparentnosti i jednakosti. U svakom slučaju, u svakom od tih ugovora ponuđač ima svoj određen profit (maržu) koji nije nekad nužno dokazivati, pa stoga smatramo da bi sama činjenica zaključenog ugovora o javnoj nabavci (uz postojanje ostalih elemenata – radnja, umišljaj i povrede zakona) predstavljalo korist *per se*.

Šteta je drugi alternativni oblik posljedice koja se najčešće javlja u kombinaciji s pribavljenom koristi, jer obično prilikom pribavljanja koristi koju čini službena ili odgovorna osoba sebi ili drugom, nastupa šteta za drugog, a to je u pravilu za instituciju, organizaciju ili drugu pravnu osobu u kojoj izvršilac obavlja svoju službenu dužnost ili ovlaštenja. Dokazuje se u pravilu vještačenjem jer se obično radi o materijalnoj šteti koja se ima egzaktno izraziti (u novčanom iznosu).<sup>193</sup>

Šteta se, prije svega, odražava na ugovorni organ u onim predmetima javnih nabavki gdje se vještački podižu vrijednosti robe ili usluge kako bi se drugom pribavila korist, no isto tako, šteta može nastupiti za ostale ponuđače u obligacionopravnim modalitetima.

*Teža povreda prava drugog* kao treći oblik posljedice je u praksi najmanje prisutna. Razlog za to leži u njenoj apstraktnosti i nemogućnosti da se egzaktno, kao prethodna dva oblika, utvrđuje i dokazuje. Pojavljuje se kao zloupotreba diskrecionog prava službene ili odgovorne osobe kojom se vrši povreda prava drugog. Zbog toga, dokazuje se prvo krug ovlaštenja kojim raspolaže službena osoba, te kauzalitet iskorištavanja ili prekoračenje tih ovlaštenja kojim se povređuje pravo drugog. Pri tome se koriste sve radnje dokazivanja kojima se može utvrditi povreda prava, a to su ponajviše razne isprave kojima je

<sup>193</sup> Mnogo puta se u krivičnim predmetima nastoji dokazivati ovaj element krivičnog djela tamo gdje isti nije nužno ostvaren niti postoji kumulativno s posljedicom u vidu pribavljene koristi. Iako pribavljena korist obično drugome nanosi štetu u vršenju ovog krivičnog djela (jer se uvećanje imovine izvršioca ili druge osobe vrši na račun tuđe imovine ili prava), ipak je djelo dosta puta dovršeno pribavljanjem koristi bez da je nužno drugome prouzrokovana šteta. Više o ovome u dijelu o problematici dokazivanja zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.

materijalizovana određena odluka službene osobe, isprave iz kojih proizlazi umanjene prava drugog, kao i drugi načini kojima se dokazuje slijed *radnja – kauzalitet – posljedica*.

Iako je u praksi ovaj oblik posljedice generalno najmanje prisutan u predmetima zloupotreba položaja ili ovlaštenja, isti u javnim nabavkama, po logici stvari, prati svaki onaj predmet gdje se protivpravno favorizuje određeni ponuđač čime se direktno čini povreda prava ostalih ponuđača – konkurencije. Drugo je pitanje kvantiteta i drugih okolnosti takve povrede prava da bi ista predstavljala posljedicu krivičnog djela.

#### 6.2.4. Dokazivanje umišljaja

Subjektivnu stranu djela, što je prethodno detaljno izloženo, čini umišljaj, i to direktni umišljaj.<sup>194</sup> Ovo znači da izvršilac mora biti svjestan svih elemenata ovog krivičnog djela (svog svojstva, svoje službene dužnosti i ovlaštenja, radnje izvršenja i posljedice), kao što i u sferi volontarističke komponente krivnje mora postojati jasno izraženo htijenje izvršioca da ostvari jednu od posljedica ovog krivičnog djela. Dokazivanje umišljaja kod ovog krivičnog djela predstavlja vjerovatno najteži zadatak u procesu dokazivanja samog krivičnog djela. U javnim nabavkama, to čak i teže zbog "podjele uloga" (rukovodilac i komisija za JN).

Budući da se mora van svake razumne sumnje dokazati direktni umišljaj, tj. svijest izvršioca o svim elementima djela kao i njegova volja da se ostvari željena posljedica uz postojanje jasne namjere u tom pravcu, postavlja se pred nadležna tužilaštva veoma težak zadatak jer, kako smo istaknuli, ovo krivično djelo ima jako mnogo svojih pojava oblika i specifičnosti. U samom postupku dokazivanja, koriste se sve zakonom određene radnje dokazivanja, i tu nema posebnog pravila niti karakterističnih radnji dokazivanja koje se najčešće primjenjuju. U određenim situacijama, sadržaj raznih isprava ukazuje na umišljaj izvršioca (npr. iz isprava proizlazi očito prekoračenje ovlaštenja čega je izvršilac bio svjestan i pri čemu je htio ostvarenje posljedice), dok se u drugim situacijama putem iskaza svjedoka nastoji predočiti sudu jasna i manifestovana namjera izvršioca. U dokazivanju umišljaja, tužilac mora posebno ukazati na obavezu službene ili odgovorne osobe da u svakom konkretnom slučaju zakonito i pravilo primjenjuje mjerodavne

<sup>194</sup> U st. 1. čl. 383. KZ-a FBiH u zakonskom opisu stoji "u namjeri da sebi ili drugom (...)", čime je jasno određeno da je umišljaj konstitutivni element ovog krivičnog djela, a da nehatno izvršenje istog nije moguće. Ovakav opis subjektivnog dijela ovog krivičnog djela je identičan i u drugim krivičnim zakonima u BiH, te u susjednim krivičnim zakonodavstvima. Određeni broj teoretičara smatra da je izvršenje krivičnog djela moguće samo s direktnim umišljajem (*dolus directus*), dok drugi smatraju da krivnju kao element ovog djela čini i eventualni umišljaj (*dolus eventualis*).

pozitivne propise s čijim odredbama i pravilima, s obzirom na svoju funkciju, mora biti upoznat i iste mora primjenjivati.

Kada službena ili odgovorna osoba preduzme neki od oblika radnje izvršenja zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, tužilac umišljaj dokazuje, pored ostalog, činjenicom da je izvršilac bio svjestan svojih zakonom određenih imperativnih obaveza koje je prekršio, iz čega dalje izvodi i dokazuje namjeru da je upravo tim povredama zakonskih i podzakonskih propisa prekoračio svoja ovlaštenja u namjeri da ostvari neku od posljedica (korist, štetu ili povredu prava).

