
ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Др Слободан М. МАРКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ИНТЕЛЕКТУАЛНА СВОЈИНА У КОНТЕКСТУ ЈАВНИХ НАБАВКИ*

Резиме

Полазећи од значаја који се у развијеним земљама придаје јавним набавкама као инструменту иновационе политике, аутор указује на осетљивост питања судбине права интелектуалне својине која настају као резултат реализације такве набавке. Јавна набавка нема функцију да покрије цео трошак истраживања и развоја, него треба да креира почетну тражњу за иновативним решењем и омогући тако добављачу да валоризује своје интелектуално добро на тржишту. Да би то било могуће, критичан обим права интелектуалне својине мора остати код добављача. Аутор скреће пажњу на значај постојања конзистентне иновационе политике која ће афирмисати овај принцип и омогућити да јавне набавке изађу из тесног традиционалног оквира државне куповине добара и услуга.

Кључне речи: добављач, наручилац, интелектуално добро, тендер, лиценца.

І Уводне напомене

Као што је познато, предмет заштите у праву интелектуалне својине су нематеријална (интелектуална) добра као, на пример, ауторско дело, проналазак, дизајн и друго. Стога, кад говоримо о јавним набавкама у којима постоји питање интелектуалне својине, мислимо на јавне набавке оних добара и услуга у којима је материјализовано одређено интелектуално добро као реални или потенцијални предмет одређеног права интелектуалне својине. Пример за такве јавне набавке су архитектонски конкурси, затим конкурси за креативна софтверска или техничка решења

одређених проблема у јавним службама, набавка одређене робе које нема на тржишту, тј. која тек треба да се развије на основу одређених проналазака, и др.

Јавне набавке су уређене прописима¹ чији дух и метод су битно различити од духа и метода прописа којима се уређује интелектуална својина.² У праву јавних набавки акценат је на подршци конкуренцији међу понуђачима и слободи наручиоца да учини економски најрационалнији избор, јер законодавац сматра да се на тај начин најефикасније употребљавају јавне финансије и тако доприноси друштвеном благостању. Насупрот томе, суштина права интелектуалне својине је у искључењу конкуренције у погледу привредног коришћења предмета заштите, јер се на тај начин подстичу креативност и иновативност који су такође значајни за друштвени напредак и благостање. Појавни правни облик ове иманентне супротности огледа се у питању ко и под којим условима ће бити титулар тог права: добављач или наручилац.

Будући да су искључива имовинска овлашћења из субјективног права интелектуалне својине предмет промета, могло би се на први поглед рећи да се значај горњег питања ограничава на конкретан уговор између добављача (који је изворни носилац тих права) и наручиоца (који има легитимни интерес да их прибави). Дубљи увид у ствар, међутим, открива додатне димензије улоге права интелектуалне својине у јавним набавкама. Реч је о томе да су јавне набавке један од моћних инструмената иновационе политике,³ где право јавних набавки, са једне, и право интелектуалне својине, са друге стране, упркос разлици у духу и методу, синергетски делују као подстицај стваралаштву, иновативности и развоју друштва.

Намера нам је да осветлимо превасходно тај аспект односа између јавних набавки и интелектуалне својине, апелујући на креирање једног

* Овај рад је прилог стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2017. годину.

1 Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 124/2012, 14/2015, 68/2015.

2 Закон о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник РС*, 104/2009, 119/2012; Закон о патентима, *Сл. гласник РС*, 99/2011 и др.

3 „Владе све више препознају огромну моћ јавних набавки у решавању глобалних друштвених изазова, побољшању продуктивности и убрзању иновација, обезбеђујући, при том, вредност адекватну уложеном новцу. Јавне набавке представљају 12% бруто националног производа и 29% укупних државних трошкова држава *OECD*-а, што је јасан сигнал њиховог потенцијала да подрже шире циљеве јавне политике, укључујући јачање иновативности.“ *OECD Public Governance Reviews: Public Procurement for Innovation*, 2016, 3.

конзистентног правног оквира иновационе политике на државном нивоу. Пре тога, међутим, ваља разумети базичан ниво односа права јавних набавки према интелектуалној својини.

II Интелектуална својина и јавне набавке изван контекста иновационе политике

Истакнимо одмах да се највећи број јавних набавки односи на робу и услуге чија израда и испорука уопште не захтевају иновативност или креативност, те се питање интелектуалне својине код тих трансакција и не поставља. Знатно ређи су случајеви јавне набавке робе и услуга у којима је опредељено одређено интелектуално добро које добављач креира за ту сврху и које је (или може бити) предмет заштите одређеним правом интелектуалне својине. Будући да континентални правни систем, по правилу, сматра ствараоца интелектуалног добра изворним носиоцем субјективног права интелектуалне својине, овде се отвара питање односа између ствараоца (једног или више физичких лица), добављача и наручиоца у погледу судбине тог права: а) остаје ли оно код ствараоца или б) бива пренесено / уступљено добављачу или в) преко добављача бива пренесено / уступљено наручиоцу. Ми овде не можемо расправљати однос између ствараоца и добављача, који је, по правилу, решен уговором о раду или делу, или се на њега примењују правила *ex lege* промета права интелектуалне својине на интелектуалним добрима насталим у радном односу или по наруцби. За потребе овог рада концентрисаћемо се само на однос између добављача и наручиоца, полазећи од претпоставке да се добављач постарао да права интелектуалне својине прибави од ствараоца.⁴

