

др **Љиљана РУДИЋ-ДИМИЋ**
главни стручни консултант друштва за правно информатичку и
издавачку делатност Paragraf Co

ПОСЕБАН РЕЖИМ АУТОРСКОГ ДЕЛА И ПОСТУПАК ЈАВНИХ НАБАВКИ

Резиме

Јавна набавка је посредствено прибављање добара и услуга или уступање извођења радова од стране државног органа, организације, установе или других правних лица који се сматрају наручиоцима.

Повезујућа комисионина наручиоца у посредственој јавној набавци, уговора о јавној набавци, односно понуђача у јавној набавци са једне стране, и аутора дела са друге, јесте у одредбама уговора о наруџбини ауторског дела.

Битно слично је да се и понуђач у посредственој јавној набавци и аутор у оквиру одредби уговора о наруџбини ауторског дела, обавезују да за наручиоца израде предмет у једном случају јавне набавке у другом ауторског дела и предају наручиоцу примерак истога.

Веома је тешко замислити посредственој јавној набавци која за предмет има закључење ауторског уговора, односно израду новог или пак уступање посредственој ауторској дела, на начин да је јавна набавка и посредствено одлучивање о најповољнијој понуди, вођен критеријумима које предвиђа Закон о јавним набавкама. На тај начин, смисао саме уговорне претпоставке, дакле оригиналног решења аутора као главни критеријум квалификације ауторског дела, била би беспредметна.

Кључне речи: *јавне набавке, ауторско дело, наручилац, аутор – понуђач, критеријуми за вредновање понуда.*

I Посебан режим ауторског дела

1. Јавна набавка и ауторско дело – да ли се за закључење уговора о ауторском делу примењује Закон о јавним набавкама?

У пракси се више пута појавило ово питање. Да би на питање одговорили, морамо сагледати „посебан режим“ настанка ауторског дела и промета имовинских права на ауторском делу, са аспекта *Закон о ауторском и сродним правима* односно *Закон о јавним набавкама*.

*Закон о јавним набавкама*¹ уређује услове, начин и поступак набавке добара и услуга и уступања извођења радова у случајевима када је наручилац тих набавки државни орган, организација, установа или друго правно лице које је одређено законом.

Јавна набавка је прибављање добара и услуга или уступање извођења радова од стране државног органа, организације, установе или других правних лица који се, у смислу закона, *сматрају наручиоцима*, на начин и под условима прописаним овим законом.

Уговор о јавној набавци је уговор закључен у писаној форми између наручиоца и понуђача у складу са спроведеним поступком јавне набавке, који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова, при чему је *понуђач* домаће или страног правно или физичко лице које понуди испоруку добара, пружање услуга или извођење радова.

Конкурс за нацрте је поступак који се примењује код закључивања уговора о пружању услуга урбанистичког планирања, нацрта у области архитектуре и грађевинарства, инжењерства, дизајна или информатике, при чему избор нацрта врши унапред образован жири.

Критеријум је мерило које се користи за вредновање, упоређивање и оцењивање понуда у поступцима јавних набавки.

Услов је захтев наручиоца који у понуди у целини мора бити испуњен на начин како је утврђено законом и конкурсном документацијом.

Прихваћљива понуда је благовремена понуда, исправна и одговарајућа, која не ограничава, нити условљава права наручиоца или обавезе понуђача и која не прелази износ процењене вредности конкретне јавне набавке, при чему су *јавна средства* она која су под контролом и на располагању Републике Србије, локалних власти и организација обавезног социјалног осигурања, односно сва средства која прикупљају, примају, чувају, опредељују и троше наручиоци.

1 *Службени гласник РС*, бр. 116/2008.

Закон о јавним набавкама, транспарентан је у одређивању референтних појмова, питање је само да ли се и на који начин, могу изједначити:

- аутор дела са понуђачем у поступку јавних набавки;
- ауторско дело са нарученим добрима и услугама у поступку јавних набавки;
- дискрециона оцена оригиналног ауторског решења са прихватљивом понудом у поступку јавних набавки;
- оригиналност дела у одређеној материјалној форми независно од медија изражавања са критеријумима и условима из поступка јавних набавки?

Дакле, наручилац јавне набавке (даље: наручилац), пре свих је државни орган, организација, установа и други директни или индиректни корисник буџетских средстава у смислу закона којим се уређује буџетски систем и буџет, као и организација за обавезно социјално осигурање; јавно предузеће; као и друго правно лице које обавља и делатност од општег интереса, уз алтернативну испуњеност услова које предвиђа *Закон о јавним набавкама*.