Situacija u pogledu dokazivanja umišljaja je znatno teža i komplikovanija kada je riječ o onim modusima zloupotrebe kada službena ili odgovorna osoba formalno ostaje u okvirima svoje službene dužnosti ili ovlaštenja (iskorištava službeni položaj), kada ne vrši formalno povredu blanketnog propisa, ali ipak u materijalnom smislu postupka suprotno interesima službene dužnosti radi svojih ili interesa drugog. U ovakvim situacijama je dokazivanje umišljaja mnogo teže, jer se osumnjičeni, odnosno optuženi, brani da nije povrijedio zakon, da nije prekoračio svoja ovlaštenja, a posebno da nije nastala šteta za drugog. Iza paravana ovakvih primjera kojih je mnogo u praksi, najčešće stoje personalni odnosi između izvršioca i pasivnog subjekta<sup>195</sup> koji se mogu kao takvi otkriti i dokazati, osnovom kojih će se onda dokazivati da je kod izvršioca prevagnuo interes drugog nego interes službene dužnosti. Svaki konkretni predmet zahtijeva individualan pristup u nastojanju da se dokaže subjektivna strana ovog djela, bez koje djela nema (*nullum crimen sine culpa*). S obzirom da najveći broj oslobađajućih presuda za svoj osnov ima činjenicu da nije dokazana krivnja optuženog, mora se u toku istrage pribaviti što veći broj dokaza kojima će se kumulativno i kroz simbiozu više dokaznih sredstava (iskaza svjedoka, isprava i nalaza i mišljenja vještaka, te na koncu upotrebom neke od posebnih istražnih radnji u težim predmetima) dokazati postojanje umišljaja službene ili odgovorne osobe.

<sup>195</sup> Kada kažemo "pasivni subjekt", misli se najčešće na osobu kojoj se pribavlja korist, ali koja često nije pasivna u smislu obilježja ovog krivičnog djela kao *delicta propria*, već često ima i može imati svojstvo pomagača ili podstrekača, tj. saučesnika.

**Primjer: M.B., S. P. i R. B. zajedno**

Dana 18.11.2010. godine izdali potvrdu o završenim radovima po prvoj privremenoj situaciji broj: 16-0234MB-05/10, kojom su potvrdili da je izvođač radova "Energ sistem" d.o.o. Brčko shodno ugovoru o izvođenju radova na rekonstrukciji i uređenju aneksa JU Ekonomska škola u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine - LOT 2 - elektroinstalaterski radovi broj: 13-01.1-003365/10-2 od 31.08.2010. godine, završio izvođenje radova na rekonstrukciji i uređenju aneksa JU Ekonomska škola u skladu sa prvom privremenom situacijom, prosljedili Odjeljenju za obrazovanje Vlade Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, a oni Direkciji za finansije Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, znajući da navedeni radovi u tom trenutku nisu bili ni započeti, tako da je dana 29.12.2010. godine, izvođaču radova "Energ sistem" d.o.o. od strane Brčko distrikta Bosne i Hercegovine protivno ugovornim odredbama isplaćen iznos od 48.901,33 KM, čime su opisanim radnjama izvođaču radova pribavili korist u vidu protivpravnog raspolaganja navedenim novčanim sredstvima u periodu od 29.12.2010. godine pa do 14.3.2011. godine, a Brčko distriktu prčinili materijalnu štetu koja se ogleda u nemogućnosti kratkoročnih plasmana naznačene sume novca u periodu od 29.12.2010. godine kao dana isplate iznosa od 48.901,33 KM, pa do 15.12.2011. godine, kao dana kada je shodno ugovornim odredbama po stvarno izvršenim radovima navedena suma novca trebala biti plaćena izvođaču radova, Dakle, kao saizvršioc, u svojstvu službenih osoba u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine iskorištavanjem svog službenog položaja ili ovlaštenja pribavili jednom kakvu korist, drugom prčinili štetu.

**Presuda Apelacionog suda Brčko Distrika br. 96 0 K 070279 17 Kž od 20.7.2017. godine**

Dana 06.11.2017. godine, DŽ.E. postupajući kao zaposlenik, a u svojstvu ovlaštene osobe za predstavljanje preduzeća "A. putevi" d.o.o. Čelić, nakon što je dana 09.10.2017. godine Odjeljenje za poljoprivredu, šumarstvo i vodoprivredu Vlade Brčko distrikta BiH objavilo obavještenje i pokrenulo postupak o javnoj nabavci radova na provođenju mjera na zaštiti od poplava u svim fazama odbrane od poplava, na području Brčko distrikta BiH u toku 2018. i 2019. godine broj: 1157-1-3-660-3-537/17, sačinio i prosljedio navedenom organu ponudu preduzeća "A. Putevi" d.o.o. Čelić, kojom prilikom je na 35. stranici iste priložio kopiju potvrde o izvršenim radovima izdatu od strane Odjeljenja za poljoprivredu, šumarstvo i vodoprivredu Vlade Brčko distrikta BiH broj: 13-0003457/13 od 6.2.2017. godine u kojoj se navodi da je ponuđač preduzeće "A. Putevi" d.o.o. Čelić, uspješno izveo radove na rekonstrukciji savskog odbrambenog nasipa u Brčko distriktu BiH - prva faza, svjestan da je iz iste izbrisao tekst u zadnjem pasusu koji se odnosi na kašnjenje u izvođenju radova i obračunatom penalima navedenom preduzeću od strane spomenutog organa, znajući da bi u slučaju dostavljanja ove potvrde sa istinitim sadržajem iz koje ne bi bio izostavljen autentičan tekst sadržan u zadnjem pasusu potvrde, Komisija za javne nabavke Odjeljenja za poljoprivredu, šumarstvo i vodoprivredu Vlade Brčko distrikta BiH odbacila ponudu preduzeća "A. putevi" d.o.o. Čelić kao neprihvatljivu. Dakle, kao odgovorna osoba u privrednom društvu u postupku javne nabavke podnio ponudu zasnovanu na lažnim podacima, u namjeri da utiče na donošenje odluke naručioca u bilo kojoj fazi postupka javne nabavke, čime je počinio krivično djelo – zloupotreba u postupku javne nabavke - iz člana 236a. stav 1. Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

**Presuda Osnovnog suda Brčko Distrikta br. 96 0 K 118049 18 Kps od 4.9.2018. godine**

## 7. DEFINISANJE PROBLEMA SA KOJIMA SE SUSREĆU PRAVOSUDNE INSTITUCIJE PRI PROCESUIRANJU ZLOUPOTREBA NASTALIH U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI KOJE ZAHTIJEVAJU KRIVIČNO GONJENJE