Логика јавне набавке је да се одређено добро прибави средствима пореских обвезника под најповољнијим условима (цена, квалитет и остали критеријуми) и да се максимално искористи за задовољење одређене јавне потребе. Ово природно води закључку да ће наручилац инсистирати на томе да уговором прибави сва искључива овлашћења на коришћење заштићеног интелектуалног добра, без временског ограничења и без плаћања накнаде за коришћење. Уз то ће добављача обавезати да гаран-

4 Не треба занемарити чињеницу да постоје и нематеријална добра на којима изворни носилац права интелектуалне својине може бити правно лице као добављач. Реч је о тзв. псеудотворевинама као што су фонограм, видеограм, емисија и база података, који се штите путем одговарајућих права сродних ауторском праву. Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2016, 81-95. У том случају се судбина конкретног права интелектуалне својине решава у директном односу добављача са наручиоцем.

тује за правне недостатке те трансакције, што значи да ће добављач бити одговоран ако наручилац, користећи испоручену робу или услугу, повреди право интелектуалне својине трећег лица. Такав модел третмана права интелектуалне својине у јавним набавкама има за циљ да елиминира ризик да добављач онемогући или ограничи наручиоца у коришћењу прибављене робе или услуге, односно да му проузрокује додатне трошкове који нису били обухваћени ценом јавне набавке.

Клаузула којом наручилац бесплатно и без ограничења прибавља права интелектуалне својине, која се могу појавити у процесу јавне набавке, често је део типских уговора које примењују управе за јавне набавке. Пример за целисходност такве клаузуле могла би бити јавна набавка софтвера за потребе јавног предузећа које управља паркинг услугама у једној општини. Софтвер би требало да служи за евидентирање и сигнализацију слободних паркинг места, као и евиденцију и контролу наплате паркирања. Кад међу више понуђача одабере једног, наручилац ће с њим закључити уговор о набавци, којим ће, поред осталог, прибавити сва припадајућа права интелектуалне својине. У конкретном случају то значи да ће прибавити искључиву, временски и територијално неограничену, бесплатну лиценцу за коришћење и измене тог софтвера (који има својство ауторског дела). На тај начин, наручилац обезбеђује не само потпуну слободу коришћења софтвера, него и слободу у избору субјекта који ће касније сервисирати или преправљати / прилагођавати тај софтвер новим потребама наручиоца. Подразумева се да ће тај субјект бити изабран у новом поступку јавне набавке где ће се опет јавити више понуђача, што је у функцији заштите конкуренције.

Код јавне набавке која се састоји нпр. у изради одређеног уџбеника, наручилац може обавезати добављача (аутора) да своје дело стави под режим одговарајуће *Creative Commons* лиценце. На основу ње, допуштено је свакоме да без плаћања накнаде користи (умножава, ставља у промет, поставља на интернет и сл.) то дело, уз обавезу да га не мења и да поштује личноправна овлашћења аутора на патернитет и назначење имена.⁵ На овом примеру видимо да наручилац јавне набавке не мора сам прибавити искључива права интелектуалне својине од добављача, већ да га може обавезати да он сам врши своја права на начин који неће бити пре-

5 Ово је лиценца типа *CC-BY*. Постоји више типова тзв. *CC* лиценци. За ближу практичну информацију види интернет страницу српског огранка међународног пројекта *Creative Commons*: <http://creativecommons.org.rs/>, фебруар 2017. године.

прека другима да бесплатно користе предмет јавне набавке (ауторско дело).

III Јавне набавке као инструмент иновационе политике

1. Место јавних набавки у систему економских подстицаја стваралаштва

Тежиште нашег интересовања су јавне набавке у којима се максимизација јавне користи од набавке премешта са терена безусловне заштите конкуренције на терен стимулисања иновација и стваралаштва. Такав модел јавних набавки је инструмент посебне јавне политике, коју можемо назвати иновациона политика. Сам појам иновационе политике сугерише постојање уверења друштва да се одређеним подстицајним мерама може утицати на интензитет и обим стваралаштва у области науке, технике, уметности и др., па самим тим и на темпо економског раста и општег културног прогреса. Најопштити теоријски оквир државног интервенционизма у овој области представља теорија ендогеног привредног раста, према којој су технолошки и културни развој функције економског процеса и зависе од обима и квалитета инвестирања у њих.⁶

С обзиром на то да интелектуална добра имају економску природу јавних добара (неривалитет и неискључивост у потрошњи), приватни капитал у условима конкуренције показује ограничено интересовање за инвестирање у продукцију тих добара. Логично је да ту слабост тржишта настоји да превазиђе држава, инвестирањем буџетских средстава у виду субвенција, грантова, награда и наруџби у области науке, истраживања и развоја, као и уметничког стваралаштва. Концепт ове интервенције је да се технолошки и културни напредак финансира средствима пореских обвезника, а да резултати те инвестиције буду свакоме доступни и слободни за коришћење.