Предмет уговора о јавној набавци добара може бити куповина добара; закуп добара односно лизинг добара.

Предмет уговора о јавној набавци услуга чине услуге наведене у анексима IА и IБ (саставни део *Закона о јавним набавкама*), од којих критеријуме да се могу сматрати ауторским делом имају следеће услуге:

1. из Анекса IА: (редни број) 7 рачунарске услуге, 12 архитектонске услуге; инжењерске услуге; услуге урбанистичког планирања и пејзажне архитектуре; услуге техничког тестирања и анализа; 13 рекламне услуге, односно 15 издавачке и штампарске услуге на хонорарној или уговорној основи;
2. из Анекса IБ: (редни број) 26 услуге у областима рекреације, културе и спорта.

а) Набавке на које се Закон о јавним набавкама не примењује

У делу закона који се односи на набавке на које се овај закон не примењује, од ауторског и сродних права, закон изузима само једну категорију сродног права (члан 7 тачка 8), на експлицитан начин:

„набавке које се односе на куповину, развој, продукцију или копродукцију радио и телевизијског програма или времена за емитовање програма.“

Дакле, изузето је само сродно право – право произвођача емисије, што поставља питање дискутабилног критеријума.

Сматрамо да сва сродна права (изузетак права интерпретатора), са обзиром да су носиоци сродних права најчешће привредна друштва у чијој организацији и чијим средствима је настало сродно право (фонограм, видеограм, база података, емисија, итд), „погодна“ да буду квалификована за поступак јавних набавки, за разлику од ауторских дела.

б) Конкурси – јавне набавке услуга посебно из домена интелектуалне својине

Конкурси су форма јавних набавки, која потенцијално има за предмет неки од сегмената ауторског права или пак неког другог права интелектуалне својине (дизајн, модел, жиг).

Наручилац јавне набавке може спроводити и најчешће то и чини, поступак јавне набавке услуга путем конкурса у областима урбанистичког планирања, архитектуре, грађевинарства, инжењерства, дизајна и информатике. Нацрт, план или дизајн бира независни жири.

Ако наручилац захтева од учесника на конкурс у посебне професионалне квалификације или искуство, најмање једна трећина чланова жирија мора имати најмање једнаке квалификације, односно искуство. Жири је самосталан у одлучивању и разматра анонимне нацрте, планове или дизајне.

Конкурс за нацрте, планове или дизајне, са доделом награде и плаћањем учесницима, може се спроводити самостално или као саставни део другог поступка јавне набавке.

2. Одређивање вредности јавне набавке – може ли бити првенствени критеријум за одређивање оригиналности и квалитета нарученог ауторског дела?

При израчунавању процењене вредности јавне набавке услуга, наручилац мора у вредност услуге да урачуна и све трошкове везане за услугу које ће имати понуђач.

Код појединих услуга наручилац узима у обзир следеће износе: за архитектонске услуге, индустријски дизајн, просторно планирање и сл. – накнаду или провизију.

Накнада у горњем случају није пак ништа друго, него ауторска накнада за извршење услуге из домена интелектуалне својине, док провизија може бити услуга специјализованих агенција која доводе у везу ауторе као ствараоце односно наручиоце.

а) Навођење правошћова накнаде за коришћење правошћова у конкурсној документацији

Наручилац може да наведе у конкурсној документацији да накнаду за коришћење патената, као и одговорност за повреду заштићених права интелектуалне својине трећих лица, сноси понуђач.

То је у праву познати дисклејмер, где понуђач односно аутор гарантује наручиоцу да је једини, изворни (оригинарни) стваралац ауторског дела које је предмет уговорне престације, и да је наручилац у том смислу „релаксиран“ од поштовања права интелектуалне својине као и потенцијалне повреде у случају несавесности самог аутора, у случају јавних набавки, понуђача.

б) Критеријуми за одабир понуде – није валидан критеријум за квалификовање ауторског дела

Критеријуми које одређује и разрађује Закон о јавним набавкама су економски најповољнија понуда или најнижа понуђена цена.

Критеријум економски најповољније понуде заснива се на различитим елементима у зависности од предмета јавне набавке, као што су: понуђена цена; услови плаћања; рок испоруке или извршења услуге или радова; текући трошкови; трошковна економичност; квалитет; техничке и технолошке предности; пост-продајно сервисирање и техничка помоћ; гарантни период и врста гаранција; обавезе у погледу резервних делова; пост-гаранцијско одржавање; естетске и функционалне карактеристике и др.

