

**CONSILIUL
CONCURENȚEI
ROMÂNIA**



**STUDIU PRIVIND EFECTUL DE CAPTIVITATE (LOCK-IN)
ÎN SECTOARELE SENSIBILE ÎN DOMENIUL ACHIZIȚIILOR
PUBLICE, IT ȘI ECHIPAMENTE/APARATURĂ MEDICALĂ**

CUPRINS

SUMAR EXECUTIV	3
1. METODOLOGIA DE REALIZARE A STUDIULUI	10
2. CONCEPTUL DE LOCK-IN ÎN ACHIZIȚII PUBLICE ȘI EFECTELE GENERATE DIN PUNCT DE VEDERE CONCURRENTIAL	12
2.1. Cadrul legislativ în domeniul achizițiilor publice din România	13
2.2. Efectele generate de lock-in în achiziții publice din punct de vedere concurențial.....	16
3. SECTOARE SENSIBILE DIN PERSPECTIVA APARIȚIEI FENOMENULUI DE LOCK-IN ÎN ACHIZIȚII PUBLICE.....	17
3.1. Captivitatea autorităților publice în domeniul IT.....	17
3.1.1. Considerații generale privind domeniul IT	17
3.1.2. Dezvoltarea soluțiilor IT	19
3.1.3. Analiza cauză-efect.....	22
3.1.3.1. Factorii care determină captivitatea autorităților publice	23
3.1.3.2. Efectele captivității în achiziții publice în domeniul IT.....	25
3.2. Captivitatea spitalelor publice în domeniul aparaturii/echipamentelor medicale și a serviciilor conexe acestora.....	35
3.2.1. Cadrul legislativ în domeniul echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora	36
3.2.2. Considerații generale privind domeniul echipamentelor și aparaturii medicale.....	39
3.2.3. Analiza cauză-efect.....	41
3.2.3.1. Factorii care determină captivitatea	42
3.2.4. Efectele captivității în domeniul achizițiilor de echipamente/aparatură medicală și a serviciilor conexe acestora	43
4. EVITAREA FENOMENULUI DE CAPTIVITATE	52
CONCLUZII ȘI RECOMANDĂRI.....	52

SUMAR EXECUTIV

Prezentul studiu are ca scop analiza efectului de captivitate (*lock-in*) în cadrul unor achiziții publice, respectiv dependența pe termen lung a autorităților contractante față de un anumit furnizor/distribuitor. Dependența autorităților contractante poate fi definită ca o obligativitate a acestora de a apela la serviciile unui singur furnizor pentru achiziționarea de produse/servicii care vin în completarea celor pe care acestea le dețin deja.

Analiza efectului de captivitate a vizat două sectoare economice susceptibile a fi afectate mai mult de acest fenomen: sectorul IT (în special cazul aplicațiilor software specifice, dezvoltate la cerere) și sectorul echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora (consumabile, piese de schimb și servicii de mentenanță).

Aplicațiile software dezvoltate la cerere sunt aplicații create pe specificul activității unei instituții și realizate pe baza unor specificații tehnice bine definite. La finalizarea aplicației, toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către ofertant, aferente produsului sau serviciului livrat, trebuie transferate către autoritatea publică, devenind proprietatea beneficiarului.

În domeniul echipamentelor și aparaturii medicale, după achiziționarea acestora, autoritățile contractante devin, în unele cazuri, captive furnizorului de echipamente și aparatură medicală, neputând să folosească piese de schimb sau consumabile de la un alt echipament sau aparat medical, din cauza incompatibilității acestora. Aceste dispozitive medicale sunt considerate produse de înaltă tehnologie, protejate de licențe și cu diferențe tehnice între ele, pentru care sunt necesare anumite avize și licențe pentru desfășurarea activității.

Studiul prezintă, de asemenea, exemple privind modul în care poate apărea și poate fi evitat efectul de captivitate. Efectele generate de lock-in în piață sunt *directe și vizibile* la nivelul autorităților publice (lipsa posibilității de a alege dintre mai mulți furnizori) și *indirecte*, la nivelul furnizorilor/distribuitorilor, fie de echipamente/aparatură medicală, fie de programe software, prin restrângerea concurenței între aceștia.

Prezentul studiu, relevă principalele problemele cu care se confruntă autoritățile contractante cu privire la efectul de captivitate în procedurile de achiziție publică din domeniul IT și din domeniul echipamentelor/aparaturii medicale și propune soluții care ar putea reduce riscul ca autoritățile contractante să devină dependente în mod excesiv de un singur furnizor, dincolo de intervalul de timp specificat în contractul inițial de atribuire. Se poate admite că nu au fost identificate în totalitate aspectele negative create de existența efectului de captivitate în achiziții publice în cele două domenii.

În domeniul IT, captivitatea autorităților contractante a fost identificată în special în cazul achizițiilor publice privind dezvoltarea unor aplicații software la cerere (personalizate pentru cerințele operaționale ale instituțiilor conform legii de funcționare a acestora).

Omisiunea autorităților contractante de a include în documentația de atribuire a transferului dreptului de proprietate asupra aplicațiilor dezvoltate la cerere (codul sursă), conduce, ulterior, la dependența autorităților contractante față de furnizorul aplicației, deținător al dreptului de proprietate intelectuală. Orice dezvoltare ulterioară a aplicației poate fi făcută doar cu furnizorul inițial al aplicației software.

Pentru a evita o astfel de situație, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că va putea modifica codul sursă independent de furnizorul inițial, transfera codul sursă către un alt furnizor sau contracta un alt furnizor pentru modificări sau servicii de mentenanță.

De asemenea, este foarte important să se specifice în caietul de sarcini cerințele legate de licențiere și alte aspecte legale, precum:

- licențiere nelimitată a aplicațiilor achiziționate pe bază de licență;
- transferul proprietății intelectuale asupra tuturor livrabilelor rezultate în procesul de implementare, către instituția în cauză.

Aceeași problemă există și în achizițiile publice din domeniul echipamentelor/aparaturii medicale, precum și a serviciilor conexe acestora. Captivitatea, de cele mai multe ori, este dată de produsul în sine, în sensul că atât consumabilele, cât și piesele de schimb, trebuie să fie compatibile cu respectivul echipament, pentru a evita eventualele erori de funcționare. Întocmirea specificațiilor tehnice reprezintă o dificultate atât pentru personalul specializat în domeniul achizițiilor publice, cât și pentru medicii/asistentele utilizatori, deoarece caietul de sarcini trebuie să conțină detalii tehnice specifice ariei de utilizare a echipamentului, astfel încât să permită/să fie posibil accesul mai multor operatori economici la procedura respectivă.

Efectele fenomenului de lock-in asupra mediului concurențial sunt următoarele:

- restrângerea concurenței la nivelul furnizorilor sau chiar eliminarea concurenței, pe piețele secundare, fapt de natură a conduce la creșterea prețurilor;
- probleme de continuitate a activității, în contextul în care se creează un raport de dependență față de un anumit furnizor. Astfel, blocajele conduc la pierderea unor oportunități de inovare și de creștere a eficienței, atunci când sistemul furnizat nu poate face față procesului rapid de dezvoltare a tehnologiei informației sau apariției de echipamente medicale de nouă generație.

Concluziile acestui studiu vor fi utile atât autorităților contractante, cât și altor instituții sau autorități în vederea evitării fenomenului de captivitate.

Având în vedere analiza realizată în cadrul studiului privind efectul de captivitate în achizițiile publice în sectorul IT și în cel al echipamentelor/aparaturii medicale, formulăm următoarele recomandări autorităților și instituțiilor ce au atribuții în aceste domenii:

➤ ***Creșterea gradului de concurență în cadrul procedurilor de achiziție publică***

• ***Documentația de atribuire***

Principalul aspect de natură să prevină efectul de lock-in în achiziții publice, îl reprezintă dreptul pe care autoritățile contractante îl au în stabilirea specificațiilor tehnice, astfel încât, acestea să permită oricărui potențial ofertant accesul egal la procedura de atribuire.

În acest context, recomandăm autorităților contractante definirea unor cerințe nediscriminatorii în caietele de sarcini și stabilirea unor specificații tehnice neutre, care să se plieze pe oferta a cât mai multor operatori economici, ceea ce ar conduce la o creștere a concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică. De asemenea, evitarea anumitor cerințe tehnice cu caracter excesiv (care nu sunt indispensabile pentru atingerea obiectului contractului) sau prin prezentarea unor certificări specifice în documentația de atribuire va avea ca efect participarea unui număr cât mai mare de întreprinderi la procedura de atribuire.

Documentația de atribuire ar trebui să conțină și prevederi referitoare la livrabilele proiectului¹. Pe lângă soluția software funcțională, beneficiarul se va asigura că furnizorul va dezvolta și alte livrabile conexe printre care documentație tehnică de proiect, codul sursă, documentația tehnică de utilizare, documentația de administrare și operare, planuri de testare etc.

În acest sens, documentația de atribuire ar trebui să conțină prevederi care să asigure continuitatea soluției și să permită autorității contractante operarea de modificări, respectiv:

- transferul codului sursă (în cazul soluțiilor personalizate) cu posibilitatea modificării independent de furnizor;
- transferul tuturor livrabilelor realizate în cadrul proiectului în formă prelucrabilă/editabilă;
- proprietatea datelor și/sau posibilitatea extragerii acestora în mod automat, fără a fi necesară intervenția furnizorului (export date);
- prevederea unui plan de transfer al cunoștințelor tehnice la încheierea relației contractuale cu un anumit furnizor.

¹ Livrabilele proiectului reprezintă toate elementele pe care furnizorul se angajează să le livreze beneficiarului în cadrul contractului.

De asemenea, pentru a preveni astfel de situații, autoritatea contractantă ar trebui să specifice în caietul de sarcini cerințe legate de licențiere și alte aspecte legale, cum ar fi:

- licențiere nelimitată a aplicațiilor achiziționate pe bază de licență;
- transferul proprietății intelectuale asupra tuturor livrabilelor rezultate în procesul de implementare, către instituția în cauză.

Omiterea acestor cerințe poate cauza o relație de captivitate față de furnizorul soluției, ceea ce este evident de evitat.

- ***Durata contractului de achiziție publică***

Autoritățile contractante ar trebui să asigure condiții concurențiale normale pe piață și prin durata pe care trebuie să o aibă un contract. O durată excesivă a contractului, fără o justificare obiectivă ce ține de particularitățile pieței, precum necesitatea recuperării unei investiții majore necesare derulării contractului de achiziție publică, va avea un efect de închidere a pieței. Cu alte cuvinte, câștigătorul contractului nu este impulsionat de forțele pieței să își eficientizeze continuu activitatea economică, acesta fiind protejat de contractul ce generează un profit sigur pe o durată de timp consistentă. Pe de altă parte, închiderea pieței poate să descurajeze întreprinderile prezente pe piață să investească în dezvoltarea activității lor.