Паралелно са системом јавног финансирања, развијен је и систем приватног финансирања интелектуалног стваралаштва, у виду права интелектуалне својине. Овде се поменути слабост тржишта превазилази конструкцијом искључивих апсолутних права на одређеним нематеријалним добрима, чиме се елиминише конкуренција и ствара могућност за присвајање дела друштвене вредности тих добара. Овај систем представља јаку институционалну полуту за стимулисање технолошког и култур-

6 Види ближе о доктринама егзогеног и ендогеног привредног раста у Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Београд, 2011, 60-106.

ног развоја, јер показује одређене предности у односу на јавно финансирање. Реч је, пре свега, о томе да је инвестициони потенцијал приватног капитала већи од инвестиционог потенцијала јавних финансија. Затим, децентрализованост приватног капитала води децентрализацији управљања инвестицијом, што значи да сваки инвеститор доноси сопствену пословну одлуку и преузима економске ризике који произлазе из ње. То гарантује већи степен кореспонденције између произведених интелектуалних добара и објективних друштвених потреба које се њима задовољавају. Коначно, инвеститор (титулар права интелектуалне својине) преваљује трошак инвестиције само на оне потрошаче којима је његова инвестиција била корисна и који хоће да плате за набавку конкретног производа или услуге. Тиме се отклања озбиљан приговор који се може упутити јавном финансирању, по којем терет инвестирања носе и они порески обвезници који немају никакву корист од тога.

Данас је, упркос својим несавршеностима, право интелектуалне својине доминантан вид институционалног стимулса интелектуалног стваралаштва, с тим да јавно финансирање и даље има своје место у иновационој политици. Ова два система се међусобно не искључују. Право интелектуалне својине делује и у случају јавног финансирања. Отуда, садејство ова два система (као што је то случај код јавних набавки) отвара питање друштвено оптималне расподеле субјективних права интелектуалне својине међу учесницима у трансакцији.

Када анализира лепезу инструмената иновационе политике, савремена литература разликује мере које стимулишу понуду интелектуалних добара (енгл. *Supply side incentives*) и мере које су окренуте потражњи интелектуалних добара (енгл. *Demand side incentives*). Понуду је могуће стимулисати стварањем финансијских и других (нпр. организационих, кадровских) претпоставки које би навеле одређеног субјекта да ради на стварању одређеног нематеријалног добра. Ове мере су драгоцене онда кад је одређени субјект идентификовао потенцијалну тражњу за одређеним интелектуалним добром (преточеним у робу или услугу), али му недостају ресурси да такво добро створи. Насупрот томе, тражња за интелектуалним добром се стимулише *ex ante* обезбеђењем тржишта за то добро (преточено у робу или услугу), чиме се сигнализира економска оправданост инвестирања у његово стварање.

Имајући све то у виду, може се констатовати да јавне набавке припадају мерама иновационе политике којима се доминантно стимулише тражња за интелектуалним добрима, будући да држава њима: а) ствара

почетно тржиште за односну робу или услугу, и, евентуално, б) допринеси креирању техничких стандарда који олакшавају проширење тржишта.⁷

Овде вреди дати још три напомене. Прва је да су јавне набавке само једна од мера државног спонзорства продукције јавних добара уопште, као што су путеви, заштита од поплава, здравствена заштита, проналасци, уметничка дела. Друга је да је одувек било и приватних спонзора продукције јавних добара, посебно у области технолошког и културног стваралаштва (мецене, патрони, фондације, филантропи). Трећа је да током последњих деценија у развијеним земљама функционише и концепт јавно-приватног партнерства у циљу продукције јавних добара, којим се комбинују предности државног спонзорства и капиталистичког пословања. Отуда се јавне набавке у пракси не појављују увек као самосталан инструмент државног стимулисања технолошког и културног развоја, него су уплетене у мрежу компликованих правноекономских односа множине актера.

Јавне набавке, као инструмент иновационе политике, доживеле су своју афирмацију током XX века, мада је било спорадичних рудиментарних примера још у антици и средњем веку.⁸ Земља у којој се јавним набавкама приписује лавовски део заслуга за технолошки напредак су Сједињене Америчке Државе. Економска депресија тридесетих година прошлог века омогућила је економистима нове увиде у одређене законитости у области цена, камата и запослености,⁹ на основу чега се држава, поред емитовања новца, прихватила и посла његовог организованог и ци-

7 Jakob Edler, Luke Georghiou, „Public Procurement and Innovation – Restructuring the Demand Side“, *Research Policy*, Vol. 36, 2007, 949-957.

8 Занимљиве примере из старог и средњег века види у Suzanne Scotchmer, *Innovation and Incentives*, London, 2004, 3-10.