U procesuiranju korupcije u predmetima javnih nabavki, struktura i *ratio legis* zakona (ranijeg i trenutno važećeg) je od fundamentalnog značaja. Kao što je poznato, raniji zakon nije sadržavao prekršajne odredbe, dok su iste uvedene u novi zakon, već u analizi istih nailazimo na veoma ozbiljan praktičan problem, jer u čl. 116. stav 2) tačka a) stoji da će se novčanom kaznom kazniti ugovorno tijelo koje *nabavi robu, radove ili usluge bez provođenja postupaka javne nabave propisanih ovim zakonom, osim u slučajevima kada je to zakonom dopušteno*. U ostalim odredbama ovog člana, kao prekršaji su definisani drugi oblici postupanja suprotno odredbama zakona. U praksi su ove novine već imale učinak, pa je tako u predmetu Kantonalnog tužilaštva ZDK-a protiv načelnika Općine Visoko M.A. zbog krivičnog djela zloupotreba položaja ili ovlaštenja u vezi sa povredama ranijeg zakona, Općinski sud u Visokom u svom rješenju o usvajanju prethodnih prigovora na optužnicu br. 41 0 K 071718 18 Kps od 29.6.2018. godine da optuženo krivično djelo iz perioda 2010. godine shodno novom zakonu više nije krivično djelo i da se slijedom toga primjenjuje pravilo vremenskog važenja krivičnog zakona.<sup>196</sup>

Ukoliko analiziramo prekršajne odredbe zakona, uvidjet ćemo da se gotovo sve povrede, bez obzira na njihovu gravantnost mogu supsimirati pod ove odredbe čime se *de lege* spriječava krivično procesuiranje ovih predmeta u smislu čl. 4. ZKP-a FBiH (analogno ZKP-u

<sup>196</sup> Ovdje bi se moglo diskutovati o blanketnom karakteru zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao krivičnog djela i da li izmjena blanketnog propisa može dekriminalizovati određeno krivično djelo, posebno kada se ima u vidu da nije izmjene krivičnog zakonada određeni dio dispozicije krivičnog djela mijenjan, a posebno u vezi sa činjenicom da možda taj modalitet zloupotrebe nema blanketni karakter. Vidjeti više o tome u mom radu: Tulić, A.; "Primjena pravila vremenskog važenja krivičnog zakona u krivičnom zakonodavstvu BiH s osvrtom na predmet Maktouf-Damjanović"; Zbornik radova pravnog Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću; br.1/2013.;



BiH, RS-a, BD-a) – primjena pravila *ne bis in idem*, posebno u svjetlu činjeničnog identiteta dva ili više slučajeva (istog ili bitno istog), kako je to u svojoj praksi odredio ESLJP.<sup>197</sup>

Dakle, temeljni problem predstavlja pitanje na relaciji *prekršaj – krivično djelo*, čime se potencijalno znatno opasna društvena ponašanja (nanošenje velikih materijalnih šteta kroz sistem javnih nabavki) u konačnici mogu završiti kroz prekršaj i novčane kazne u rasponu do 15.000,00 KM u situacijama kada je šteta i/ili korist kroz određenu javnu nabavku u millionskim iznosima, zašto smatramo da je nedovoljna društvena osuda ovakvog mogućeg protivpravnog djelovanja. Međutim, ipak smatramo da se gravantnije povrede zakona moraju sagledavati kroz prizmu obilježja predmetnog ili drugih krivičnih djela korupcije (i u slučajevima KZ-a RS-a i KZ-a BD-a kroz posebna krivična djela), i da u tom pravcu povreda zakona (naravno, ne svaka povreda zakona), uz postojanje ostalih elemenata predmetnog krivičnog djela, predstavlja krivično djelo korupcije i zahtijeva krivično gonjenje, pri čemu je ključna pravovremena koordinacija između tužioca i OSL-a koji izdaje prekršajni nalog ili pokreće prekršajni postupak kako ne bi došlo do aktivacije načela *ne bis in idem*.

**Problem dokazivanja odgovornosti komisije za javne nabavke** – odredbama čl. 63-70. Zakona je uređena procedura rada komisije za JN, gdje pored ostalog, nakon otvaranja i evaluacije pristiglih ponuda, komisija sačinjava rang listu ocijenjenih ponuda od najuspješnije ka najmanje uspješnoj (član 65. stav 2. tačka e) Zakona), temeljem čega rukovodilac ugovornog organa donosi odluku o izboru ponuđača imajući u vidu odredbe čl. 64. Zakona (kriteriji za dodjelu ugovora – ekonomski najpovoljnija ponuda ili najniža cijena).

U krivičnopravnoj analizi ovog rada komisije u konkretnom predmetu, nailazi se na određena pogrešna razumijevanja ili tumačenja ovih odredbi zakona u vezi sa krivičnim zakonima u BiH, što otežava dokazivanje krivnje (krivične odgovornosti) članova komisije koji su potencijalno u svom radu ostvarili obilježja nekog od koruptivnih krivičnih djela.

Naime, kada su u pitanju krivična djela poput *primanje dara ili drugih oblika koristi (primanje mita)* ili *primanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem (trgovina uticajem)*, kojih oblika korupcije u radu komisije u našoj praksi nažalost nema, dokazivanje istih nije problematično bez obzira na funkcionalnu nadležnost komisije jer se u tim slučajevima dokazuje odlučna činjenica primljenog dara ili obećanja dara u vezi sa činjenicom da osumnjičeni/optuženi jeste član te komisije i da je taj dar ili obećanje dara primio da izvrši službenu radnju u okviru komisije (naprimjer, da glasa za određenog ponuđača) koju bi inače trebao učiniti ili za službenu radnju koju nije smio učiniti, pri čemu se ta službena

<sup>197</sup> ESLJP: Zolotukhin protiv Rusije (2009), Engel protiv Holandije (1976), Fischer protiv Austrije (2001) i dr.

radnja ne mora niti desiti jer je djelo dovršeno samim primanjem dara ili obećanjem dara; naravno, mora se dokazati činjenica da je taj dar u vezi sa službenom radnjom u radu komisije.

Dakle, iako je ovaj modalitet korupcije najlakše dokazati, isti je s druge strane najteže otkriti. Prosto rečeno, tužilac u ovim situacijama ne mora dokazivati kauzalitet između radnji komisije i ostvarene posljedice u vidu koristi za određenog ponuđača, već samo, kao što je rečeno, primljeni dar u vezi sa radom u komisiji.