- ***Ghidul achizițiilor publice²***

Având în vedere preocuparea permanentă a celor două instituții, respectiv Consiliul Concurenței și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, cu privire la creșterea gradului de concurență în cadrul procedurilor de achiziție publică, se recomandă autorităților contractante consultarea Ghidului on line, aplicație dezvoltată de ANAP, care conține informații practice pentru cei implicați în realizarea achizițiilor publice. De asemenea, aplicația cuprinde și o secțiune denumită *Biblioteca de spețe* care conține întrebări frecvente cu privire la diferite spețe întâlnite de autoritățile contractante în derularea procesului de achiziție publică, dar și modele de documentații de atribuire standardizate³.

➤ ***Folosirea unor proceduri de achiziție publică competitive***

Așa cum s-a menționat în cuprinsul studiului, s-a observat tendința autorităților contractante de a organiza proceduri de atribuire a contractelor prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. Acest tip de procedură de atribuire este

²Ghidul este realizat de ANAP, fiind un instrument de orientare și suport care se adresează autorităților contractante și celor implicați în realizarea de achiziții publice.

³<https://achizitiipublice.gov.ro/home>.

prevăzută de legislația în domeniul achizițiilor publice și se aplică în mod excepțional de către autoritățile contractante, prin invocarea dreptului de exclusivitate.

În acest context, se recomandă autorităților contractante, folosirea unei proceduri competitive, cu respectarea tuturor prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice. Definirea unor specificații tehnice nediscriminatorii ar permite oricărui potențial ofertant accesul egal la procedura de atribuire. Specificațiile tehnice trebuie să satisfacă nevoia autorităților contractante, dar nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici. Creșterea concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică, conduce la obținerea unor produse/servicii de calitate superioară la prețuri mai mici.

➤ *Consultarea pieței*

Consultarea pieței, prevăzută de legislația în domeniul achizițiilor publice⁴, prin care se poate solicita, înainte de inițierea procedurii, opinia furnizorilor cu privire la specificațiile tehnice cuprinse în proiectul caietului de sarcini, pentru a putea asigura participarea tuturor operatorilor economici interesați și a estima corect valoarea produsului/serviciului.

Operatorii economici au posibilitatea de a formula opinii, sugestii sau recomandări cu condiția ca utilizarea sau implementarea acestora să sprijine autoritățile contractante în evitarea efectului de captivitate.

În acest context, se recomandă autorităților contractante să recurgă la consultarea pieței.

În vederea evitării situațiilor de achiziție a produselor secundare la prețuri foarte mari, generate tocmai de dependența produselor principale de cele secundare, se recomandă ca în procesul de consultare a pieței pentru achiziția produselor principale, autoritățile contractante să consulte piața și asupra prețurilor produselor secundare, astfel încât aceasta să cunoască de la început costurile estimate produselor secundare.

Ținând cont de aspectele semnalate de unele spitale publice, referitoare la faptul că există o lipsă a concurenței pe anumite segmente de piață, Consiliul Concurenței recomandă ANMDM dezvoltarea unei baze de date electronice cu furnizorii pe categoriile/tipurile de echipamente/dispozitive medicale pentru care aceștia au fost autorizați să desfășoare activități de reparare, mentenanță și instalare/punere în funcțiune. Această bază de date trebuie să fie accesibilă autorităților contractante, astfel încât să le sprijine în organizarea procesului de achiziție publică, astfel încât acestea să cunoască potențialii furnizori care desfășoară activități de service pe diferite grupe de echipamente și dispozitive medicale.

⁴Art. 139 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiilor publice.

➤ ***Respectarea de către autoritățile contractante⁵ a obligației de a introduce în caietele de sarcini și contractele de achiziție a unei prevederi cu privire la dreptul de proprietate (codul sursă) asupra aplicațiilor software dezvoltate la cerere***

Așa cum s-a menționat în cuprinsul studiului, instrumentele principale de protecție ale autorităților contractante în derularea unui proces de achiziție publică sunt caietul de sarcini și contractul de achiziție publică. De asemenea, un aspect care ar putea să prevină efectul de captivitate îl reprezintă dreptul de care autoritățile contractante beneficiază în vederea stabilirii specificațiilor tehnice prin solicitarea în documentația de atribuire a transferului drepturilor de proprietate intelectuală⁶, așa cum este reglementat de legislația în domeniul achizițiilor publice și de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 41/2016⁷ privind stabilirea unor măsuri de simplificare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

O astfel de măsură ar putea să prevină efectul de captivitate prin care o autoritate contractantă devine dependentă pe termen lung de serviciile unui singur furnizor pentru achiziționarea de produse/servicii întrucât, produsele/serviciile sunt cunoscute numai de către respectivul furnizor. În acest context, pentru a diminua efectul de dependență față de producătorul sau dezvoltatorul de programe, recomandăm autorităților contractante, respectarea acestor prevederi legale.

Având în vedere deficitul de expertiză dovedită la nivel instituțional în România, cu privire la aspectele legate de drepturile de proprietate intelectuală în achiziții publice de produse software, considerăm că este necesară existența unor modele de clauze contractuale sau contracte cu privire la transferul drepturilor de proprietate intelectuală (atât pentru software-ul dezvoltat la comandă, dar și pentru alt gen de dezvoltări) care să fie folosite la nivelul administrației publice centrale.⁸ Astfel de contracte ar trebui să includă garanții cu privire la originalitatea aplicațiilor dezvoltate sau licențiate pentru administrația publică.

Unul din scopurile transferului de drepturi de proprietate intelectuală asupra produselor dezvoltate ar putea fi și posibilitatea de re-utilizare a acestora în cadrul altor entități publice. Sistemul actual din România nu încurajează acest lucru, deoarece dreptul de autor va aparține unei instituții sau autorități contractante care va putea să refuze reutilizarea de către

⁵Așa cum este reglementată la art. 155 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv art. 165 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale și art. 12 din Ordonanță de Urgență nr. 41/2016 privind stabilirea unor măsuri de simplificare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

⁶ A se vedea Ghidul de achiziții software pentru instituțiile publice care conține recomandări practice pentru realizarea caietelor de sarcini, a contractelor, a procesului de validare a livrabililor și a planului de transfer.

⁷ art 12 din Ordonanță prevede: “ *Instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă către autoritatea contractantă*”.

⁸ Vezi în acest sens și punctul 5.1.3 și Anexa 1 din EU Guide for the procurement of standards-based ICT — Elements of Good Practice - <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/guide-procurement-standards-based-ict-%E2%80%94-elements-good-practice>.

o altă instituție. În acest context, ar fi utilă o abordare unitară la nivel guvernamental cu privire la reutilizarea programelor de calculator deținute de instituțiile publice.

➤ ***Utilizarea produselor licențiate în mod deschis (Free and Open Source Software – FOSS)***

În situația în care un program de calculator are o licență deschisă, acesta poate fi reutilizat în mod liber, inclusiv accesul la codul sursă, motiv pentru care problemele de lock-in menționate nu pot fi ridicate.

Termenul de licență deschisă este deja folosit în unele documente ale Guvernului României⁹, însă considerăm necesară includerea unor aspecte procedurale suplimentare, necesare pentru ca utilizarea licențelor deschise să fie permisă și utilă instituțiilor publice, cum ar fi:

- publicarea codului sursă într-un *repository* public al guvernului și/sau orice alt *repository* cu acces public¹⁰ (*dacă acest lucru este posibil?*);
- includerea unor meta-date care să permită inventarierea codurilor disponibile (pentru ușurința reutilizării lor);
- acces la codul sursă.

Indiferent însă de tipul soluției adoptate (proprietary, open-source sau personalizată) autoritățile contractante ar trebui să se asigure că vor avea proprietatea datelor stocate și posibilitatea migrării acestora în altă soluție.

➤ ***Ghidul de achiziții software pentru instituții publice***

Așa cum s-a menționat în cuprinsul studiului, principala problemă a autorităților contractante rămâne întocmirea caietelor de sarcini. În acest sens, ghidul a fost realizat la inițiativa Guvernului României de către Asociația Patronală a Industriei de Software și Servicii (ANIS), Cancelaria Prim-Ministrului și Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP). Acest ghid este adresat în principal instituțiilor publice implicate în procesul de achiziție a soluțiilor software dezvoltate la cerere (personalizate) și oferă repere și recomandă soluții pentru întocmirea caietelor de sarcini, astfel încât autoritățile contractante să evite dependența pe termen lung față de un anumit furnizor.

⁹Ghidul pentru publicarea datelor deschise, disponibil pe site-ul Guvernului României, la adresa: http://ogp.gov.ro/wp-content/uploads/2015/04/GHID-DE-PUBLICARE-A-DATELOR-DESDHISE_aprilie-2015.pdf (paginile 11-12).

¹⁰Vezi mai multe detalii în propunerea recentă din SUA - Federal Source Code Policy – Achieving Efficiency, Transparency, and Innovation through Reusable and Open Source Software”, Aprilie 2016 <https://sourcecode.cio.gov/Implementation/>.

În acest context, recomandăm autorităților contractante să aibă în vedere informațiile cuprinse în ghid, care au rolul de a explica anumite concepte și modul în care trebuie întocmite caietele de sarcini.

1. METODOLOGIA DE REALIZARE A STUDIULUI

Studiul are ca obiectiv analiza blocajelor și riscurilor care apar în cadrul procedurilor de achiziție publică, precum și eventuale măsuri care ar putea reduce riscul ca autoritățile publice să devină dependente față de un singur furnizor. Un prim aspect ce trebuie enunțat este legat de domeniul care formează sectoarele analizate. Studiul analizează sectoarele sensibile din perspectiva apariției fenomenului de lock-in în achiziții publice, în special în domeniul IT¹¹ (programele/aplicațiile software dezvoltate la cerere) și în domeniul echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora (consumabile, piese de schimb și mentenanță). În acest sens, au fost analizate achizițiile publice realizate în perioada 2011-2016, care au avut ca obiect atribuirea unor contracte de servicii/produse de programe/aplicații software și atribuirea unor contracte de furnizare a echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora.

Pentru a atinge obiectivele propuse în cadrul studiului, au fost solicitate informații ministerelor și unităților aflate în subordinea/coordonarea acestora¹² cu privire la efectul de captivitate în achizițiile publice, în special în domeniul aplicațiilor software dezvoltate la cerere de către terți.

În ceea ce privește identificarea efectului de captivitate în domeniul achizițiilor publice de echipamente și aparatură medicale, au fost solicitate informații Ministerului Sănătății, Primăriei Generale a Municipiului București și Consiliilor Județene care au în administrare

¹¹Tehnologia informației și a comunicațiilor, abreviat cel mai adesea TIC (denumită în continuare IT).

¹²Autoritatea Electorală Permanentă; Agenția Națională Antidrog; Agenția Națională de Administrare Fiscală; Agenția Națională a Funcționarilor Publici; Arhivele Naționale ale României; Administrația Națională a Rezervelor de Stat și Probleme Speciale; Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal; Autoritatea Națională Sanitară Vetrinară și pentru Siguranța Alimentelor; Inspekția Muncii; Institutul Național de Statistică; Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale; Ministerul Apărării Naționale; Ministerul Comunicațiilor și pentru Societatea Informațională; Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice; Ministerul Energiei; Ministerul Economiei, Comerțului și Relațiilor cu Mediul de Afaceri; Ministerul Educației Naționale și Cercetării Științifice; Ministrul Finanțelor Publice; Ministerul Justiției; Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor; Ministerul Muncii și Justiției Sociale; Ministerul Transporturilor; Ministerul Tineretului și Sportului; Oficiului Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor; Oficiul Național al Registrului Comerțului; Secretariatul General al Guvernului; Ministerul Fondurilor Europene - **denumite autorități publice.**

spitalele publice¹³.