9 Мислимо у првом реду на радове Ирвинга Фишера (енгл. *Irving Fisher*) и Џона Мајнарда Кејнза (енгл. *John Maynard Keynes*). Први је формулисао закон по којем цене зависе од количине новца у оптицају, помножене брзином његове циркулације и подељене бројем новчаних трансакција. Како је у време велике депресије проблем био у ниским ценама која су биле повезане са ниским нивоом привредне активности, монетарна политика заснована на Фише-ровом закону активирала је државу као највећег потрошача, која ће на бази зајмова постати и највећи инвеститор у држави. Наслањајући се на Фишера (који се бавио само монетарним аспектом цена), Кејнз је у свом чувеном делу „Општа теорија запослености, камата и новца“ афирмисао идеју државног интервенционизма у привредне токове, као неопходног чиниоца у балансирању капиталистичког тржишта. Вид. John Kenneth Galbraith, *Doba neizvjesnosti*, Zagreb, 1977, 210-248.

љаног трошења у значајној количини, како би тиме стабилизујуће деловала на привреду. Оно што је почело издашним јавним финасирањем великих инфраструктурних објеката (тзв. јавни радови) током Рузвелтовог *new deal*-а,¹⁰ прерасло је после Другог светског рата у масивне наруцбе истраживања и развоја у области наоружања, комуникација, свемирског програма, здравства и екологије. Технолошка достигнућа остварена, поред осталог, путем јавних набавки Владе САД, убрзо су постала опште добро целе планете.

2. Место јавних набавки у актуелној иновационој политици Европске уније

Кључни важећи програмски документ ЕУ, који се тиче њеног развоја и будућности, је Европска стратегија за паметан, одржив и инклузиван раст „Европа 2020“.¹¹ Прва од седам водећих иницијатива промовисаних у том документу названа је „Иновациона унија“. Њен циљ је да „побољша оквирне услове и приступачност финансија за истраживање и иновације да би осигурало да се иновативне идеје могу претворити у производе и услуге које обезбеђују раст и радна места“.¹² Друга на листи иницијатива је „Дигитална агенда за Европу“ која циља на „убрзање и ширење интернета, и убирање користи од дигиталног јединственог тржишта за домаћинства и фирме“.¹³ Из ове две иницијативе проистекао је низ докумената, мера и активности у којима се помињу јавне набавке као „велики неискоришћени потенцијал подршке иновацијама на тржишту“, ради чијег активирања треба „наставити с напорима да се значајно повећа део буџета за јавне набавке посвећене иновативним производима, поступцима и услугама“.¹⁴

Најконкретнији ехо ових иницијатива јесте што су јавне набавке иновација нашле своје скромно место у Директиви о јавним набавкама из 2014. године,¹⁵ и што су у међувремену организоване мреже / конзорцију-

10 Сличан програм спроводио се у доба националсоцијализма у Немачкој, после доласка Хитлера на власт 1933. године. J. K. Galbraith, 233-234.

11 A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth EUROPE 2020, Communication from the Commission, Brussels, 3.3.2010 COM(2010) 2020.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 Conclusions on Creating an innovative Europe, Council of the European union, 3016th Competitiveness Council meeting, Brussels, 26 May 2010, тачка 2.1.

15 Directive 2014/24/EU of the European parliament and of the Council, on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, 26 February 2004.

ми наручилаца јавних набавки иновација из различитих земаља ЕУ, специјализовани према предмету набавке.¹⁶

3. Расподела права интелектуалне својине између наручиоца и добављача

Није могуће користити јавне набавке као инструмент иновационе политике, а да се не разуме и уважи механизам функционисања права интелектуалне својине.¹⁷ Пођимо од основног: а) право интелектуалне својине је економски подстицај за приватни капитал; б) приватни добављач једини има моћ да реализује економски потенцијал права интелектуалне својине и тако оствари друштвену сврху овог права; в) наручиоцу, као јавноправном субјекту, право интелектуалне својине је важно само у мери у којој може бити основ добављачу да спречи или ограничи наручиоца у коришћењу набављеног добра.

Следи да јавна набавка може бити подстицај стваралаштву ако добављачу не одузме његова права интелектуалне својине преко оне мере која је неопходна да би наручилац заштитио смисао и сврху јавне набавке. Будући да се судбина права интелектуалне својине уређује уговором о јавној наручби, чији нацрт чини саставни део тендерске документације, битно је да будући наручилац унапред дефинише свој интерес у погледу прибављања интелектуалне својине. Управо тај аспект будућег уговора је, заједно с осталим елементима, одлучујући за одзив понуђача и квалитет иновативних решења која ће понудити. Из низа тачака које будући наручилац јавне набавке мора размотрити пре него распише тендер,¹⁸ издвојимо тек неколико најзначајнијих за обликовање оног дела нацрта уговора, који се тиче интелектуалне својине.

По нашем мишљењу, требало би поћи од тога да ли трошкове истраживања и развоја сноси добављач или наручилац, или су трошкови подељени. Ако те трошкове сноси добављач (не може да их поврати кроз

16 Вид. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-funded-projects>, фебруар 2017. године.