S druge strane, kada se rad komisije analizira kroz prizmu zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, tada se dolazi do praktičnih problema koji umanjuju ili negiraju odgovornost komisije i tamo gdje ona možda postoji. Naime, upravo spomenuti kauzalitet (*nexus causalis*) između službenih radnji komisije i nastale posljedice predstavlja u praksi najveći problem. Argument prijavljenih članova komisije koji se ispituju u tužilaštvima je slijedeći, oslikan najčešće u ovim riječima: *“Mi kao komisija smo samo proveli proceduru i dali preporuku ponuđača, nismo mi donijeli odluku o izboru niti zaključili ugovor.”*

Argumenti članova komisije predstavljeni u citiranoj frazi, doista pronalaze svoje uporište u gore navedenim odredbama zakona, što (kada je riječ o zloupotrebi položaja ili ovlaštenja kao najčešćoj kvalifikaciji), posmatrano isključivo formalno, dovodi u pitanje uzročno-posljedičnu vezu između službenih radnji komisije i posljedice (koristi u vidu zaključenog ugovora ili štete). Dakako, ne radi se o nepostojanju kauzaliteta jer se odluka o izboru ponuđača temelji na radu komisije, međutim postavlja se pitanje prekida ili kvaliteta istog kada rukovodilac ugovornog organa donosi odluku i zaključuje ugovor.

Da problem bude veći u praksi, rukovodioci se, s druge strane, brane argumentom da su *“isključivo postupali prema preporuci i rang listi komisije”*, čime se dešava svojevrsna disperzija odgovornosti i time otežava tužilaštvima dokazivanje krivnje kao subjektivnog elementa krivičnog djela. Generalno, u praksi postoji problem dokazivanja krivnje kod koruptivnih ili službeničkih krivičnih djela u predmetima rada komisija ili drugih kolegijalnih tijela, gdje se čak od profesionalaca u pravosuđu mogu čuti mišljenja da ukoliko je odluku donijela komisija, vijeće, skupština i sl., tu nema predmeta, odnosno da se ne mogu dokazati obilježja krivičnog djela. Djelovanje u okvirima komisija i sl. ne može *ex lege* amnestirati bilo kod pojedinca tamo gdje jeste izvršeno krivično djelo, pa stoga smatramo veoma bitnim uputiti na rad i teorijska promišljanja uglednog profesora Novoselca, koji smatra da samo glasanje protiv ili suzdržavanje u onoj odluci kolegijalnog tijela koja predstavlja radnju krivičnog djela može eskulpirati određenu osobu, i da bez toga postoji krivnja u radu svih članova kolegijalnih tijela koji svojim službenim radom u okvirima komisija, odbora i sl. ostvaruju zajedno obilježja određenog krivičnog djela.

Slijedom svega prednjeg, u predmetima gdje postoje i koruptivne radnje komisije, mora se temeljito istražiti njihova povezanost sa rukovodiocem organa ili postupanje po nalogu rukovodioca (najčešće komisija već zna ko prolazi na tenderu jer im je tako naređeno), ili povezanost sa favorizovanim ponuđačem, pri čemu se treba istražnim vještinama i kombinacijom radnji dokazivanja (posebnim istražnim radnjama) demaskirati trodiobna koruptivna simbioza na relaciji *komisija za JN – rukovodilac ugovornog organa – ponuđač*.

U nastojanju da se identifikuju najveći i najčešći problemi u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, razgovaralo se sa brojnim tužiocima tužilaštava u BiH, a na brojim edukacijama i seminarima su identifikovani manje-više isti problemi u dokazivanju ovog krivičnog djela s kojima se susreću u krivičnim postupcima pred nadležnim sudovima, a posebno kada je riječ o predmetima javnih nabavki. U razgovoru s istima, sumirani su mnogi odgovori, nedoumice i problemi iz prakse, osnovom čega su kao ključni problemi pokazali slijedeći:

- problem dokazivanja posljedice (koristi i štete);
- problem dokazivanja umišljaja.

**Problem dokazivanja posljedice** – osnovom provedenog intervjua i analizom sudske prakse, kao problem u dokazivanju krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, javlja se onaj u vezi sa dokazivanjem posljedice djela.

Naime, primjetno je u mnogim optužnicama i presudama da se u činjenični opis djela unosi šteta kao posljedica (koju onda i treba dokazati), a da pri tome ista nije nužno element konkretnog predmeta. Čuje se mišljenje tužilaca da *“sud insistira na postojanju štete”* i da *“ukoliko nema štete, nema niti zloupotrebe”*, što je po našem mišljenju pogrešno. Treba početi od pravilnog razumijevanja *koristi* i štete kao oblika posljedice ovog krivičnog djela, te cijeliti u svakom konkretnom slučaju da li postoji samo ostvarena korist ili samo nastala šteta, ili pak kombinacija oboje, što je po našim krivičnim zakonima i moguće. Osnovna premisa u tom pravcu jeste shvatanje da je zaštitni objekt zloupotrebe položaja ili ovlaštenja službena dužnost i da se shodno tome treba dokazivati da je upravo za taj zaštitni objekt nastala šteta u vidu nezakonitog i nepravilnog vršenja službene dužnosti.

Ovo znači da osnovni zaštitni objekt ovog djela nije imovina, pa stoga *“insistiranje”* na postojanju štete predstavlja pogrešno tumačenje i primjenu krivičnog zakona u pogledu bića ovog krivičnog djela.<sup>198</sup> Svakako, to ne znači negaciju štete kao oblika posljedica, jer

<sup>198</sup> Imovina može predstavljati sekundarni zaštitni objekt krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja (npr. imovine preduzeća, budžet teritorijalno-političke zajednice i sl.), ali nije osnovni i orijentacioni zaštitni objekt osnovom kojeg se ima pravilno sagledavati i razumijevati ovo krivično djelo.

je ista i nedvojbeno zakonski element kao oblik posljedice, već se ovdje govori o dosta predmeta u praksi u kojima tužilaštvo nepotrebno u činjenični opis unosi (nastoji dokazati) štetu ili sud donosi oslobađajuću presudu nakon što utvrdi da ni za koga nije nastala šteta uslijed radnje izvršenja. Kao eklatantan primjer iz prakse Kantonalnog tužilaštva USK-a jesu mnogi predmeti javnih nabavki, gdje je više predmeta okončano naredbom o obustavi zbog toga što *“nema štete kao posljedice”* u situacijama gdje je možda djelo dovršeno pribavljenjem koristi drugome povredom blanketnog propisa.