De asemenea, pentru efectuarea analizei care stă la baza prezentului studiu au fost solicitate date, informații și puncte de vedere cu privire la măsurile/soluțiile pe care le au la dispoziție autoritățile contractante în vederea evitării efectului de captivitate în organizarea procedurilor de achiziții publice, după cum urmează: Agenției Naționale a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM)¹⁴, Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP), Agenției pentru Agenda Digitală a României (AADR - SEAP), Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), Ministerului Comunicațiilor și Societății Informaționale (MCSI), Corpului de Control al Primului-Ministru¹⁵, Asociației Patronale a Industriei de Software și Servicii¹⁶ (ANIS) și Asociației Furnizorilor de Produse Medicale¹⁷ (AFPM).

Consiliul Concurenței a utilizat date și informații din domeniu, cadrul legislativ în materie de achiziții publice și informațiile disponibile din diferite surse: studii recente efectuate la nivelul UE^{18,19} și la nivelul autorităților de concurență din Uniunea Europeană²⁰, Sectorul IT

¹³Spitalul Clinic de Urgență București; Institutul Clinic Fundeni; Institutul Oncologic "Prof. dr. Al. Trestioreanu" București; Institutul Național de Endocrinologie "C.I. Parhon"; Spitalul Clinic de Urgență pentru Copii „Grigore Alexandrescu”; Spitalul Clinic de Urgență de Chirurgie Plastică; Spitalul Clinic de Urgență Sf. Pantelimon; Spitalul Clinic de Urgență Sf. Ioan; Spitalul Universitar de Urgență București; Institutul Marius Nasta; Spitalul Clinic Sf. Pantelimon Focșani; Spitalul Clinic Județean de Urgență Craiova; Spitalul Clinic Județean de Urgență Sf. Spiridon Iași; Spitalul Clinic Județean de Urgență Cluj- Napoca; Spitalul Clinic Județean de Urgență Timișoara Pius Brînzeu; Spitalul Clinic de Boli Infecțioase și Tropicale „Dr. Victor Babeș”; Spitalul Clinic "Nicolae Malaxa"; Spitalul Clinic Filantropia; Spitalul Clinic de Ortopedie-Traumatologie și TBC Osteoarticular Foișor; Spitalul Universitar de Urgență Militar Central „Dr. Carol Davila”; Spitalul Clinic Colțea; Spitalul Clinic de Psihiatrie „Prof. Dr. Alexandru Obregia”; Spitalul Clinic Sf. Maria; Spitalul Clinic de Obstetrică și Ginecologie "Prof. Dr. Panait Sirbu"; Spitalul de Boli Cronice Sf. Luca; Centrul Clinic de Boli Reumatismale Doctor Ion Stoia; Spitalul Clinic de Chirurgie Oro-Maxilo-Facial Profesor Doctor Theodorescu; Centru de Evaluare și Tratament al Toxicodependențelor pentru Tineri Sf. Stelian; Spitalul de Pneumoftiziologie Sf. Ștefan; Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia; Spitalul Județean de Urgență Arad; Spitalul Județean de Urgență Pitești, jud. Argeș; Spitalul Județean de Urgență Bacău; Spitalul Județean de Urgență Bistrița, jud. Bistrița-Năsăud; Spitalul Județean Mavromăți Botoșani; Spitalul Județean de Urgență Brăila; Spitalul Clinic Județean de Urgență Brașov; Spitalul Județean de Urgență Buzău; Spitalul Județean de Urgență Călărași Dr. Pompei Samarian; Spitalul Județean de Urgență Reșița, jud. Caraș- Severin; Spitalul Clinic Județean de Urgență "Sf. Apostol Andrei" Constanța; Spitalul Universitar de Urgență Târgoviște, jud. Dâmbovița; Spitalul Clinic Județean de Urgență "Sf. Apostol Andrei" Galați; Spitalul Județean de Urgență Giurgiu; Spitalul Județean de Urgență Tg-Jiu, jud. Gorj; Spitalul Județean de urgență Miercurea Ciuc, jud. Harghita; Spitalul Județean de Urgență Deva, jud. Hunedoara; Spitalul Județean de Urgență Slobozia, jud. Ialomița; Spitalul județean de Urgență Ilfov; Spitalul Județean de Urgență Dr. Constantin Oprîș Baia Mare, jud. Maramureș; Spitalul Județean de Urgență Drobeta Turnu Severin, jud. Mehedinți; Spitalul Județean de Urgență Piatra Neamț, jud. Neamț; Spitalul Județean de Urgență Slatina, jud. Olt; Spitalul Județean de Urgență Ploiești, jud. Prahova; Spitalul Județean de Urgență Zalău, jud. Sălaj; Spitalul Județean de Urgență Satu Mare; Spitalul Clinic Județean de Urgență Sibiu; Spitalul Județean de Urgență Sf. Ioan Cel Nou Suceava; Spitalul Județean de Urgență Alexandria, jud. Teleorman; Spitalul Județean de Urgență Tulcea; Spitalul Județean de Urgență Vâlcea; Spitalul Județean de Urgență Vaslui; Spitalul Clinic Județean de Urgență Oradea, jud. Bihor - **denumite spitale publice**.

¹⁴Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței nr. RG 10889/27.07.2017 și Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței nr. RG 14080/18.10.2017.

¹⁵ Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței nr. RG 11490/16.08.2017.

¹⁶ Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 7628/23.05.2017 și nr. RG 15552/14.11.2017.

¹⁷Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 12912/21.09.2017.

¹⁸ <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/study44-survey1results.pdf>.

și industriile creative - domenii de excelență ale Regiunii Centru²¹, Ghidul de achiziții software din România²², precum și alte materiale bibliografice relevante pentru analiza efectului de captivitate²³ etc.

Având în vedere faptul că rata de răspuns a cererilor de informații nu a fost de 100%, în anumite cazuri nu s-au primit răspunsuri la toate întrebările din chestionar, iar eșantionul ales nu a fost unul probabilistic, se poate afirma faptul că acest studiu are un caracter mai degrabă calitativ decât cantitativ.

2. CONCEPTUL DE LOCK-IN ÎN ACHIZIȚII PUBLICE ȘI EFECTELE GENERATE DIN PUNCT DE VEDERE CONCURENȚIAL

Așa cum este definită de ANIS²⁴, captivitatea este o noțiune de marketing și presupune capacitatea unui furnizor de a reține și de a continua o relație de afaceri cu un anumit client. Într-o piață liberă și concurențială, un furnizor va avea întotdeauna interesul de a păstra clientul captiv sau loial, în timp ce clientul va avea interesul de a fi cât mai puțin captiv și de a avea cât mai multe opțiuni la dispoziție.

În contextul achiziției publice a unui bun, poate apărea o dependență a autorității contractante achizitoare în legătură cu servicii post-achiziție, considerate de ordin secundar la momentul achiziției bunului principal, însă, din perspectivă practică, în directă legătură cu acesta. Serviciile secundare se pot referi la activități precum cele de service, achiziție consumabile și piese de schimb, reparare, întreținere etc., dependența fiind determinată de aspecte de ordin economic, juridic sau tehnic.

Astfel, apare fenomenul de dependență pe termen lung a unei autorități contractante față de un anumit furnizor sau distribuitor, dincolo de limitele acțiunilor individuale specifice achizițiilor publice. Prin urmare, există un risc suplimentar ca o viitoare dezvoltare a acestora să nu mai fie posibilă de către același furnizor. În acest caz, migrarea către un alt furnizor poate genera costuri foarte mari sau, în anumite cazuri, este imposibilă. De asemenea, în cazul în care autoritatea contractantă nu poate să folosească piesele de schimb sau consumabile de la un alt echipament sau aparat, din cauza incompatibilității acestora, aceasta devine captivă pentru o perioadă de timp.

¹⁹<http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/d2-finalreport-29feb2012.pdf>;
http://kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdragforskning/forsk_rap_2013-2.pdf (Raport al Autorității de Concurență din Suedia: paginile 10-12)

²⁰ https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/forsk_rapport_2016-2_0.pdf (forsk_rapport_2016-2_0.pdf).

²¹ http://www.adrcentru.ro/Document_Files/Analiza%20sectorului%20IT%20si%20industriile%20creative_j9ubha.pdf.

²² Elaborat în anul 2016 de către ANIS, Cancelaria Prim-Ministrului și ANAP.

²³ Philosophy Open Platform 2014-03-02 (PREL ver 0.2) Created by: Hillar Loor, senior partner; Fredrik Grip
Royalty Free Standardization - The Pro-Competitive Solution in Public Procurement of ICT?;
<http://www.cocir.org/our-industry.html>; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)2/en/pdf).

²⁴ Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 7628/23.05.2017.

Astfel, captivitatea este un fenomen de piață natural, în măsura în care este rezultatul unei concurențe reale între furnizori pentru loializarea clienților, iar decizia clientului de a rămâne captiv este voluntară și se bazează pe o analiză cost-beneficiu, în care costurile schimbării furnizorului sunt mai mari decât cele ale continuării relației contractuale.

Captivitatea devine însă nocivă în momentul în care furnizorii folosesc diverse tehnici pentru blocarea clientului în schimbarea furnizorului, fie prin mijloace legale, fie prin creșterea artificială a costurilor de înlocuire.

Din această perspectivă, captivitatea se poate clasifica în captivitate naturală (voluntară) și captivitate nocivă (involuntară)

Se consideră că această clasificare este importantă deoarece orice demers de reglementare ar trebui să aibă ca scop eliminarea captivității „nocive” și în același timp încurajarea concurenței între furnizori și încurajarea serviciilor și produselor de calitate.

2.1. Cadrul legislativ în domeniul achizițiilor publice din România

De-a lungul timpului, legislația în domeniul achizițiilor publice a suferit mai multe modificări atât la nivel european, cât și la nivel național. În prezent, cadrul legal care reglementează desfășurarea procedurilor de achiziții publice în România este stabilit de următoarele acte normative:

- Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (denumită Legea nr. 98/2016);
- Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (denumită Legea nr. 99/2016);
- Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;
- Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Aceste acte normative transpun în legislația națională Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind atribuirea contractelor de concesiune, Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE și Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile efectuate de entitățile care activează în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE. Unul dintre principiile care stau la baza acestor reglementări, privește înlăturarea barierelor comerciale, astfel încât să se asigure libertatea de mișcare a bunurilor și serviciilor în Uniunea Europeană, iar decizia de achiziții în sectorul public să se ia în mod nediscriminatoriu, respectându-se tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența și proporționalitatea, corelarea între necesitate, obiectul contractului și cerințele solicitate.

În ultima perioadă, autoritățile statului au realizat o serie de acțiuni la nivel legislativ și instituțional, care să ducă la eliminarea unor situații care ar putea îngreuna accesul

operatorilor economici la obținerea unor produse/servicii sau diminuarea efectului de dependență a autorităților contractante față de un anumit producător sau dezvoltator de programe.