Дакле, једини критеријум валидан са аспекта права интелектуалне својине може бити естетски, дакле дискрециони критеријум, уз евентуално критеријум квалитета (индустријска својина) односно рокова извршења престације, које је делимично могуће изразити објективним параметрима.

Избор између достављених понуда применом критеријума економски најповољније понуде наручилац спроводи тако што их рангира на основу пондера одређених за елементе критеријума.

Избор између достављених понуда применом критеријума најниже понуђене цене заснива се на најнижој цени као једином критеријуму.

Критеријум најниже понуђене цене, не може се ни у једном аспекту применити као валидан критеријум код наруџбине ауторског дела, имајући у виду критеријум оригиналности као услов за ауторскоправну заштиту.

Најнижа понуђена цена може се односити само на наруџбину услуге *out source*, агената и агенција, који се специјализовано баве пласманом и прометом имовинскоправних ауторских овлашћења.

II „Дискрециона“ вредност ауторског дела

1. Ауторска дела и предмети сродних права – критеријуми вредновања

*Закон о ауторском и сродним правима*² ауторско дело одређује као *оригиналну духовну творевину аутора*, изражена у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине.

Ауторским делом сматрају се, нарочито: писана дела (књиге, брошуре, чланци, преводи, рачунарски програми у било којем облику њиховог изражавања, укључујући и припремни материјал за њихову израду и др.); говорна дела (предавања, говори, беседе и др.); драмска, драмско-музичка, кореографска и пантомимска дела, као и дела која потичу из фолклора; музичка дела, са речима или без речи; филмска дела (кинематографска и телевизијска дела); дела ликовне уметности (слике, цртежи, скице, графике, скулптуре и др.); дела архитектуре, примењене уметности и индустријског обликовања; картографска дела (географске и топографске карте); планови, скице, макете и фотографије; позоришна режија.

Дакле, овом егземпликативном методом, апострофирају се само неке од најчешћих и најважнијих врста ауторских дела, али се потенцијални списак ауторских дела на тај начин не закључује: статус ауторског дела имају све друге интелектуалне креације које у целини или делимично задовољавају критеријум *оригиналности* и изражавају *одређеној форми*. Статус ауторског дела и сва припадајућа морална и имовинска права аутора, не зависе од естетског, научног, инвентивног, економског вредновања, нити пак временског приоритета, већ исључиво од два наведена критеријума. Једине рестрикције у том правцу, јесу одредбе закона о томе шта је изузето од ауторскоправне заштите, односно, у тачно законом предвиђеним случајевима, „ослабљено“ ограничењима права аутора.

Из ових почетних одредница појма ауторског дела, јасно је да се одредбе *Закона о јавним набавкама*, са својим поступком и критеријумима за одабир најповољније понуде у свом највећем делу не могу од-

2 Службени гласник РС, бр. 104/2009.

носити на наруџбину ауторског дела од једног или више физичких лица, јер би исто представљало правну, логичку и естетску противречност.

Сродна права, осим права интерпретатора, могу имати смисла у светлу потенцијалне примене одредби *Закона о јавним набавкама*, из разлога што ова права која поред појединаца имају и привредна друштва у чијој организацији односно чијим средствима је настало неко сродно право (фонограм, видеограм, база података, емисија, право издавача штампаних издања), дакле, иста подразумевају организовано улагање и значајну инвестицију у настајак предмета сродног права, па су и критеријуми за вредновање понуда ових субјеката мерљиви улагањем и трошковима које су носиоци сродних права имали у поступку настанка предмета сродног права.

У том смислу тендери на којима учествују носиоци сродних права, у највећој мери примењују одредбе *Закона о јавним набавкама*, а претходно смо констатовали да исти закон из поступка јавних набавки, изузима *набавке које се односе на кувовину, развој, њродукуцију или којродукуцију радио и шелевизијској њројрама или времена за емииовање њројрама*, што је супротно природи и инвестицији овог сродног права.

2. Уговор о наруџбини ауторског дела – конкурс – јавне набавке

Повезујући моменат наручиоца у поступку јавних набавки, уговора о јавној набавци, односно понуђача у јавној набавци и аутора дела, јесте у одредбама које регулишу уговор о наруџбини ауторског дела.

Оно што је битно слично јесте да се и понуђач и аутор обавезује да за наручиоца израде предмет у једном случају јавне набавке у другом ауторског дела и преда му примерак истог.