17 Дobar преглед свих врста проблема види у Elvira Uyarra et al., „Barriers to innovation through public procurement: A supplier perspective“, *Technovation*, Vol. 34, 2014, 631 и даље. Посебан осврт на право интелектуалне својине вид. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166497214000388>, јануар 2017. године, 634.

18 Procurement of Innovation Platform, Introduction to Intellectual Property Rights in Public Procurement of Innovation, доступно на адреси: https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf, фебруар 2017. године, 7.

цену јавне набавке), његово учешће на тендеру битно зависи од задржавања највећег дела његових права интелектуалне својине, како би могао да их врши на отвореном тржишту. У осталим случајевима има места одређеној подели права интелектуалне својине, с тим да ни тад наручилац не би требало да узме више од онога што му је неопходно да би заштитио јавну сврху набавке. Ово питање је, међутим, неодојиво од следећег.

Реч је о томе да ли постоји реално или потенцијално тржиште за иновативно решење које је створено у оквиру јавне набавке. У вези с тим је и процена вероватноће да то иновативно решење буде предмет модификација и унапређења у ближој будућности. У пракси је то најчешћи случај. Да би јавна набавка била подстицај за иновацију и креативност, неопходно је да уговор остави најшира права интелектуалне својине добављачу, који ће своје трошкове истраживања и развоја повратити изван иницијалне трансакције с наручиоцем.

Сажимајући речено, можемо констатовати обим права интелектуалне својине која остају добављачу мора бити сразмеран очекивањима да приватни капитал изнедри инвестиције неопходне за иновацију и развој, као и могућностима за тржишну комерцијализацију иновације или њених модификација / унапређења.¹⁹

Са друге стране, не само легитимни интерес, него и дужност наручиоца је да уговором обезбеди да за новац пореских обвезника добије адекватну вредност којом ће задовољити јавну потребу ради које је набавка обављена. То значи да он мора прибавити она права интелектуалне својине која ће му омогућити да употребљава, одржава и прилагођава прибављено добро, а да притом не дође у сукоб с правом интелектуалне својине добављача. Тек у таквој, фино избалансираној констелацији наручилац се јавља у драгоцепој улози креатора „почетног тржишта иновације“, уводећи предмет јавне набавке у примену, демонстрирајући његова својства, сигнализирајући евентуалну потребу за даљим развојем, евентуално утичући на обликовање техничког стандарда који ће подстаћи и

19 „Традиционално, Министарство инфраструктуре и екологије (Холандије, прим. аут.) преузима права интелектуалне својине, што лишава тржишног учесника подстицаја да даље развија иновацију. Министарство има намеру да уклони ову препреку у најкраћем року. Уместо прибављања права интелектуалне својине, алтернатива би била узимање само лиценце за употребу, укључујући одржавање, или лиценцу за сталну употребу иновативног решења“. Rijkswaterstaat, *Public Procurement of Innovation Policy Framework*, 2014, доступно на адреси: https://staticresources.rijkswaterstaat.nl/binaries/Factsheet%20Policy%20Framework%20-%20Public%20Procurement%20of%20Innovation_tcm21-36762.pdf, фебруар 2017. године, 45.

конкуренцију и иновацију итд. По правилу, реч је о тржишту у областима које држава сматра важним за спровођење одређених јавних политика као што су заштита околине, енергија, здравство, саобраћај и сл.

Рекавши ово, достигли смо границу до које је могуће на ову тему говорити уопштено. Надаље се простире поље специјализоване правничке експертизе која је у стању да конципира оптимално уговорно решење за сваку конкретну јавну набавку, коју карактеришу специфичан предмет набавке, планирани начин његовог коришћења, врста права интелектуалне својине које се ту појављује и начин плаћања цене. Без амбиције да ствар расправимо до детаља, илустроваћемо сложеност задатка примерима који се односе на дефинисање права интелектуалне својине која уговором прибавља наручилац.

Поменуто је већ да он мора бити у могућности са несметано употребљава предмет набавке. У водичима за наручиоце се о томе говори као о неискључивој „лиценци за употребу“. Овај термин је крајње дескриптиван и непрецизан, те захтева „превод“ на стручни језик, зависно од тога шта је предмет набавке и о којем праву интелектуалне својине је реч.

Ако је реч о јавној набавци планова за градњу одређеног инфраструктурног објекта, који (планови) представљају ауторско дело, употреба плана од стране наручиоца се практично своди на умножавање (што укључује и грађевинску реализацију објекта), стављање у промет примерака, јавно саопштавање са носача звука и слике, јавно саопштавање путем интернета и прераду. Ова ауторска имовинскоправна овлашћења ће наручилац прибавити ауторским уговором који за предмет има њихов конститутиван промет (уступање), и то на неискључив начин.