➤ Legislația în domeniul achizițiilor publice

Noile dispoziții în materie de achiziții publice cuprind o serie de măsuri necesare și utile în vederea desfășurării în condiții optime a proceselor de achiziție publică, evitându-se astfel riscul ca documentația să fie concepută în mod personalizat (pe baza unor criterii discriminatorii), ceea ce asigură condiții concurențiale pentru toți operatorii economici interesați și care pot oferi produsele/serviciile necesare a fi achiziționate.

În acest sens, standardizarea are un rol important în asigurarea unui sistem de achiziții publice competitiv, cu respectarea tuturor principiilor care stau la baza desfășurării procesului de achiziție publică, dar care de cele mai multe ori sunt greu de aplicat.

ANAP²⁵ subliniază importanța utilizării standardelor în procedurile de achiziție publică, în special în vederea reducerii costurilor și a riscurilor, prin aplicarea unor specificații tehnice recunoscute care, în afara datelor tehnice, includ aspecte importante privind protecția mediului, eficiență energetică sau inovarea.

Art. 156 din Legea nr. 98/2016 și art. 166 din Legea nr. 99/2016, instituie o ordine de prioritate și prezintă modul în care ar trebui să fie formulate specificațiile tehnice în caietele de sarcini, atunci când se utilizează standardele, și anume: standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene. Doar în cazul în care acestea nu există, atunci specificațiile tehnice se definesc prin referire la standarde naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor, fiecare trimitere este însoțită de mențiunea „sau echivalent”. Prin urmare, standardele și reglementările tehnice naționale se vor utiliza în subsidiar, numai în situațiile în care nu există standarde europene sau internaționale.

De asemenea, dispozițiile legale în domeniul achizițiilor publice oferă posibilitatea autorităților contractante să definească specificațiile tehnice prin utilizarea standardelor, operatorii economici la rândul lor pot alege să facă dovada îndeplinirii acestora prin raportare la un anumit standard, atunci când autoritatea contractantă nu inserează referiri la standarde în documentația de achiziție²⁶.

²⁵ Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG nr. 15796/20.10.2016

²⁶ prevederile art 156. alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și prevederile art. 166 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 “În cazul în care autoritatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard național care transpune un standard european, cu un acord tehnic european, cu o specificație tehnică comună, cu un standard internațional sau cu un sistem de referință tehnic elaborat de un organism european de

Un alt aspect prevăzut de noua legislație în materie de achiziții publice îl reprezintă dreptul de care autoritățile contractante beneficiază în vederea stabilirii specificațiilor tehnice prin solicitarea în documentația de atribuire a transferului dreptului de proprietate intelectuală²⁷.

În ceea ce privește specificațiile tehnice prevăzute în caietele de sarcini, acestea trebuie să permită fiecărui ofertant accesul egal la procedura de achiziție și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor prevederi de natură să restrângă concurența între operatori economici. În acest sens, prin prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 166 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este reglementat faptul că specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse. Cu toate acestea, sunt situații când trimiterile la anumite mărci, brevete sunt permise de legislația în vigoare²⁸, dar numai cu titlu excepțional și anume, atunci când o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin alte mijloace prevăzute de lege. O astfel de trimitere este însoțită de cuvintele "sau echivalent". În mod normal, autoritățile contractante ar trebui să fie în măsură să justifice aceste criterii care, de fapt, restricționează participarea operatorilor economici, limitând astfel concurența.

➤ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 41/2016²⁹

Potrivit prevederilor art. 12 din Ordonanță *“Instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă către autoritatea contractantă”*.

Este necesar ca autoritățile contractante să aplice prevederea legală de mai sus, pentru a elimina numărul cazurilor de dependență pe termen lung față de un anumit furnizor.

➤ Hotărârea Guvernului nr. 941/2013³⁰

Prevederile acestui act normativ statuează înființarea Comitetului Tehnico-Economic pentru Societatea Informațională, organism care asistă Ministerul Comunicațiilor și Societății Informaționale la elaborarea politicii Guvernului în domeniul societății informaționale,

standardizare, dacă aceste specificații vizează cerințele de performanțe sau cerințele funcționale stabilite de autoritatea contractantă”.

²⁷prevederile art. 155 alin. (3) din Legea 98/2016 și prevederile art 165 alin. (3) din Legea 99/2016 *“Prin specificațiile tehnice se poate de asemenea stabili dacă se solicită transferul drepturilor de proprietate intelectuală”*.

²⁸ art. 156 alin.3 din Legea nr. 98/2016 , respectiv art. 166 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

²⁹privind stabilirea unor măsuri de simplificare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

³⁰privind organizarea și funcționarea Comitetului Tehnico-Economic pentru Societatea Informațională.

monitorizarea implementării acesteia, din care face parte și ANAP. În acest context, în cazul unor achiziții publice având ca obiect atribuirea contractelor de achiziție cu o valoare nominală sau cumulată mai mare de 2.500.000 lei finanțate din fonduri naționale și fonduri europene, specificațiile tehnice aferente caietelor de sarcini, respectiv proiectele tehnice și studiile de fezabilitate se supun avizului Comitetul Tehnico-Economic pentru Societatea Informațională.

2.2. Efectele generate de lock-in în achiziții publice din punct de vedere concurențial

Studii recente efectuate la nivelul UE³¹ au evidențiat existența efectului de blocare în anumite domenii. Printre cele mai importante cauze identificate se remarcă:

- probleme în utilizarea standardelor și a altor specificații tehnice în mod corespunzător în documentația de atribuire;
- folosirea anumitor mărci și specificații tehnice pe care numai anumiți furnizori și distribuitori le pot oferi;
- deficiențe în elaborarea în mod complet, corect și precis a documentației de atribuire cu privire la cerințele achiziției și obiectul contractului;
- existența unui singur ofertant pentru furnizarea de piese de schimb/consumabile sau pentru asigurarea mentenanței.

După cum se observă, există multiple cauze care conduc spre situații de dependență a autorităților publice față de anumiți furnizori, cu efecte și asupra mediului concurențial.

Efectele generate de fenomenul de captivitate din punct de vedere concurențial conduc la:

- restrângerea concurenței între furnizori, care conduce, în mod indirect, și la o rigiditate a prețurilor pe piețele secundare;
- eliminarea concurenței, atâta vreme cât la o licitație publică participă un singur ofertant;
- probleme de continuitate a activității, în contextul în care se creează o dependență față de un anumit furnizor.

Toate aceste blocaje conduc la pierderea unor oportunități de inovare și de creștere a eficienței, atunci când sistemul furnizat nu poate face față procesului rapid de dezvoltare a tehnologiei informației sau apariției de echipamente medicale de nouă generație.

³¹ <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/d2-finalreport-29feb2012.pdf>.

http://kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdragforskning/forsk_rap_2013-2.pdf (Raport al Autorității de Concurență din Suedia: paginile 10-12).

3. SECTOARE SENSIBILE DIN PERSPECTIVA APARIȚIEI FENOMENULUI DE LOCK-IN ÎN ACHIZIȚII PUBLICE

Prezentul studiu pornește de la premisa că, în România, la fel ca și în alte state membre ale Uniunii Europene, există, o serie de autorități publice afectate de situația fenomenului de captivitate în domeniul achizițiilor publice.

Studiul prezintă fenomenul de captivitate, așa cum a fost acesta descris anterior, identificat la nivelul a două sectoare economice susceptibile de a fi afectate de situația fenomenului: sectorul IT (aplicațiile software dezvoltate la cerere) și sectorul echipamentelor/aparaturii medicale, consumabile/piese de schimb și mentenanța aferentă acestora.

În cazul în care o autoritate contractantă este dependentă de un singur furnizor pentru produsele/aplicațiile sale IT, se creează premisele unei restrângeri a concurenței, în ceea ce privește viitoarele achiziții în vederea înlocuirii/dezvoltării/modificării unor anumite părți ale achiziției principale.

De asemenea, în urma unei proceduri de achiziție publică de echipamente/aparatură medicală și/sau de servicii conexe acestora, poate apărea o dependență a autorităților contractante față de un anumit furnizor, manifestată prin imposibilitatea folosirii unor piese de schimb sau consumabile specifice unui alt echipament sau aparat medical, din cauza incompatibilității acestora.

3.1. Captivitatea autorităților publice în domeniul IT

3.1.1. Considerații generale privind domeniul IT

Piața serviciilor IT oferă un portofoliu vast de servicii IT cu valoare adăugată ridicată, care include trei piețe componente: *dezvoltare software*, *dezvoltare hardware* și *servicii IT* ³². Componenta *software* cuprinde sistemul de operare, drivere și programe sau aplicații (soluții la cheie sau soluții *custom*), componenta *hardware* cuprinde partea fizică a unui sistem informatic și *serviciile IT* cuprind consultanță, training pentru clienți, instalare și întreținere, servicii de garanție și post garanție, asistență tehnică etc.

Sectorul IT prezintă o importanță deosebită pentru economia națională, beneficiind de sume considerabile alocate atât de la bugetul de stat, cât și din fonduri europene. De altfel, industria IT este considerată un factor important de creștere economică, atât prin prisma contribuției asupra indicatorilor macroeconomici (creșterea valorii adăugate brute,

³² identificarea pieței a ținut cont de practica Consiliului Concurenței, respectiv a definit în mod identic piața în mai multe din deciziile sale anterioare referitor la concentrările economice privind serviciile IT, respectiv Decizia nr. 48/20.11.2014, Decizia 51/08.03.2006.

stimularea exporturilor de servicii IT, creare de noi locuri de muncă etc.), dar și ca urmare a progresului tehnologic resimțit de actorii economici. Aceste efecte se concretizează prin faptul că majoritatea serviciilor au la bază o aplicație IT, fie că este vorba despre comunicare, transfer de bani, managementul unei companii sau o aplicație dezvoltată la comandă conform cerințelor specifice ale beneficiarului, ce are capacitatea de a spori productivitatea muncii și de a eficientiza operațiunile curente. Mai mult decât atât, dezvoltarea industriei IT reprezintă inclusiv un factor de eficientizare a serviciilor publice, în condițiile în care în România există un nivel relativ scăzut de digitalizare a instituțiilor publice.

Blocajul în cadrul instituțiilor publice în ceea ce privește produsele IT apare de regulă atunci când o autoritate publică nu poate să schimbe furnizorul cu ușurință după expirarea perioadei de timp convenite în caietul de sarcini, deoarece nu sunt disponibile toate informațiile esențiale referitoare la produs pentru ca acesta să fie preluat eficient de către un alt furnizor. Mai mult de atât, în cazul în care o autoritate publică este dependentă de un singur furnizor pentru produsele/sistemele/aplicațiile sale, ar putea să apară probleme din punct de vedere concurențial în ceea ce privește viitoarele achiziții făcute în vederea înlocuirii, dezvoltării sau modificării acestora.