Radi se o situacijama gdje direktori određenih javnih ustanova ili preduzeća grubo krše odredbe Zakona o javnim nabavkama BiH (npr. nikako ne provedu postupak javne nabavke) i zaključuju ugovore s drugim osobama o izvođenju određenih radova i pružanju određenih usluga,<sup>199</sup> i po našem mišljenju, samim zaključivanjem takvog ugovora uz povredu blanketnog propisa koji zahtijeva zakonom propisan javni postupak izbora najpovoljnijeg ponuđača, pribavljena je korist drugim osobama koja se ogleda u svemu onome što proizlazi iz jednog takvog ugovora, a da pri tome nije nužno nastupila šteta za preduzeće ili ustanovu.

Međutim, u ovakvim slučajevima se donose naredbe o obustavi istrage ili u slučaju optuženja oslobađajuće presude jer *“nema štete kao posljedice za preduzeće ili ustanovu”* ili se može čuti mišljenje da je to druga osoba, s kojim je zaključen ugovor suprotno Zakonu o javnim nabavkama, uredno ispunilo svoju činidbu (ugovornu obavezu),<sup>200</sup> a da se pri tome zanemaruje da je takav ugovor u cijelosti *contra legem* i da postupanje suprotno Zakonu o javnim nabavkama predstavlja nepravilno i nezakonito vršenje službene dužnosti, pa se slijedom svega imalo i trebalo cijeliti postojanje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja.

Smatramo da je izloženo shvatanje i pojava u sudskoj praksi nedopustiva, pogrešna i da predstavlja pogrešno razumijevanje samog krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja kao i dokazivanje istog u vezi sa predmetima javnih nabavki. Dakako, gravantnost posljedice i niz drugih kohezivnih elemenata će razgraničiti, u duhu načela

<sup>199</sup> U pravilu se radi o osobama koje s tim direktorima (službenim ili odgovornim osobama) imaju bliske i personalne odnose, što svakako, pored ostalih činjenica, treba istraživati i dokazivati radi kasnijeg dokazivanja i posljedice i umišljaja.

<sup>200</sup> Činjenica da je ta druga osoba uredno ispunila svoju obavezu i od koje čak preduzeće ili ustanova mogu imati korist ne znači nuliranje štete kao posljedice kao elementa djela. Logičkim promišljanjem, nameće se pitanje: *“Da li bi drugi ponuđač u javnom postupku ponudio bolju cijenu i uslove, pa time i omogućio uštedu preduzeću ili ustanovi?”* Dakle, činjenično stanje se mora sagledavati u potpunosti, kroz sve elemente krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja, a posebno kroz prizmu zaštitnog objekta.

krivičnog prava *ultima ratio societatis*, da li je riječ o prekršaju ili o krivičnom djelu što je pitanje *in concreto* u svakom predmetu.

Rješenje ovakvih problema u praksi vidimo u boljem razumijevanju samog bića krivičnog djela, uz poseban akcent na njegov zaštitni objekt, te uz analizu komparativne sudske prakse (Hrvatske i Srbije), koja, kako se čini, dobro razumije biće ovog djela sa svim njegovim elementima (posebno posljedicom).

Isto tako, tužiocima ne bi trebali nepotrebno unositi u činjenični opis kombinaciju posljedica (koristi i štete) ukoliko se iste ne mogu dokazati, dok bi postojeća sudska praksa, u duhu načela fragmentarnosti krivičnog prava, trebala bolje cijeniti one slučajeve grubih povreda blanketnih propisa kojima se drugome pribavlja korist, kako bi se pravilno moglo utvrđivati postojanje elemenata krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u svakom konkretnom slučaju. U vezi s ovim, bit će predložena i određena *de lege ferenda* rješenja koja možda mogu olakšati dokazivanje samog djela.

**Problem dokazivanja umišljaja** – kao drugi najčešći problem, ispitanici su u provedenom intervjuu naveli problem dokazivanja umišljaja kod krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. S obzirom da je potrebno dokazati postojanje direktnog umišljaja službene ili odgovorne osobe, u mnogim predmetima u praksi se nailazi na poteškoće u ovom procesu. Naime, osumnjičeni, odnosno optuženi se u velikom broju predmeta aktivno brane i iznose niz argumentacije da nisu bili svjesni protupravnosti svojih radnji ili da nisu imali namjeru bilo kome pribaviti korist ili drugome nanijeti štetu. Posebno je problematično dokazivanje umišljaja u situacijama, što smo ranije pomenuli, gdje učinilac ostaje u okvirima svoje službene dužnosti, gdje u formalnom smislu ne poduzima protupravne radnje, ne prekoračuje svoja ovlaštenja, ali gdje on iskorištava svoj položaj ili ovlaštenja kako bi drugome pribavio korist. U ovakvim slučajevima, veoma je teško dokazati umišljaj i namjeru da se drugome pribavi korist zarad interesa službene dužnosti, kada je *“formalno ispoštovana procedura”* ili kada je *“urađeno sve po zakonu”*. To su situacije gdje, govoreći figurativno, postoji formalno uređena fasada unutar koje se u materijalnom i faktičkom smislu krije zloupotreba položaja ili ovlaštenja kako bi se drugome ili sebi pribavila korist.

Olakšavanje ovog procesa vidimo u sistematičnom i detaljnom pristupu tužioca koji će svim radnjama dokazivanja (pa i posebnim istražnim radnjama kod težih predmeta) penetrirati unutar te *“fasade formalnosti”* i otkriti ono zbiljsko stanje, te posebno obratiti pažnju na međusobne odnose službene ili odgovorne osobe s tom drugom osobom, njihovom neosnovanom uvećanju imovine, kao i na sve bitne i pomoćne činjenice i

indicije koje mogu ukazati na namjeru učinioca da drugome ili sebi pribavi korist a ne da pravilno i savjesno obavlja svoju službenu dužnost.