Ако је, пак, реч о јавној набавци техничког решења за аутономно напајање струјом саобраћајне сигнализације на ауто-путу, употреба тог решења се у пракси своди на производњу конкретног уређаја и пратеће опреме, и њихово сврсисходно коришћење. У том случају, наручилац свакако мора прибавити неискључиву лиценцу за вршење ових овлашћења. Надаље, рационално је да прибави и неискључиву лиценцу за вршење ових истих овлашћења на било којој модификацији, односно унапређењу постојећег система. Кад је реч о обавези плаћања накнаде за употребу тих модификација, односно унапређења, постоје две могућности. Једна је да та накнада буде већ обухваћена „ценом“ јавне набавке, а друга да ће та накнада сваки пут бити засебно утврђена и плаћена. Евидентно је да је ова друга могућност атрактивнија за добављача, јер му даје подстицај да

ради на усавршавању првобитног техничког решења, чиме та јавна набавка још наглашеније врши улогу промотора иновативности.

На овом месту вреди поменути и то да сваки пут кад се јавна набавка односи на предмет који ће бити коришћен на једној локацији (нпр. техничко решење за санирање одређене депоније биолошког отпада у месту X), има смисла да наручилац прибави неискључиву и лиценцу за употребу тог предмета на целој државној територији, с тим да се цена јавне набавке односи на употребу тог техничког решења у месту X, а да наручилац може уступити подлиценцу свакој локалној власти или јавном предузећу на територији Србије, уз обавезу да стицалац подлиценце плаћа посебно уговорену накнаду добављачу. Оваквом конструкцијом су постигнута четири друштвено корисна циља. Прво, добављачу је остављено право да пласира своје техничко решење путем уговора о лиценци: а) на територији Србије, ако је за то заинтересован неки субјект приватног права (нпр. кланица или сл.), и б) на територији изван Србије, ако за то постоји тржиште. Друго, држава (у лику једног или више наручилаца) има право на употребу јединственог техничког решења на целој својој територији (ако се оно покаже као квалитетно), с тим да ће је то коштати пропорционално обиму употребе. Треће, овиме се отвара пут техничкој стандардизацији у конкретној области, што подстиче конкуренцију на домаћем тржишту комплементарних добара и услуга. Четврто, успешна употреба тог техничког решења од стране државе утиче на афирмацију тог решења и његовог добављача, отварајући му нова тржишта на којима ће он моћи да валоризује своју иновацију на основу својих права интелектуалне својине, која су остала код њега.

На основу реченог може се лако закључити колико је рационално и пожељно да наручиоци међусобно координишу своје потребе и укрупњавају јавне набавке добара (у конкретном случају, иновација) како би могли да издашније финансирају истраживање и развој, са једне стране, и креирају веће почетно тржиште (енгл. *Lead market*) за пласман испоручене иновације, са друге стране.²⁰

Уместо даљег низања конкретних модалитета расподеле права интелектуалне својине између наручиоца и добављача, поменимо један релативно нови тип јавне набавке, који се тиче набавке истраживања и развоја (енгл. *pre-commercial procurement; PCP*). Његова специфичност је у томе што предмет јавне набавке није одређена роба или услуга у којој је материјализована иновација, него је то инвентивно решење као такво,

20 За ЕУ вид. фусноту 16.

евентуално материјализовано у прототипу производа ради демонстрације његове функционалности. Због релативне неодређености свог предмета, оваква јавна набавка има своје процедуралне специфичности (више кругова и нивоа селекције понуђача, непосредни преговори, накнадна редефинисања предмета набавке и др.), и носи ризике да резултат не буде задовољавајући. С друге стране, управо тај тип јавних набавки је врхунац идеје о јавним набавкама као промотору иновација. Не улазећи у посебности и проблеме РСР јавних набавки,²¹ можемо само констатовати да напред изнети општи принципи расподеле права интелектуалне својине између наручиоца и добављача остају исти.²²

4. Осврт на један домаћи пример

Угледна професионална невладина организација Друштво архитеката Београда објављује на својој интернет страници конкурсе за архитектонска решења јавних простора и објеката, које расписује Дирекција за грађевинско земљиште и изградњу Београда.²³ Од недавно, ти конкурси имају правну природу јавне набавке, па се у њима користи специфична терминологија Закона о јавним набавкама Републике Србије. Тако, набавка се спроводи по процедури која важи за дизајн, а предмет набавке су архитектонске и друге услуге. Кад се то дешифрира на језик права интелектуалне својине

21 Види нпр. Commission of the European Communities: Pre-commercial Procurement- Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe Brussels, 14.12.2007 COM(2007) 799 final. Такође Anca Amona Apostol, „Pre-commercial procurement in support of innovation-Regulatory effectiveness“, *Public Procurement Law Review*, Vol. 6, 2012, 213 и даље.