Comisia Europeană³³ precizează că o situație de „blocaj” presupune, de obicei, faptul că documentele de achiziție pentru următorul contract legat de sistemele IT, care cauzează blocajul, vor conține trimiteri la marca sistemului. Achizitorii trebuie să recurgă la trimiterile de mărci deoarece lipsa informațiilor despre sistemul IT face imposibilă descrierea sistemului în alt mod, cu suficient de multe detalii. De altfel, aceste informații detaliate cu privire la modul în care funcționează sistemul sunt disponibile numai pentru un anumit furnizor, astfel că, atunci când autoritățile contractate sunt nevoite să cumpere componente sau licențe noi, doar furnizorul respectiv le poate oferi.

De asemenea, în cadrul Agendei Digitale pentru Europa³⁴, blocajele sunt considerate o problemă, iar Acțiunea 23 din Agenda Digitală reprezintă un angajament de a oferi orientări cu privire la legătura dintre standardizarea sistemelor informatice și achizițiile publice, cu scopul de a sprijini autoritățile publice să utilizeze standarde, în vederea promovării eficacității și diminuării blocajelor.

În contextul aprobării Guvernului României a Strategiei Naționale privind Agenda Digitală pentru România 2020³⁵, s-a readus în prim plan dezbateră despre obiectivele privind introducerea și utilizarea standardelor în achiziționarea de produse IT. De altfel și

³³ Comunicarea Comisiei: *Împotriva blocajelor construirea de sisteme IT deschise printr-o utilizare mai eficientă a standardelor în achizițiile publice* (Bruxelles, 25.6.2013 COM(2013) 455 final).

³⁴ Acțiunea 23 din Agenda Digitală se angajează să ofere „orientări referitoare la legătura dintre standardizarea IT și achizițiile publice, pentru a oferi asistență autorităților publice la utilizarea standardelor în scopul promovării eficacității și al reducerii blocajelor (lock-in)”, COM/2010/0245, disponibil la [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\):RO:NOT](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0245R(01):RO:NOT). Pentru mai multe informații privind acțiunea 23, a se vedea <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/pillar-iiinteroperability-standards/action-23-provide-guidance-ict-standardisation-and-public>.

³⁵ aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 245/2015.

Comisia Europeană, prin Comunicarea către Parlamentul European, Consiliul, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor denumită *Împotriva blocajelor: construirea de sisteme IT deschise printr-o utilizare mai eficientă a standardelor în achizițiile publice*³⁶, a identificat că principala problemă a procedurilor de achiziție publică din domeniul IT constă în existența blocajelor la nivelul autorităților publice care sunt obligate să apeleze la serviciile unui furnizor pentru achiziționarea de produse legate de un anumit sistem informatic.

Pe segmentul pieței software din România, captivitatea autorităților contractante a fost identificată în special în cazul achizițiilor de aplicații software dezvoltate la cerere de către terți. Aceste aplicații sunt rezultate în urma unui proces de dezvoltare software creat pe specificul activității unei instituții. Ele sunt comandate de beneficiar pe baza unor specificații tehnice descrise în documentația de atribuire. Însă inexistența includerii în documentația de atribuire a unor prevederi privind transferul codului sursă (în cazul aplicațiilor personalizate), transferul tuturor livrabilelor realizate în cadrul proiectului, precum și proprietatea datelor și/sau posibilitatea extragerii acestora în mod automat în cadrul procesului de achiziție, duce la imposibilitatea dezvoltării respectivului sistem informatic: practic doar furnizorul soluției poate face dezvoltările respective. De asemenea, la finalizarea proiectului cu respectivul furnizor nu există întotdeauna un plan de transfer prin care cunoștințele tehnice dobândite în cadrul proiectului să poată fi transferate beneficiarului.

Problemele ce țin de definirea unui „client captiv” trebuie tratate prin prisma dreptului de proprietate (codul sursă) asupra aplicațiilor dezvoltate și a competențelor pentru întreținerea și dezvoltarea acestuia în etape ulterioare. Așa cum este menționat anterior, se poate vorbi cu adevărat de drept de proprietate asupra produsului doar în cazul aplicațiilor dezvoltate la cerere de către terți. În ceea ce privește “transparența” aspectelor tehnice, indiferent de tipul de aplicații ales, trebuie să existe o serie de documente tehnice care să permită înțelegerea sistemului, inclusiv pentru mentenanță, dezvoltări sau integrări viitoare cu alte sisteme.

3.1.2. Dezvoltarea soluțiilor IT

Pentru a înțelege problemele ce pot apărea la furnizarea/dezvoltarea, întreținerea și exploatarea unui sistem informatic și, de asemenea, pentru a defini mai bine relația între furnizor și beneficiar, inclusiv din punct de vedere al dreptului de proprietate, în cele ce urmează se va face o scurtă prezentare a componentelor principale ale unui sistem informatic și a ciclului de dezvoltare a unui astfel de sistem.

³⁶<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0455&from=ROBruxelles>, 25.6.2013 COM(2013) 455 final.

➤ *Componentele principale ale unui sistem informatic*

Sistemul informatic cuprinde infrastructura hardware³⁷ și infrastructura software de comunicații³⁸. În ceea ce privește aplicațiile software, se remarcă următoarele tipuri:

- *Aplicații COTS (Commercial off-the-shelf)* - aplicații comerciale dezvoltate de un anumit producător, ce au o aplicabilitate generală pentru mai mulți beneficiari și sunt oferite pe piață sub aceeași formă pentru toți beneficiarii; în general, astfel de aplicații se vând pe bază de licență. Există mai multe tipuri de licențiere, cum ar fi cea permanentă, temporară, achiziționată în leasing, limitată la numărul de utilizatori sau capacitatea de procesare etc. Pentru acest tip de aplicații, dreptul de proprietate este al producătorului, beneficiarul are doar drept de utilizare (nu poate interveni asupra codului sursă, nu poate revinde licența etc.);
- *Aplicații FOSS (Free and Open Source Software)* - programe informatice dezvoltate pe bază de licențiere deschisă, la care accesul este liber, inclusiv la codul sursă (Open Source Initiative³⁹). În acest caz, nu se pune problema dreptului de proprietate, dar orice dezvoltare suplimentară poate să devină proprietatea beneficiarului sau a furnizorului, în funcție de termenii contractuali;
- *Aplicații dezvoltate la cerere* (de către terți) - aplicații rezultate în urma unui proces de dezvoltare software (incluzând activități de genul analiză, proiectare, dezvoltare, testare, implementare) din care rezultă unul sau mai multe produse de tip „cod sursă program”. Acest tip de aplicații sunt comandate de beneficiar pe baza unor specificații tehnice și în mod firesc ar trebui să devină proprietatea acestuia;
- *Aplicații hibrid* - cuprind atât componente/module COTS sau FOSS, cât și aplicații dezvoltate la cerere (extensii ale acestor prime categorii de aplicații). Pentru acest tip de aplicații, este evident că modulele COTS rămân, așa cum a fost precizat mai sus, proprietatea producătorului. În ceea ce privește aplicațiile realizate, dreptul de proprietate asupra acestora depinde de modul în care au fost definite condițiile contractuale, precum și specificațiile din caietul de sarcini.

Din punct de vedere al exploatării, aplicațiile pot fi:

- instalate numai la beneficiar și numai pentru uzul beneficiarului. Majoritatea programelor utilizate de administrația din România sunt realizate sau licențiate pentru un beneficiar și instalate la beneficiar. În mai multe cazuri, serverele hardware sunt localizate în baze de date comune pentru mai multe organizații/ministere.

³⁷totalitatea echipamentelor hardware și de comunicații ce alcătuiesc fundamentul funcționării unui sistem informatic; dreptul de proprietate se transfera beneficiarului în urma procesului de achiziție.

³⁸aceasta include o grupă mare de programe informatice care pot fi atât COTS - aplicații software comerciale vândute de un furnizor pentru o gamă largă de clienți (Commercial off-the-shelf) cât și FOSS - aplicații software open source (Free and Open Source Software) sau o combinație a acestora și sunt utilizate pentru funcționalitățile de bază, generale ale unui sistem informatic (sisteme de operare, baze de date, aplicații de virtualizare, aplicații de monitorizare și securitate informatică, servere de aplicații etc). Acest tip de programe informatice se vând, în general, pe bază de licențiere în funcție de numărul de utilizatori, de puterea de procesare etc).

³⁹<https://opensource.org/osd>.

- instalate într-o zonă comună a administrației (Infrastructura *Cloud* a Administrației) și utilizate de mai mulți beneficiari (exemplu: *E-mail-ul* pentru administrație se pretează la o astfel de exploatare cu 1-2 aplicații de mail care sunt folosite de utilizatorii din administrație).
- utilizate de la furnizor/producător într-un regim de Software as Service (SaaS) – Infrastructura Cloud a furnizorului.

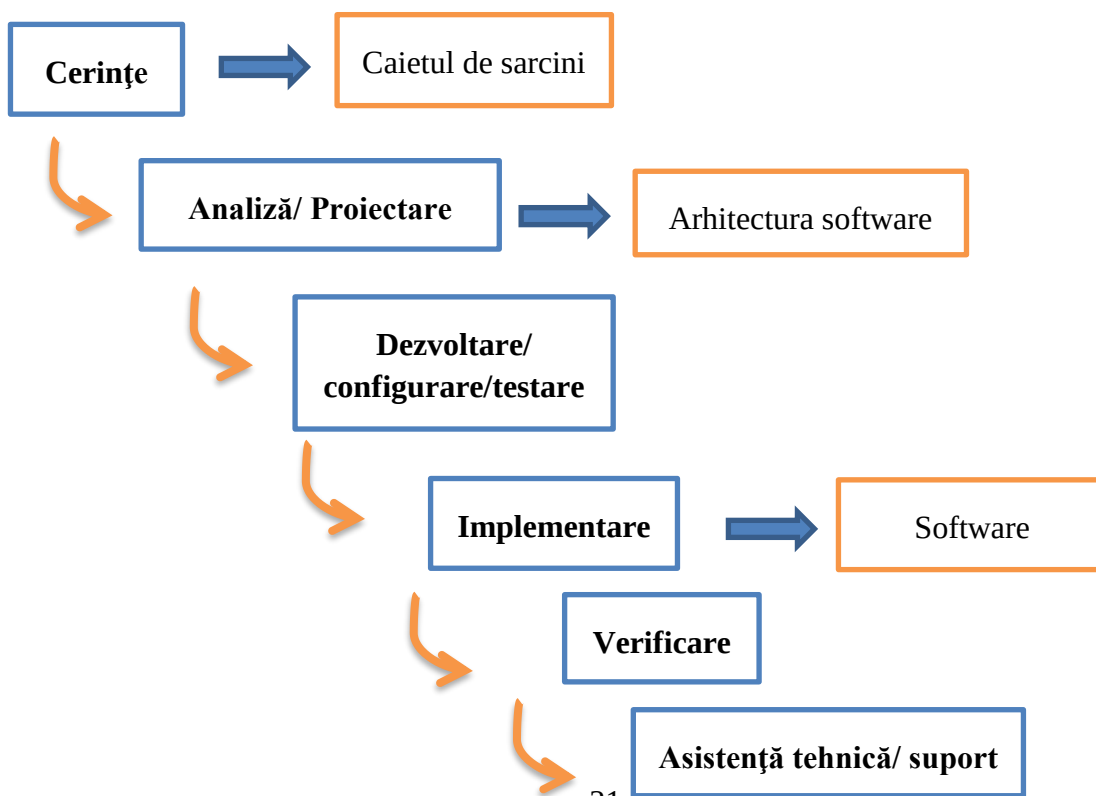
Studiul nu a luat în calcul utilizarea infrastructurii de tip *cloud*, deoarece nu este o situație întâlnită în instituțiile publice din România. Cu toate acestea, pot fi făcute câteva observații:

- Infrastructura de tip cloud ce nu este a administrației poate genera probleme ce țin de protecția datelor personale și de confidențialitate;
- Suspendarea accesului la infrastructura cloud poate duce la imposibilitatea accesării datelor și informațiilor proprietarului, generând astfel un efect de lock-in.