U drugim situacijama, kako bi dokazao umišljaj, tužilac mora dokazivati i prikazivati službene radnje (činjenje ili nečinjenje) službene ili odgovorne osobe u kontekstu obaveze primjene i poštivanja pozitivnih propisa koji se odnose na konkretnu službenu dužnost, pa slijedom toga ukazivati da su službene i odgovorne osobe dužne poznavati (biti svjesne) i primjenjivati pozitivne propise, odnosno u konkretnim predmetima zloupotreba dovoditi u vezu radnje službenih ili odgovornih osoba sa povredama odnosnih pravnih normi i pravila službe, posljedicama koje su iz toga proizašle, te iz svega toga izvoditi i dokazivati jasnu svijest i namjeru učinioca.<sup>201</sup>

<sup>201</sup> Svaka povreda zakonskog ili podzakonskog propisa od strane službene ili odgovorne osobe ne znači nužno ostvarenje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja ili drugog krivičnog djela već se može raditi o prekršaju ili disciplinskom deliktu koji su određeni posebnim propisima. U smislu načela fragmentarnosti, radi se o onim povredama službene dužnosti kojima, pored ostalog, upravo umišljaj, u vidu direktne namjere da se sebi ili drugome pribavi korist, daje obilježje krivičnog djela koje je kao takvo određeno krivičnim zakonom.

## 8. PREPORUKE

Na osnovu dugogodišnjeg praktičnog iskustva, pregleda sudske prakse, iznose se sljedeće preporuke za unapređenje sistema javnih nabavki u Bosni i Hercegovini kao i unapređenje pri efikasnijem otkrivanju i dokazivanju korupcije u javnim nabavkama u BiH.

- *De lege ferenda* prijedlog: izmjena i dopuna KZ-a BiH i KZ-a FBiH po ugledu na KZ RS-a i KZ BD-a, kako bi se propisalo posebno krivično djelo u segmentu javnih nabavki (s tim da bi se ovo djelo uvrstilo u katalog krivičnih djela protiv službene dužnosti – krivična djela korupcije) i time stvorila koherentnost postojećih pravnih sistema u kojima se u pogledu javnih nabavki primjenjuje isti zakon; određivanje posebnog krivičnog djela u korelaciji sa prekršajnim odredbama Zakona o javnim nabavkama, kako bi se onemogućila aktivacija načela *ne bis in idem* u praksi prilikom procesuiranja ozbiljnih zloupotreba u postupcima javnih nabavki ili gravantnijih povreda istog zakona koje za posljedicu imaju velike štete za ugovorne organe.
- Dodatno preciziranje i unapređenje postojećeg prijedloga izmjena i dopuna Zakona o javnim nabavkama BiH kojima se prvi put propisuje krivično djelo u okvirima ovog zakona (zašto smatramo da nije najbolje rješenje, već da bi isto trebalo biti u okvirima krivičnih zakona) u duhu načela *nullum crimen sine lege certa (stricta)*.
- Prilikom propisivanja posebnog krivičnog djela, posebno obraćanje pažnje na određivanje i definisanje radnje izvršenja rukovodioca ugovornog organa i radnje članova komisija za javne nabavke, kako bi se (u vezi svega prednjeg navedenog u ovom priručniku) jasno odredila krivična odgovornost (krivnja) ovih funkcionalnih organa tamo gdje ona postoji u vezi sa ostalim elementima krivičnog djela, posmatrajući sve navedeno kroz prizmu zaštitnog objekta – pravilnog i zakonitog provođenja javne nabavke i interesa ugovornog organa (njegove imovine, svrhe nabavke i drugih faktora).
- Dodatna modifikacija postojećih zakonskih rješenja u KZ-u RS-a i KZ-u BD-a kako bi se preciznije odredile i opisale radnje službenih ili odgovornih osoba u ugovornim organima kojima se favorizuje ili pogoduje određenim ponuđačima također u duhu načela *nullum crimen sine lege certa*.

- Izmjena i dopuna Zakona o javnim nabavkama BiH u domenu prekršajnih i kaznenih odredbi, kako bi se napravila jasna distinkcija između prekršaja i krivičnog djela u segmentu javnih nabavki.

- Dodatna analiza i izmjena postojećeg prijedloga za izmjenu Zakona o javnim nabavkama BiH, kojim, smatramo, nije u dovoljnoj mjeri odgovoreno na krucijalna materijalna pitanja iz prethodne tačke i nedoumice i probleme u praksi prezentovane u ovom priručniku.

- Uvođenje efikasnog inspekcijskog nadzora (inspektora) koji bi imao svojstvo ovlaštene službene osobe u smislu domaćih ZKP-a, čime bi se stvorila službena saradnja i funkcionalna povezanost sa nadležnim tužilaštvima i olakšalo otkrivanje i procesuiranje krivičnih djela korupcije u sistemu javnih nabavki.

- Imajući u vidu službene podatke Agencije za javne nabavke BiH o sveukupnoj godišnjoj vrijednosti provedenih javnih nabavki u BiH i prezentovane podatke nevladinog sektora o šteti za budžete u BiH koja se čini korupcijom u sistemu javnih nabavki, formiranje tužilačkih ili policijskih timova i njihova teorijska i praktična specijalizacija s ciljem efikasnijeg otkrivanja i procesuiranja korupcije u javnim nabavkama.

## LITERATURA

1. Aleksić, Ž.; Praktikum iz kriminalistike; Naučna knjiga; Beograd; 1988.
2. Bačić, F.; Šeparović, Z.; Krivično pravo, posebni dio, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Informator; Zagreb; 1997.
3. Bojović, D.; Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica; 2013.
4. Budak, J.; Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?; Ekonomski pregled; 67 (4) 306-327 (2016.)
5. Čejović, B.; Krivično pravo u sudskoj praksi; Posebni deo; III izdanje; Lion Mark; Kragujevac; 2008.
6. Ferhatović, A.; Zloupotreba položaja ili ovlaštenja; Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu; LV-2012.
7. Grubač, M.; Krivično procesno pravo, Uvod i procesni subjekti; Službeni glasnik Republike Srbije; Beograd; 2004.
8. Halilagić, N.; Savremeni oblici suprotstavljanja organiziranom kriminalitetu s akcentom na angažiranje prikrivenog istražitelja i informatora; Pravo i pravda; godina XI br. 1; Udruženje sudija u Federaciji Bosne i Hercegovine; Sarajevo; 2012.
9. Klaić, B.; Rječnik stranih riječi; Zagreb; 1986.
10. Krapac, D.; Zakon o krivičnom postupku i drugi izvori hrvatskog krivičnog postupovnog prava; VI izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Narodne novine; Zagreb; 2006.
11. Lakić, S.; Privremeno oduzimanje predmeta kao radnja dokazivanja u ZKP-u BiH, teorija i praksa; Pravo i pravda; godina XII, br. 1; Udruženje sudija u Federaciji BiH; Sarajevo; 2013.
12. Milošević, B.; Tirić, A.; Modul 3 – Krivična oblast; Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH; Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH i RS; Sarajevo; 2009.
13. Muller, C.; Gugenberg/K. Bieneck (Hrsg); Wirtschaftsstrafrecht; Auflage; Koln; 2006.
14. Rahić, T.; Kozadra, F.; Hadžimusić, M.; Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH; Privredna štampa d.o.o.; Sarajevo; 2016.
15. Sarajlija, S.; Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlasti - Ključni problemi iz perspektive njegovog procesuiranja u Bosni i Hercegovini; Analitika Sarajevo; 2018.
16. Selić, A.; Bogavac, A.; Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica; 2016.
17. Sijerčić-Čolić, H.; Krivično procesno pravo (knjiga I); Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; Sarajevo; 2008.
18. Sijerčić-Čolić, H. i dr.; Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini; Vijeće Evrope; Sarajevo; 2005.
19. Simović, M.; Krivično procesno pravo – Uvod i opšti dio; Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću; Bihać; 2008.