22 Ти принципи су уграђени у амерички закон познат под именом *Bayh Dole Act*, којим су 1980. године амандирани Закон о патентима и Закон о жиговима САД. Суштина Закона је у томе да се права индустријске својине на проналасцима који су створени на бази комплетног или делимичног финансирања јавним средствима из буџета САД, остављају правним субјектима који су били корисници тих средстава (институти, универзитети, компаније), с тим да Влада САД стиче неискључиву и бесплатну лиценцу за коришћење тих проналазака. Тај модел се примењује не само на јавне набавке, него и на све облике јавног финансирања истраживања и развоја. Његова суштина је у томе да створи правноекономски амбијент у којем иновативни субјект добија двоструки постицај: иницијална средства за истраживање и развој, али и скоро неограничену слободу тржишне валоризације резултата свог рада. Истовремено, тиме се делује на јачање везе између институција које се баве истраживањем и развојем, с једне, и привреде, с друге стране, чиме се подстиче дисеминација нових технологија. Овај модел прихваћен је касније у великом броју земаља (укључујући Србију - види Закон о иновационој делатности, *Сл. гласник РС*, 110/2005, 18/2010, 55/2013), с тим да је његов домет ограничен на државне субвенције, грантове и сл., и не односи се на јавне набавке.

23 Вид. <http://www.dab.rs/konkursi>, март 2017. године.

лектуалне својине, долази се до закључка да се набавком заправо наручује израда архитектонског ауторског дела. Отуда је сасвим оправдано што тендер садржи и правила о судбини ауторског права на том будућем делу. Дакле, по свим параметрима, реч је набавци интелектуалног добра заштићеног правом интелектуалне својине, те је занимљиво да ближе погледамо колико таква јавна набавка одговара концепту јавне набавке као инструмента иновационе политике.

Узећемо као пример Конкурс за део блока 13 на Новом Београду. У конкурсној документацији, под насловом „Правне и финансијске последице за врсту и висину накнаде и услови заштите ауторских права и преноса имовинских права са аутора на инвеститора“ стоји шта ће бити са ауторским правом на награђеном ауторском делу.²⁴ Из врло неспретне и делом нејасне формулације произлази да се награђени аутор обавезује да сва своја имовинска овлашћења из ауторског права уступи инвеститору будуће градње. Реч је, дакле, о конститутивном располагању имовинским ауторским правом (јер по Закону о ауторском и сродним правима Републике Србије аутор и не може другачије располагати) али није јасно да ли је то располагање на искључив или неискључив начин. Ова нејасноћа, међутим, није од превеликог значаја за овај тип ауторског дела, чија реализација (па тиме и економска валоризација) почива на једнократном и јединственом пројекту изградње грађевинског објекта, те је мала вероватноћа да би аутор фактички могао да уступи право на изградњу објекта још некоме поред првог инвеститора. У сваком случају, награђени аутор се оваквим аранжманом лишава могућности да накнадно или додатно валоризује своје ауторско дело, и прихвата да конкурсна награда буде једина имовинска корист коју ће имати од свог дела.

Ако занемаримо идеалне мотиве који могу бити од значаја за учествовање у надметању за прву награду, поставља се питање колико је понуђени аранжман атрактиван за афирмисане ствараоце и погодан да резултира квалитетним решењем. Није тешко претпоставити да одговор треба тражити у висини утврђене награде. Логично је да интензитет подстицаја буде пропорционалан висини накнаде. Пре него наставимо на тему накнаде, осврнимо се на могуће алтернативне аранжмане.

Наиме, могуће је да се ауторско право у целини остави аутору архитектонског дела. То би било свакако напогодније за њега, али не и за сврху

24 Конкурсна документација за јавну набавку – конкурс за дизајн, број јавне набавке K2/16, http://www.dab.rs/downloads/02.KD_K-2-16.pdf, март 2016. године, 7 и 49.

конкурса. Аутор би тад могао условљавати даљу разраду, измене и прилагођавања његовог дела, као и коначну градњу објекта потраживањем ауторске накнаде која би могла бити јако висока, чиме би угрозио циљ јавне набавке. Јасно је да такав концепт не долази у обзир, са аспекта наручиоца. Могуће је, међутим, и средње решење по којем аутор уступа искључиво овлашћење на градњу објекта (вид умножавања ауторског дела), али задржава право на измене дела, до којих неминовно долази у фази разраде планова за градњу. Тад би инвеститор имао избор између две могућности. Прва је да ангажује другог архитекту за разраду планова, а да од награђеног аутора прибави овлашћење за измене његовог дела, уз плаћање ауторске накнаде. Друга је да за разраду планова ангажује награђеног аутора и на тај начин превазиђе проблем прибављања овлашћења за измену ауторског дела. Подразумева се да би ангажовани аутор био за тај посао плаћен према уобичајеним критеријумима који важе на тржишту, и не би имао основ за потраживање накнаде за измене дела, будући да их је сам начинио.²⁵

Враћајући се сад на награду која је обећана победнику на конкурс, јасно је да се подстицајна снага њеног износа мора сагледавати у односу на износ који би награђени архитекта примио за радно ангажовање на разради планова за грађевинску реализацију свог ауторског дела. Наиме, ако је износ награде мањи од износа накнаде за рад, јавна набавка у којој архитекта уступа сва своја имовинска ауторска овлашћења инвеститору, свакако је мање подстицајна од јавне набавке у којој би архитекта задржао право на измене дела (и на тај начин мотивисао инвеститора да га ангазује на разради планова). У конкретном случају, то је управо тако. Награда од десетак хиљада евра²⁶ је неколико десетина пута мања од уобичајене накнаде за посао разраде планова за један сложенији објекат. Имајући то у виду, крајњи резултат је да конкурс није атрактиван за афирмисане архитекте, те да је вероватноћа добијања квалитетног решења мања него што би била да је конкурс другачије конципиран.