➤ *Ciclul de implementare a unui proiect informatic (aplicația software)*

Există mai multe metodologii recunoscute internațional privind implementarea unor sisteme informatice. Chiar dacă sunt promovate de firme și/sau organizații diferite, în ceea ce privește etapele principale ale unui proiect informatic, acestea sunt relativ asemănătoare, cu unele diferențe în ceea ce privește tipul de aplicații (COTS sau dezvoltate la cerere) și anume: analiza, proiectare, dezvoltare, testare, implementare și suport în perioada de funcționare.

Figura 1. Etapele dezvoltării aplicațiilor la cerere



Documentația este o parte importantă a oricărei soluții software. În caietul de sarcini trebuie definite documentele care trebuie livrate de către furnizor. Caietul de sarcini elaborat de autoritatea contractantă trebuie să cuprindă o secțiune în care să fie detaliată metodologia de implementare a proiectului. Astfel, ofertantul trebuie să prezinte în cadrul propunerii tehnice descrierea detaliată a metodologiei pe care o va utiliza.

Importanța prezentării acestor etape este dată de faptul că fiecare din etapele prezentate mai sus trebuie să se încheie cu un document tehnic care permite înțelegerea activităților derulate din faza inițială până în faza finală. Aceste documente reprezintă suportul principal pentru întreținerea și exploatarea sistemului, dar și pentru dezvoltări de funcționalități ulterioare. Autoritatea contractantă, prin întocmirea unei documentații de atribuire de calitate, va asigura un transfer facil al livrabilelor proiectului și soluției în sine (know-how) pe toată perioada de derulare a proiectului. La încheierea contractului, autoritățile contractante ar trebui să prevadă clauze clare privind transferul dreptului de proprietate asupra “codului sursă” pentru aplicațiile software dezvoltate la cerere de la furnizorul actual la beneficiar sau la alt furnizor desemnat de beneficiar, respectiv să prevadă un plan de transfer. De asemenea, existența acestor clauze privind transferul dreptului de proprietate asupra codului sursă, va diminua barierele la intrare pentru alți furnizori. Astfel, transferul tuturor livrabilelor proiectului, inclusiv codul sursă, către un alt furnizor se va face mult mai ușor.

3.1.3. Analiza cauză-efect

De foarte multe ori, Comisia Europeană⁴⁰ a subliniat faptul că blocajele în domeniul IT pot conduce la pierderea unor oportunități de inovare și de creștere a eficienței și, de cele mai multe ori, afectează interoperabilitatea serviciilor publice. Soluția care s-a conturat în timp pentru reducerea situațiilor de blocaj este asigurarea și promovarea utilizării corespunzătoare a standardelor în achiziții publice, în locul tehnologiilor brevetate, în achizițiile publice de IT.

Furnizorii de aplicații software sunt și ei afectați de situația de captivitate a autorităților publice. În cazul în care, în elaborarea documentației de atribuire, se utilizează mărcile produselor, va avea loc o restrângere a concurenței la furnizorii care oferă marca respectivă sau se va crea o situație de monopol, care va avea consecințe asupra prețurilor de achiziție. Utilizarea mărcilor este permisă numai cu titlu excepțional, atunci când o descriere suficientă nu este posibilă prin alte mijloace prevăzute de legislație.

⁴⁰ În Comunicarea: *Împotriva blocajelor construirea de sisteme IT deschise printr-o utilizare mai eficientă a standardelor în achizițiile publice*;

3.1.3.1. Factorii care determină captivitatea autorităților publice

Problemele ce țin de definirea unui “*client captiv*” trebuie tratate prin prisma dreptului de proprietate (codul sursă) asupra sistemului informatic și a competențelor pentru întreținerea/dezvoltarea acestuia în etape ulterioare.

Un „*client captiv*” este acela care depinde de un furnizor unic pentru menținerea și dezvoltarea ulterioară a sistemului. Această “captivitate” este indusă atât de dreptul de proprietate asupra *codului sursă*⁴¹, cât și de lipsa *transparenței* privind aspectele tehnice ce au stat la baza dezvoltării sistemului informatic (arhitectura, cod sursă, funcționalități, interfețe etc.).

Așa cum s-a precizat în cuprinsul studiului, mecanismele prin care furnizorii pot genera efectul de captivitate ar putea fi încadrate în două categorii⁴²:

- mecanisme legale, prin care beneficiarul devine captiv legal și se află în imposibilitatea de a schimba furnizorul din cauza unor constrângeri legale;
- mecanisme tehnice, prin care beneficiarul devine captiv practic, din cauza lipsei cunoștințelor necesare dezvoltării sistemului.

Captivitatea conduce la creșterea artificială a costului de înlocuire.

În multe cazuri, captivitatea legală decurge din anumite clauze contractuale care vizează:

- blocarea accesului autorității publice la codul sursă al aplicației în cazul soluțiilor la comandă;
- blocarea accesului autorității publice la date sau la bazele de date în cazul soluțiilor la comandă sau al produselor software (ex. în cazul soluțiilor în cloud);
- licențierea limitată în timp a produselor software.

Pentru a evita blocajele de tipul celor menționate, autoritățile contractante ar trebui să prevadă în documentația de atribuire condiții clare cu privire la accesul la codul sursă. Astfel, în cazul aplicațiilor software dezvoltate la cerere sau personalizate, este foarte important să se clarifice aspectele legate de proprietatea intelectuală și accesul la codul sursă al soluției. De asemenea, este important ca autoritățile contractante să se asigure că vor putea modifica codul sursă independent de furnizorul inițial și vor putea transfera codul sursă către un alt furnizor sau vor putea contracta un alt furnizor pentru servicii de mentenanță.

Considerăm că pentru captivitatea legală se pot identifica măsuri eficiente de eliminare. Principalul element de protecție pentru autoritățile publice ar trebui să fie documentația de atribuire și contractul de achiziție publică. În schimb, captivitatea de natură tehnică poate fi diminuată, dar nu va putea fi eliminată complet, întrucât cei care dezvoltă inițial

⁴¹Codului sursă reprezintă un set de instrucțiuni, specific unui anumit limbaj de programare care este scris în spatele oricărei aplicații. (sursa: https://ro.wikipedia.org/wiki/Cod_surs%C4%83).

⁴² Sursa: Ghidul privind achizițiile software pentru instituții publice

soluțiile/aplicațiile software vor avea întotdeauna un avantaj în fața altor furnizori, datorită cunoștințelor și informațiilor pe care le dețin.

Așadar, se poate vorbi cu adevărat despre drept de proprietate asupra produsului doar în cazul aplicațiilor dezvoltate la cerere. În ceea ce privește transparența aspectelor tehnice, indiferent de tipul aplicației alese, trebuie să existe o serie de documente tehnice care să permită înțelegerea sistemului, inclusiv pentru mentenanță, dezvoltări sau integrări viitoare cu alte sisteme.

➤ *Analiza cost/beneficiu în cazul aplicațiilor software*

Orice cumpărător de programe/aplicații software are de ales între a achiziționa o aplicație realizată de la zero sau a achiziționa licența de utilizare a unui produs existent. Această alegere se face în funcție de natura proiectului și ținând cont de anumite rațiuni economice. Costurile dezvoltării acestor aplicații sunt de obicei mult mai mari decât costurile de licențiere ale unui produs existent.

Pentru aplicațiile dezvoltate la cerere/comandă/personalizate, transferarea codului sursă către beneficiar nu presupune riscuri sau costuri suplimentare pentru furnizor.

Problema trebuie privită prin prisma interesului autorității contractante. Pentru a elimina problema de captivitate, autoritatea contractantă ar trebui să dobândească dreptul de proprietate asupra codului sursă, care este transmis la sfârșitul contractului, astfel încât aceasta să poată dezvolta în continuare proiectul, eventual cu un alt furnizor.

Pentru a dobândi dreptul de proprietate asupra unui produs, respectiv accesul la codul sursă, în loc de licențele unui produs COTS, autoritatea contractantă ar putea să cumpere servicii de dezvoltare, dar își asumă niște costuri semnificativ mai mari. Costurile dezvoltării unui sistem complex, în cele mai multe cazuri, sunt cu mult mai mari decât costurile de licențiere în vederea utilizării. De asemenea, și costurile de mentenanță ale unui produs dezvoltat la cerere (plătit de un singur client) sunt mai ridicate decât costurile de mentenanță ale produselor COTS (suportate de toți clienții produsului). În momentul în care fiecare autoritate contractantă decide să achiziționeze o aplicație, trebuie să-și facă o analiză cost-beneficiu pentru a vedea care dintre aceste variante este mai avantajoasă.

În *Ghidul privind achizițiile software pentru instituții publice*⁴³, au fost propuse două opțiuni privind transferarea codului sursă:

- *licențierea nelimitată* a tuturor livrabilelor în formă prelucrabilă/editabilă (această opțiune nu presupune constrângeri suplimentare pentru furnizor, care va putea reutiliza la rândul său rezultate obținute din proiecte în alte proiecte). De asemenea, va permite autorității contractante modificarea sub orice formă a soluției fără a depinde de furnizor;

⁴³ elaborat de către ANIS, Cancelaria Prim-Ministrului și ANAP în anul 2016 (pag 22-23).

- *transferul proprietății intelectuale* asupra tuturor livrabilelor către autoritatea contractantă (această opțiune presupune constrângeri suplimentare pentru furnizori și costuri posibil mai mari). În acest caz, furnizorul nu va putea reutiliza componente sau fragmente din proiecte anterioare (ex: componente proprii, *framework*, etc.), deoarece nu va putea realiza integral transferul de proprietate intelectuală. Această opțiune este mai puțin flexibilă, dar poate fi necesară în anumite proiecte (ex: siguranță națională).

Din punct de vedere practic, ambele opțiuni vor oferi posibilitatea modificării ulterioare a soluției fără a depinde de furnizorul inițial.

Prin urmare, analiza cost-beneficiu realizată de autoritatea contractantă înainte de lansarea proiectului ar trebui să aibă în vedere pe lângă aspectele financiare și pe cele legate de evitarea unei relații de captivitate, indiferent de tipul de aplicație software achiziționată: cu licență sau dezvoltată la cerere.