20. Srzentić, N.; Stajić, A.; Lazarević, L.J.; Krivično pravo Jugoslavije, Opšti deo; Savremena administracija; Beograd; 1998.; str. 141
21. Stojanović, Z.; Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije; Službeni list SRJ; Beograd; 1997.
22. Stojanović, Z.; Perić, O.; Krivično pravo, posebni dio; XIII izmenjeno izdanje; Pravna knjiga; Beograd; 2009.
23. Vasiljević, T.; Sistem krivično procesnog prava SFRJ; Savremena administracija; Beograd; 1981.
24. Voloder, N.; Transparentnost javnih nabavki u Bosni i Hercegovini: Između teorije i prakse; Centar za društvena istraživanja – Analitika; 2015.

#### ONLINE PUBLIKACIJE I DRUGO

1. Agencija za javne nabavke BiH, Godišnji izvještaj o zaključenim ugovorima u postupcima javnih nabavki u 2016.godini ([https://www.javnenabavke.gov.ba/izvjestaji/godisnji%20izvjestaj/Godisnji\\_izvjestaj\\_2016\\_bs.pdf](https://www.javnenabavke.gov.ba/izvjestaji/godisnji%20izvjestaj/Godisnji_izvjestaj_2016_bs.pdf))
2. Anti-Corruption Helpdesk, Transparency International, 2015 ([https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Public\\_procurement\\_planning\\_and\\_corruption\\_2015.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Public_procurement_planning_and_corruption_2015.pdf)),
3. Izvještaj o praćenju postupaka javne nabavke za 2017. godinu (Agencija za javne nabavke, juni 2018. godine), strana 3 ([https://www.javnenabavke.ba/izvjestaji/izvjestaj%20%20monitoringu/Izvjestaj\\_o\\_monitoringu\\_2017.pdf](https://www.javnenabavke.ba/izvjestaji/izvjestaj%20%20monitoringu/Izvjestaj_o_monitoringu_2017.pdf), pristupljeno dana 13.5.2019.)
4. Izvještaj revizije učinka: "Blagovremenost postupaka javnih nabavki u institucijama BiH"; Broj: 01-02-03-10-16-1-1106/17 od oktobra 2017. godine, str. 2
5. Zaključak br. 1/84 sa savjetovanja krivičnih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ, 20. april 1984. godine
6. Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske br. I-KŽ-712/03 od 15.XI.2006.
7. Presuda ESLJP u predmetu Niemietz iz 1992. godine, Serija A, br, 251-

#### ZAKONI

1. Krivični zakon Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 64/17)
2. Krivični zakon Brčko Distrikta ("Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH", br. 33/13, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18)
3. Krivični zakon BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, i 35/18)
4. Krivični zakon FBiH ("Službene novine FBiH", 36/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17)
5. Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH" 49/04; 39/14)
6. Zakon o izmjenama Zakona o krivičnom postupku FBiH ("Službene novine FBiH" br. 59/14)

## RECENZIJE

### *Milica Pranjić, pravna savjetnica specijalizovana za oblast javnih nabavki*

Cilj uređenja sistema javnih nabavki, pored ostvarenja osnovnog načela ekonomičnosti i efikasnosti upotrebe javnih sredstava, jeste i borba protiv korupcije u toj oblasti. Krivični postupci koji se vode zbog zloupotreba u postupcima javnih nabavki činjenično se podvode pod opis krivičnog djela zloupotreba položaja i ovlaštenja u vezi sa postupcima javnih nabavki. Specifičnost u procesuiranju ovih krivičnih djela ogleda se u visokim standardima dokazivanja subjektivnih elemenata krivičnog djela. Kod kršenja blanketnih propisa nužno je utvrditi i konkretizovati povredu kod oblika izvršenja – dakle, ili prekoračenje ovlasti ili nevršenje dužnosti.

S obzirom na izneseno, stajališta sam da publikacija predstavlja značajan iskorak u istraživanju problematike krivičnog pravnog odgovora na zloupotrebe u postupcima javnih nabavki. Publikacija daje mnoštvo podataka o samom zakonodavnom okviru za javne nabavke, vrstama postupaka, te za sve sudije i tužioce koji postupaju u predmetima u vezi sa javnim nabavkama čini solidnu osnovu za efikasniju i djelotvorniju borbu protiv zloupotrebe u postupcima javnih nabavki. Publikacija nudi i mapiranje koruptivnih rizika kroz svaku fazu procesa javnih nabavki, što predstavlja sredstvo za prevenciju i dalje otklanjanje rizika i opasnosti od korupcije u javnim nabavkama. Poseban značaj publikacije ogleda se u sumiranju rezultata sudske prakse iz navedene oblasti, objedinjenje kroz jedan dokument, što ubuduće može unaprijediti sudsku praksu. U konačnici, svrha ove publikacije je unapređenje odgovora pravosuđa na zloupotrebe u postupcima javnih nabavki, te informacije sadržane u ovoj publikaciji mogu pomoći pravosuđu da ispuni svoje zadane ciljeve, a građanima da povećaju svijest o opasnosti od ovih krivičnih djela.

*Alma Salkić-Mijić, članica Ureda za razmatranje žalbi BiH, Filijala Mostar*

Priručnik je sačinjen od uvoda i sedam detaljno razrađenih, sistematski podijeljenih poglavlja.

Autori u prvom, odnosno uvodnom poglavlju Priručnika, ukazuju na problem korupcije s kojim se suočava Bosna i Hercegovina, ukazuju na značaj suzbijanja mogućih koruptivnih rizika u postupcima javnih nabavki, te obrazlažu da se razlog da detaljno analiziraju baš krivično djelo zloupotrebe položaja i ovlaštenja nalazi u činjenici da ovo krivično djelo na istovjetan način propisuju svi krivični zakoni u Bosni i Hercegovini. Kao takvo najzastupljenije je u sudskoj praksi u tzv. predmetima korupcije, samim tim i korupcije u javnim nabavkama.