Природно се намеће питање зашто наручилац (јавна власт) овој јавној набавци одузима потенцијал да буде инструмент иновационе поли-

25 Да би тај аранжман био перфектан са ауторскоправног становишта, неопходно би било да архитекта, уз уговор о делу, закључи с инвеститором и ауторски уговор којим ће му без накнаде уступити овлашћење на умножавање ауторског дела које је сам модификовао, што укључује и градњу објекта по том модификованом делу.

26 У конкретном случају, прва награда износи 1.152.000 динара, вид. Конкурсна документација за јавну набавку-конкурс за дизајн – бр. јавне набавке K2/16, http://www.dab.rs/downloads/02.KD_K-2-16.pdf, март 2016. године, 6.

тике. Да ли иза тога стоји одређени легитимни интерес наручиоца? Сма-трамо да не стоји, и то из два главна разлога. Прво, укупни трошкови конкурса и градње објекта су, у основи, исти, без обзира да ли је на разради планова ангажован награђени архитекта или други архитекта. Друго, аргумент по којем наручилац хоће да обезбеди конкуренцију у послу разраде планова једноставно није компатибилан са идејом јавне набавке као инструмента иновационе политике. Наиме, задржавање искључивог положаја прибавиоца у валоризацији његове интелектуалне креације (на основу његовог права интелектуалне својине) након посла јавне набавке, јесте суштина тог специфичног подстицаја стваралаштву, о којем говоримо.

То, наравно, не значи да иза овог типа јавне набавке не стоји некакав интерес наручиоца, али је његова легитимност, у најмању руку, проблематична.

IV Закључак

Држава располаже разноврсним облицима финансирања јавних потреба. Кад је реч о потреби да се стимулишу иновативност и креативност, поред давања уобичајених грантова и субвенција у области истраживања, развоја, културног стваралаштва, савремена држава има још један инструмент иновационе / културне политике на располагању – јавне набавке. У развијеним државама је препознат потенцијал јавних набавки као подстицаја технолошком и културном напретку, с тим да и тамо постоји незадовољство степеном његове искоришћености.

Поента јавне набавке као инструмента иновационе политике није у томе да цена набавке покрије трошак истраживања и развоја које је имао добављач, јер у том случају се јавна набавка приближава државној субвенцији. Поента је, напротив, у томе да јавна набавка креира почетну тражњу за одређеним иновативним, односно креативним решењем одређеним у одређеној роби или услузи. Да би добављач могао да валоризује своје решење на том и будућем тржишту, он мора задржати критични обим права интелектуалне својине. Одустајање наручиоца од прибављања свих права интелектуалне својине из јавне набавке је, дакле, кључни моменат у перцепцији иновационе улоге јавних набавки.

У Србији је област јавних набавки остала заробљена у ригидним процедурама које не остављају простор за стављање овог института у службу развоја заснованог на креативности. То је, међутим, мање проблем оних који се баве јавним набавкама, већ је проблем оних који креирају политике развоја. Србија има фрагментисане политике развоја (научно

истраживање, технолошки развој, интелектуална својина, индустрија, пољопривреда, туризам итд.) али нема кровну политику развоја заснованог на иновацијама и креативности, коју можемо скраћено назвати иновациона политика.

Значај постојања иновационе политике је у томе што она формулише принципе свих парцијалних јавних политика развоја, и кроз одговарајући акциони план обавезује државне органе да у све аспекте деловања унесу елементе који би били функционално компатибилни с тим принципима. Тако би и до Управе за јавне набавке дошао импулс да покуша, макар и с врло ограниченим дометом, афирмацију јавних набавки као инструмента иновационе политике. Истовремено би се тиме помогло и Државној ревизорској институцији да релаксира своје критеријуме за оцену правилности јавних набавки.

У сваком случају, са или без такве политике, питање регулисања права интелектуалне својине у уговорима о јавној набавци постаје све актуелније и заслужује посебну пажњу.

Slobodan M. MARKOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

INTELLECTUAL PROPERTY IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT

Summary

Given the importance developed countries ascribe to public procurement as an instrument of innovation policy, the author points to the sensitivity of the distribution of intellectual property rights arising as a result of the realization of such procurement. Public procurement is not intended to cover the whole cost of research and development incurred by the supplier, but should only create an initial demand for the innovative solution, and enable the supplier to valorize his/her intellectual good in the market. To make this possible, a critical volume of intellectual property rights has to remain with the supplier. The author draws attention to the importance of having a consistent state innovation policy which will promote this principle and allow public procurement to escape from the rigid framework of the traditional government purchases of goods and services.

Key words: *supplier, public authority, intellectual good, tender, license.*