Наручилац има право да објави дело и да стави у промет примерак дела који му је аутор предао, што је исто у оба случаја, али само код уговора о наруџбини ауторског дела аутор задржава остала ауторска права, ако уговором о наруџбини није друкчије одређено. Ако је на основу уговора о наруџбини ауторског дела израђен рачунарски програм, наручилац стиче сва права искоришћавања рачунарског програма, ако уговором није друкчије одређено.

Друга разлика јесте да у поступку јавних набавки наручилац има далеко веће право да усмерава и контролише поступак извршења престације из уговора о јавној набавци, док код уговора о наруџбини ауторског дела, наручилац не сме да суштински ограничава слободу уметничког, стручног или научног изражавања аутора.

И поред ових заједничких места, веома је тешко замислити поступак јавне набавке који за предмет има закључење ауторског уговора, односно израду новог или пак уступање постојећег ауторског дела, на начин да је сама јавна набавка и поступак одлучивања о најповољнијој понуди, вођен критеријумима које предвиђа *Закон о јавним набавкама*. На тај начин, смисао саме уговорне престације, дакле оригиналност решења аутора била би беспредметна.

III Промет ауторских имовинских овлашћења – порески третман

Када говоримо о јавним набавкама које за предмет имају добра односно услуге из домена интелектуалне својине, посебно ауторског права, понекад се дилеме које се са правом постављају око посебног режима ауторског дела, „превазилазе“ закључивањем уговора о делу, уместо уговора о ауторском делу, што је посебна заблуда, са материјално правног али и пореског аспекта.

1. Приходи грађана који подлежу опорезивању – приходи од ауторских права

Закон о порезу на доходак грађана³ веома је јасно апострофирао приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, као приходе који подлежу опорезивању – тачније порезу на доходак грађана, у почетним својим одредбама. Ови се приходи опорезују било да су остварени у новцу, у натури, чињењем или на други начин.

а) Порез на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине

Предмет опорезивања – приход од ауторских права сматра се накнада коју обвезник оствари по основу: писаних дела; говорних дела; драмских и драмско-музичких дела; пантомимских и кореографских дела чије је представљање утврђено писмено или на неки други начин; музичких дела са речима или без њих; кинематографских дела и дела створених на начин сличан кинематографији; дела ликовне уметности; картографских дела; идејних пројеката, скица, цртежа и пластичних дела која се односе на архитектуру, географију, топографију или коју

³ *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009 и 18/2010.

другу област науке или уметности; стрипова, укрштеница и слично; редакцијских дела која с обзиром на избор и распоред грађе, представљају самосталну духовну творевину; превода, лектуре, аранжмана музичке обраде и друге прераде ауторских дела; награда на конкурсима за израду уметничких, научних, стручних и осталих ауторских дела, награда на конкурсима за израду идејних пројеката, као и награда за постигнути успех у науци и уметности, ако овим законом није друкчије одређено; извођења музичких, књижевних и других дела; коришћења изведених музичких материјала; израда прототипа уметничких предмета који се уступају предузећима као модели за умножавање (производњу) таквих предмета; ликовних дела из области примењених уметности; осталих ауторских дела.

Приходом од сродних њрава, сматра се накнада коју обвезник оствари по основу: права интерпретатора; права произвођача фонограма; права произвођача видеограма; права произвођача емисије; права произвођача базе података. У овом смислу, недостаје ново сродно право које је уврштено изменама и допунама *Закона о ауторском и сродним њравима* из 2009. године, права издавача штампаних издања на посебну накнаду, односно, право првог издавача слободног дела (новела из 2004), оба у оквиру сродног права издавача штампаних издања.

б) Порески обвезник

Обвезник пореза на приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине је физичко лице које као аутор, носилац сродних права, односно власник права индустријске својине остварује накнаду по основу ауторског и сродног права, односно права индустријске својине.

Обвезник пореза на приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине је и наследник имовинског ауторског и сродног права и права индустријске својине и свако друго физичко лице које остварује накнаду по тим основама.

в) Пореска основица

Опорезиви приход од ауторских и сродних права и права индустријске својине чини разлика између бруто прихода и трошкова које је обвезник имао при остваривању и очувању прихода, осим ако законом није друкчије прописано.