3.1.3.2. Efectele captivității în achiziții publice în domeniul IT

Efectul de lock-in a apărut ca urmare a faptului că autoritățile publice au încheiat contracte cu dezvoltatorii de programe software pentru a utiliza un produs/serviciu pe o anumită perioadă de timp fără a exista în documentația de atribuire și contractul de achiziție, în anumite cazuri, obligativitatea transferului dreptului de proprietate intelectuală asupra tuturor livrabilelor.

Pe segmentul pieței software, captivitatea autorităților contractante a fost identificată în cazul aplicațiilor software dezvoltate la cerere de către terți, mecanismul de funcționare a acestei piețe fiind cel al procedurilor de achiziție publică.

Cererea este lansată de autoritățile publice, în calitate de autorități contractante, care organizează proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică, care, în funcție de necesitatea obiectivă stabilită, o definește prin documentația de atribuire, stabilind anumite criterii de calificare și selecție pe care întreprinderile participante (dezvoltatorii de programe) trebuie să le îndeplinească. Prin urmare, dezvoltatorii de programe trebuie să răspundă cerințelor lansate de fiecare autoritate publică prin documentația de atribuire dacă doresc să participe la proceduri de achiziție publică.

Oferta de aplicații software este reprezentată de totalitatea întreprinderilor care îndeplinesc criteriile de calificare și selecție stabilite de autoritățile contractante prin documentația de atribuire și care își manifestă intenția de a participa la respectivele proceduri de achiziții publice.

O particularitate a pieței este faptul că accesul întreprinderilor la aceste servicii/produse se face în urma procedurilor de achiziții publice organizate de către beneficiar, respectiv autoritățile publice, pe de o parte, și dezvoltatorii de programe software, pe de altă parte. Astfel, dezvoltatorii de programe software sunt întreprinderi care participă la procedurile de achiziție publică organizate de autoritățile publice și care pe baza specificațiilor tehnice prevăzute în caietul de sarcini își prezintă oferta în vederea participării la licitații.

Gradul de concurență în sectorul IT poate fi analizat prin prisma Indicelui Concurențial de Presiune Concurențială (IAPC). IAPC⁴⁴ măsoară înclinarea spre concurență a unor industrii din economia națională, arătând gradul în care industriile analizate se apropie de o situație ideală, care facilitează pe deplin manifestarea liberă a concurenței. Serviciile de consultanță IT reprezintă un domeniu ce poate fi un etalon în ceea ce privește presiunea concurențială⁴⁵. Astfel, în acest sector, intrarea pe piață este foarte facilă (există chiar stimulente pentru deschiderea de companii în domeniu), numărul de concurenți este ridicat, gradul de concentrare este redus, iar procesele inovative au o importanță deosebită. Această intensitate concurențială specifică sectorului de IT ar trebui să se traducă în beneficii concrete (produse și servicii relativ ieftine și de calitate) pentru clienți, în cazul de față autorități contractante.

Conform datelor Agenției pentru Agenda Digitală a României, valoarea totală a contractelor de achiziție publică pentru bunuri și servicii IT este de aproximativ 4,7 miliarde de lei în România⁴⁶.

Aproximativ jumătate din aceste achiziții privesc dezvoltarea de software (45,2% - 2,2 miliarde lei), în timp ce achiziția de licențe a fost de aproximativ 22,3% (1,05 miliarde lei) iar serviciile specifice (procesare, arhivare, administrare baze de date etc.) aproximativ 13,5% (0,63 miliarde lei).

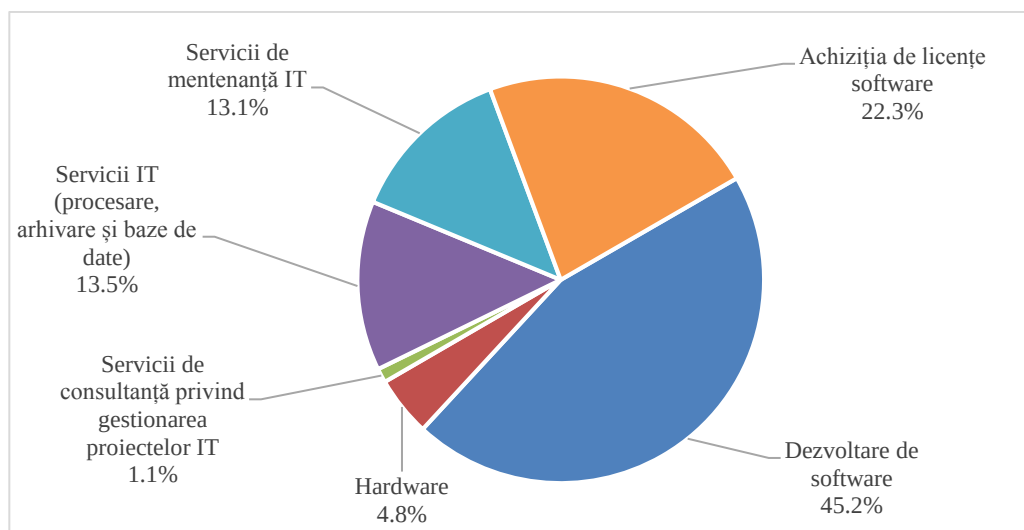
⁴⁴A se vedea:

www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id9017/evolutia_concurentei_in_sectoare_cheie.pdf.

⁴⁵ Cu mențiunea pe care o reiterăm aici că nivelul efectiv de concurență la nivelul eventualelor piețe relevante, ce-ar putea fi definite în cadrul acestei industrii, este cel mai probabil diferit de la o piață la alta.

⁴⁶ Au fost luate în considerare achizițiile publice din perioada 2011-2016, atribuite prin licitație deschisă, cerere de ofertă, negociere etc. Repartizarea pe tipologii a fost determinată în funcție de codurile CPV aferente procedurilor de achiziții. Acuratețea datelor depinde de corectitudinea selectării codurilor CPV de către autoritățile contractante. Conform metodologiei de agregare a datelor, au fost selectate codurile CPV din familia 48 (Pachete software si sisteme informatice), respectiv 72 (Servicii IT: consultanță, dezvoltare de software, internet și asistență), fiind excluse însă achizițiile privind serviciile de telefonie și de transmisie de date, ca urmare a faptului că acestea nu fac obiectul prezentului studiu.

Figura 2. Achizițiile publice în funcție de tipul bunurilor și produselor IT



Sursa: prelucrările autorilor pe baza datelor AADR (SEAP)

Din analiza răspunsurilor autorităților publice cu privire la identificarea aplicațiilor software dezvoltate la cerere pentru care autoritățile publice au devenit captive, a rezultat faptul că această situație este cauzată de mai mulți factori, printre care:

- autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire și contractul de achiziție cerințe legate de dreptul de proprietate și accesul la codul sursă al soluției/aplicației;
- la încheierea contractului de achiziție, autoritatea contractantă nu s-a asigurat că va avea acces la codul sursă și la toate livrabilele proiectului pe care să le poată modifica ulterior fără limitări (toate elementele pe care furnizorul se angajează să le livreze beneficiarului în cadrul contractului, respectiv analiza, proiectare, dezvoltare, testare, implementare și suport în perioada de funcționare);
- autoritatea contractantă nu a asigurat transferul de know-how.
- autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire informații privind asigurarea mentenanței (de exemplu este asigurată gratuit de furnizor în prețul inițial al contractului, pentru o anumită perioadă de timp sau va fi furnizată contra cost).

Prin omiterea acestor cerințe poate apărea o relație de captivitate față de un anumit furnizor.

Analiza a avut la bază solicitarea unor informații sub forma unor chestionare transmise autorităților publice cu privire la:

- aplicații software dezvoltate la cerere sau pe bază de licență;*
- aplicații software dezvoltate la cerere cu drept de proprietate sau drept de utilizare;*
- aplicații software pe bază de licență;*
- existența documentației tehnice de proiect pentru aplicațiile software dezvoltate la cerere;*

- v. *furnizorii aplicațiilor software dezvoltate la cerere;*
- vi. *contractele de mentenanță încheiate pentru aplicații software dezvoltate la cerere sau pe bază de licență.*

Din datele și informațiile primite de la un număr de 27 autorități publice, au rezultat următoarele:

i. Aplicații software dezvoltate la cerere sau pe bază de licență

Aplicațiile software dezvoltate la cerere de către terți, identificate în răspunsurile transmise de către autoritățile publice vizate de studiu, au fost grupate astfel⁴⁷:

- aplicații care au o aplicabilitate generală implementate pe bază de licență

Autoritățile publice au optat pentru implementarea unei soluții standard, respectiv o aplicație generală utilizată pentru mai mulți beneficiari și sunt oferite pe piață sub aceeași formă pentru toți beneficiarii. Aceste aplicații le regăsim în aproape toate autoritățile publice pentru care producătorii/furnizorii de programe oferă licență⁴⁸;

- aplicații software dezvoltate la cerere de către terți care au o aplicabilitate specifică

Autoritățile publice au optat pentru implementarea unei soluții specifice, respectiv dezvoltarea unei soluții pe domeniul de activitate al fiecărei instituții din care rezultă unul sau mai multe produse de tip “cod sursă program”⁴⁹.

De asemenea, au fost identificate și aplicații software dezvoltate la cerere mai puțin uzuale și care permit gestionarea unui anumit număr de utilizatori⁵⁰;

- aplicații software open-source

Autoritățile publice au optat pentru implementarea unei soluții având la bază tehnologia open-source. Așa cum se observă din denumirea aplicației open-source cu „sursă deschisă”, sunt programe (software) dezvoltate de către terțe persoane și oferite spre folosire sub o licență liberă, care garantează accesul tuturor utilizatorilor la codul sursă⁵¹;

⁴⁷ Anumite autorități au achiziționat și licențe software separat sau integral cu echipamentele IT.

⁴⁸ de exemplu: managementul documentelor, registratură, salarii, raportare, audit, contabilitate bugetară etc.

⁴⁹ de exemplu: pachete aplicații destinate centralizării rezultatelor alegerilor; iWoodTracking (wt, Iwt) - sistem informatic ce permite monitorizarea în timp real a transportului materialului lemnos; sistem de recuperare în caz de dezastru; achiziția unui pachet software de semnare electronică; servicii de marcă temporală pentru perioada 2011-2014; aplicație personalizată "Observator teritorial"; sistem de identificare, înregistrare și crotaliere a animalelor; consiliere Etică etc.

⁵⁰ de exemplu: dezvoltarea unor aplicații care permit gestionarea unui număr de cursuri.

⁵¹ de exemplu: Platforma www.danubecultureandtourism.eu; Sistem gestiune baze de date PNDL; Platforma informatică de comunicare pentru implementarea SUERD etc.