U drugom poglavlju predstavljen je pravni i institucionalni okvir javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, u kojem je naveden historijat primjene Zakona o javnim nabavkama, pobrojane institucije nadležne za praćenje primjene Zakona o javnim nabavkama, te na sažet način iznesen osvrt na vrste postupka javnih nabavki sa njihovim osnovnim karakteristikama.

U trećem poglavlju pod nazivom Javne nabavke i podložnost korupciji autori navode statističke podatke o vrijednostima ugovora dodijeljenih u postupcima javnih nabavki, koji iznose milijarde konvertibilnih maraka, što samo po sebi dovoljno govori o značaju otkrivanja, sprečavanja i procesuiranja krivičnih djela korupcije u postupcima javnih nabavki.

U četvrtom poglavlju autori vrlo detaljno iznose moguće indikatore korupcije u postupcima javnih nabavki u svim fazama, počev od planiranja javnih nabavki, preko pripreme tenderske dokumentacije i javnog objavljivanja postupka, dostavljanja ponuda, pregleda i ocjene ponuda sve do faze zaključivanja i izvršenja ugovora zaključenih u postupcima javnih nabavki. Kroz svaku fazu navedeni su mogući korupcijski rizici što je od izuzetnog značaja za sve one koji učestvuju na otkrivanju krivičnih djela korupcije u sistemu javnih nabavki. Ovo poglavlje sadrži i statističke podatke urađene na određenom ograničenom uzorku, o odnosu broja izjavljenih žalbi na tendersku dokumentaciju i na odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača, te podatke o usvojenim i odbijenim žalbama od strane Ureda za razmatranje žalbi BiH.

U petom poglavlju autori obrađuju otkrivanje, istraživanje i dokazivanje krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlasti kao genusnog djela korupcije u javnim nabavkama. Autori ukazuju na dosadašnju slabost sistema i neefikasnost u otkrivanju i procesuiranju zloupotreba u postupcima javnih nabavki. Kroz detaljnu analizu svih elemenata krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlasti, počev od subjekta izvršenja-počinitelja krivičnog djela, radnje izvršenja, posljedice i krivice, potkrijepljenu obiljem relevantnih zakonskih odredbi i komparacijom svih krivičnih zakona u BiH, brojnim citatima iz udžbenika, stručnih radova, komentara zakona uz navođenje izvora u fus notama, te primjerima iz sudske prakse, smatram da će biti olakšan rad svima onima kojima je priručnik i namijenjen, prvenstveno sudijama i tužiocima, ali i drugim organima i institucijama nadležnim za praćenje primjene Zakona o javnim nabavkama.

U šestom poglavlju autori se bave radnjama dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. U prvom dijelu opisane su "klasične" radnje dokazivanja i posebne istražne radnje kroz prizmu dokazivanja krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja u postupcima javnih nabavki uz navođenje primjera iz sudske prakse. Posebno je apostrofirana važnost posebnih istražnih radnji u postupku dokazivanja koruptivnih krivičnih djela i to ne samo nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, nego i ostalih posebnih istražnih radnji prvenstveno simuliranog davanja potkupnine, te prikrivenog istražioca i informatora. U drugom dijelu fokus je na dokazivanju svakog pojedinog elementa krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja sa praktičnim primjerima, detektirani su najčešći problemi s kojima se u praksi suočavaju tužiocima koji rade na otkrivanju i gonjenju ovih krivičnih djela.

Sedmo poglavlje bavi se definisanjem problema sa kojima se susreću pravosudne institucije pri procesuiranju zloupotreba nastalih u postupcima javnih nabavki koje zahtijevaju krivično gonjenje. Od posebne je važnosti ukazivanje na problem koji u praksi može izazvati član 116. Zakona o javnim nabavkama kojim su utvrđene povrede postupka koje u smislu Zakona o javnim nabavkama predstavljaju prekršaj i za koje su propisane novčane kazne za ugovorne organe, ponuđače, odgovorne osobe ugovornog organa i ponuđača, iako bi se navedene povrede pod određenim okolnostima mogle podvesti pod krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlaštenja. Autori posebno naglašavaju potrebu koordinacije tužilaca i ovlaštenih službenih osoba koje pokreću prekršajni postupak, kako ne bi došlo do aktiviranja načela *ne bis in idem*, jer u pojedinim slučajevima kršenja

Zakona o javnim nabavkama, nedovoljan učinak na generalnu prevenciju imaju kazne za prekršaje, pa bi bilo svrsishodnije poduzeti krivično gonjenje.

U osmom poglavlju autori daju preporuke za unapređenje sveukupnog sistema javnih nabavki i procesuiranja krivičnih djela nastalih u postupcima javnih nabavki kroz izmjenu Krivičnog zakona BiH i FBiH uvođenjem posebnog krivičnog djela za zloupotrebe u postupcima javnih nabavki po ugledu na Krivični zakon RS i Brčko Distrikta, te izmjenu Zakona o javnim nabavkama u dijelu prekršajnih i kaznenih odredbi kako bi se napravila jasna distinkcija između prekršaja i krivičnog djela u javnim nabavkama.

Smatram da će Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki, koristiti ne samo sudijama i tužiocima kojima je prvenstveno namijenjen, nego i svim ostalim institucijama i organima nadležnim za praćenje primjene Zakona o javnim nabavkama, ovlaštenim službenim osobama, ugovornim organima i ostalim učesnicima u postupcima javnih nabavki da prije svega na vrijeme uklone koruptivne rizike u postupku javne nabavke, lakše prepoznaju koruptivno ponašanje i učine sve iz svoje nadležnosti da se počinioci krivičnih djela u postupcima javnih nabavki sankcionišu, a može poslužiti i nadležnim institucijama u pripremi predloženih izmjena i dopuna zakona.



[www.account.ba](http://www.account.ba)



Radićeva 2, 71000 Sarajevo  
Tel/Fax: +387 33 263 546  
[ugcrma@gmail.com](mailto:ugcrma@gmail.com)



Skenderija 17, 71000 Sarajevo  
Tel/Fax: +387 33 200 538, 209 304  
[infohouse@infohouse.ba](mailto:infohouse@infohouse.ba)  
[www.infohouse.ba](http://www.infohouse.ba)



<https://www.usaid.gov/bosnia>