Нормирани њрошкови: обвезнику – аутору, односно носиоцу сродног права признају се следећи нормирани трошкови:

- 1) за вајарска дела, таписерије, уметничку керамику, керамопластику, мозаик и витраж, за уметничку фотографију, зидно сликарство и сликарство у простору у техникама: фреска, графика, интарзија, емајл, интарзиране и емајлиране предмете, костимографију, модно креаторство и уметничку обраду текста – 50% од бруто прихода;
- 2) за сликарска дела, графичка дела, индустријско обликовање са израдом модела и макета, ситну пластику, радове визуелних комуникација, радове у области унутрашње архитектуре и обраде фасада, обликовање простора, радове на подручју хортикултуре, вршење уметничког надзора над извођењем радова у области унутрашње и фасадне архитектуре, обликовања простора и хортикултуре са израдом модела и макета, уметничка решења за сценографију, научна, стручна, књижевна и публицистичка дела, превођење, односно преводи, музичка и кинематографска дела и рестаураторска и конзерваторска дела у области културе и уметности, за извођење уметничких дела, снимање филмова и идејне скице за таписерију и костимографију кад се не изводе у материјалу – 43% од бруто прихода;
- 3) за интерпретацију, односно извођење естрадних програма забавне и народне музике, производњу фонограма, производњу видеограма, производњу емисије, производњу базе података и за друга ауторска и сродна права која нису наведена у тач. 1) и 2) – 34% од бруто прихода.

Обвезнику – аутору, односно носиоцу сродног права, поред нормираних трошкова признају се и *стварни трошкови* у пуном износу накнада коју плаћају за услуге одговарајућој ауторској агенцији, организацији за заштиту музичког ауторског права и предузећима и другим правним лицима овлашћеним за продају и наплату прихода од ауторских дела.

IV Уместо закључка

Уговор о ауторском делу, директно са једним физичким лицем – аутором, односно више физичких лица, сарадника на истом делу – коауторима, подразумева дискрециону оцену наручиоца о томе које физичко лице је најпогодније да изврши предмет ауторског уговора, на основу „могућих“ објективних критеријума тако и процене профила извршиоца. То даље значи да се одлука за ангажовање конкретног аутора не доноси на основу опредељене висине ауторске накнаде, већ на основу

процене наручиоца да ће конкретно физичко лице најоптималније извршити предмет уговора. У том смислу за закључење ауторског уговора нема основа да се примењује *Закон о јавним набавкама*.

Ако се за закључење, посредовање, и out source, користиће услуге специјализованих агенција за заштити ауторских права и интелектуалне својине, онда постоји обавеза да се примене одредбе Закона о јавним набавкама и да се одлучи за најповољнију понуду, дакле агенцију као привредно друштво која конкурише са најприхватљивијом понудом своје провизије за обим и квалитет услуга који пружа.

Уговор о делу, битно се разликује од ауторског уговора и његова престаџија – предмет, могу бити крајње техничке, квантитативне патиме и ценом престаџије мерљиве категорије. Уколико би се уговором о делу обавезали на једнократну или учесталу престаџију нпр. техничког прелома текста, услуге штампарије, уношења података у базу података од стране оператера и сл. могло би се поставити питање најповољнијег понуђача (код уговора о делу, нема признатих нормираних трошкова код обрачунавања пореске основице).

Ljiljana RUDIĆ-DIMIĆ, PhD
Chief Legal Consultant, Paragraf Co, Belgrade

SPECIAL REGIME OF WORK OF AUTHORSHIP AND PUBLIC SUPPLIES PROCEDURE

Summary

Public supplies are acquisitions of goods and services or assignment of the performing operations on behalf of the governmental institutions, organizations, institutions or other legal entities who are to be considered as the commissioning parties.

Bounding points for the commissioning party in the light of the public supplies, contract on the public supplies, as well as tenderer party in the procedure of public supplies, on the one hand, and the autor of the work, on the other, are in the stipulations of the Contract of Commissioning a Work of Authorship.

Similarity can be found in the fact that tenderer party as well as author of the work, are obliged to perform the object of the public supplies in one case, the subject of the Contract of Commissioning a Work of Authorship, in the other

case, for the purposes of delivering that subject to the ordering /commissioning party.

It is very difficult to imagine the very procedure of public supplies, having its subject the conclusion of the authors contract (making the new one or rendering the existing copyright work), in the manner that public supply itself and the decisioning procedure upon the best offer, are led with the criteria stipulated in the Law on the Public Supplies. Thus would question feasibility of the meaning of the contracting subject matter, in this case original authors creation.

Key words: *public supplies, copyright work, commissioning party, author – tenderer, criteria for the valuation of offers in the public supplies procedure.*