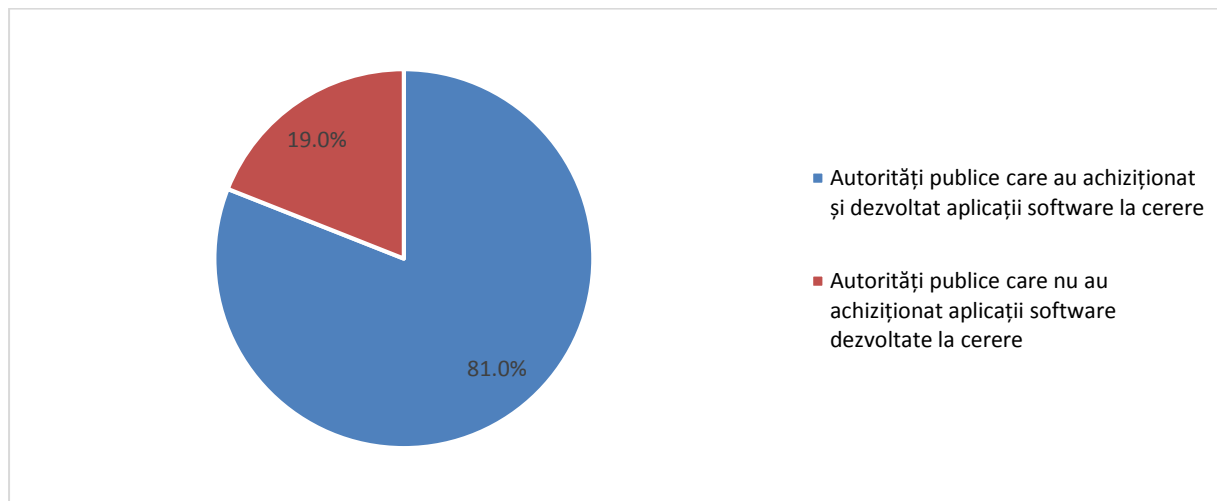
- aplicații software pe bază de licență

Autoritățile publice au ales să implementeze aplicațiile software pe bază de licență, atât pe perioadă limitată, cât și pe perioadă nelimitată⁵². Tot în această categorie intră și infrastructura software, respectiv: baze de date, portaluri, servere de aplicații, sisteme de operare (Windows, SQL Server Standard Core 2014, pachete Software SDL TRADOS, Oracle data base etc.). Ar trebui să existe cerința pentru licențiere pe perioadă nedeterminată. Licențierea pe o perioadă determinată duce tot la fenomenul de lock-in.

Urmare analizei achiziției de aplicații software, s-a constatat faptul că autoritățile publice au achiziționat prin proceduri de achiziții publice, atât aplicații software dezvoltate la cerere, cât și aplicații software pe bază de licență, astfel:

- 22 autorități publice au achiziționat și dezvoltat atât aplicații software la cerere de către terți, cât și aplicații software pe bază de licență;
- 5 autorități publice nu au achiziționat aplicații software dezvoltate la cerere de către terți, acestea utilizând exclusiv soft-urile standard cuprinse în pachetul Microsoft Office, programe de consultare legislative și pachete software pentru contabilitate și salarii.

Figura 3. Autorități publice care au achiziționat și dezvoltat aplicații software la cerere în perioada 2011-2016



Sursa: informații furnizate de autoritățile publice

⁵² de exemplu: achiziția de programe de legislație - Lege 5 Profesional; Card Profesional European 2 - instrument inovativ de modernizare și eficientizare a activității SPO; Harta resurselor umane; etc.

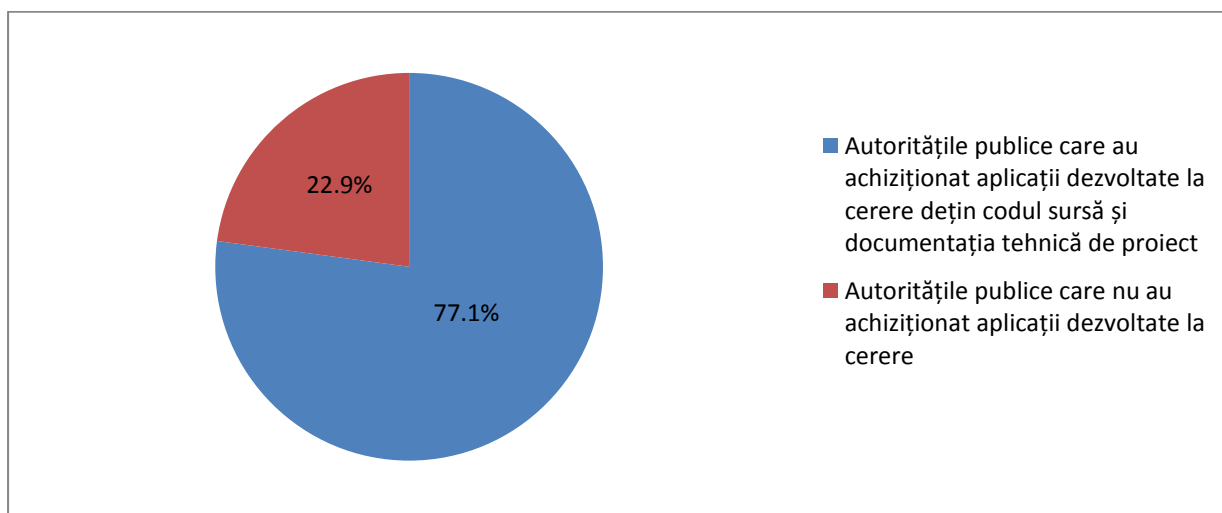
În condițiile în care gradul de utilizare a aplicațiilor dezvoltate la cerere în cadrul autorităților publice este majoritar, este necesar ca acestea să aplice prevederile Ordonanței⁵³ pentru a evita dependența pe termen lung față de un anumit furnizor.

ii. aplicații software dezvoltate la cerere cu drept de proprietate sau drept de utilizare

Pentru a surprinde efectul de lock-in în domeniul IT, au fost analizate aplicațiile software dezvoltate la cerere de către autoritățile publice din punct de vedere al existenței dreptului de proprietate (codul sursă).

Din informațiile obținute și analiza efectuată, s-a constatat faptul că 77,1% dintre autoritățile publice care au achiziționat aplicații dezvoltate la cerere dețin codul sursă și documentația tehnică de proiect (analiză, proiectare, dezvoltare, testare și implementare) al acestor aplicații, ceea ce înseamnă că au drept de proprietate asupra aplicațiilor.

Figura 4. Autorități publice care au achiziționat aplicații dezvoltate la cerere și care dețin codul sursă al aplicației



Sursa: informații furnizate de autoritățile publice

⁵³ Potrivit prevederilor art. 12 din Ordonanță *“Instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă către autoritatea contractantă”*.

Analiza efectuată a identificat principalele motive pentru care autoritățile publice nu dețin codul sursă:

- nu a fost solicitat codul sursă al aplicației dezvoltate prin documentația de atribuire sau prin contractul de achiziție;
- autoritatea publică a încheiat un contract de prestări servicii informatice, respectiv asistență tehnică și suport servicii pentru prestarea cărora au fost puse de către prestator la dispoziția autorității publice echipamentele hardware și aplicațiile informatice necesare prestării serviciului în schimbul unui tarif lunar. Echipamentele hardware și aplicațiile sunt proprietatea prestatorului, iar baza de date creată și gestionată prin intermediul sistemului informatic este proprietatea autorității publice. Prin urmare, autoritatea publică prin încheierea acestui contract a devenit captivă⁵⁴;
- s-au încheiat contracte în care nu se stipulează în mod expres faptul că dreptul de proprietate este deținut de prestator, însă acesta deține un Certificat de înregistrare în Registrul Național al Programelor pentru Calculator pentru drepturile de autor al acestor aplicații⁵⁵;
- autoritatea contractantă nu a obținut codul sursă, întrucât aplicațiile dezvoltate la cerere sunt aplicații de business generale, iar aceste aplicații au fost adaptate pe specificul activității beneficiarului⁵⁶.

Modalitățile prin care se prevede dreptul de proprietate (codul sursă) asupra aplicațiilor software dezvoltate la cerere identificate în răspunsurile primite, exemplificăm:

- în documentația de atribuire se stipulează livrarea către autoritatea contractantă a modulelor dezvoltate de către furnizori sau se menționează clar dreptul de proprietate asupra codului sursă;
- în contractul de achiziție încheiat:
 - ✓ se menționează expres proprietatea asupra codului sursă;
 - ✓ se prevede că dreptul de proprietate asupra livrărilor proiectului este exclusiv al achizitorului, pe măsura executării de către ambele părți a obligațiilor contractuale, cu excepția licențelor și mentenanțelor care au perioade limitate;
- în procesul verbal de recepție la terminarea lucrării.

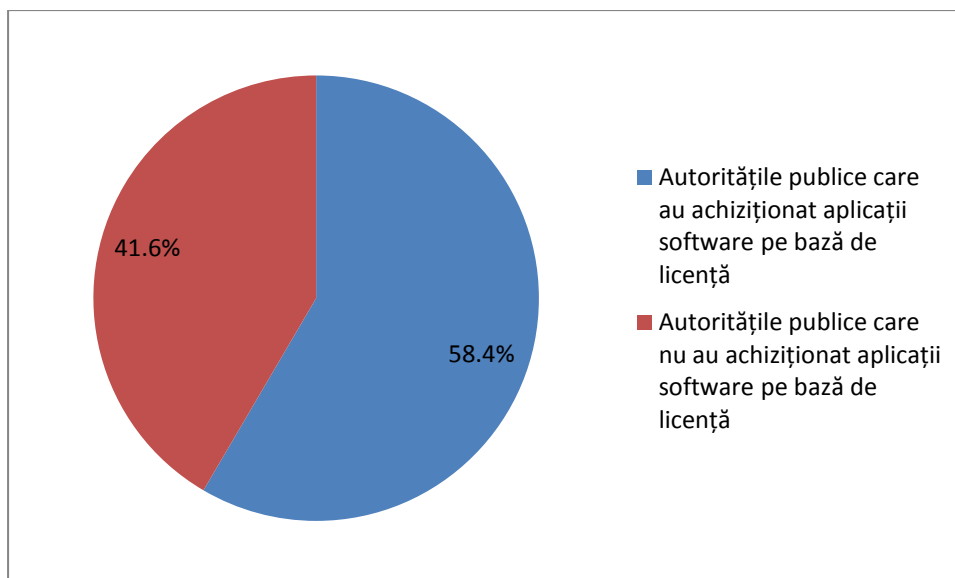
⁵⁴ spre exemplu: Sistemul informatic REGES/Revisal.

⁵⁵ spre exemplu: sistemul LIMS integrat.

⁵⁶ spre exemplu: Sisteme integrate de management al activității de control; Sistem financiar integrat ca instrument pentru conducere etc.

iii. aplicații software pe bază de licență

Figura 5. Autorități publice care au achiziționat aplicații software pe bază de licență



Sursa: informații furnizate de autoritățile publice

Analizând datele de mai sus, se observă că 58,4% au ales să implementeze aplicațiile software pe bază de licență, ceea ce înseamnă că autoritatea contractantă are doar drept de utilizare.

Pentru aplicațiile software achiziționate pe bază de licență, unele autorități publice au achiziționat și servicii de asistență și de mentenanță în sistem de abonament lunar.

iv. existența documentației tehnice de proiect pentru aplicațiile software dezvoltate la cerere

Din datele transmise de către autoritățile publice s-a constatat faptul că, în mare parte acestea au achiziționat aplicații software dezvoltate la cerere și au recepționat și documentația tehnică de proiect ca rezultat al procesului de implementare a proiectului.

v. furnizorii aplicațiilor software

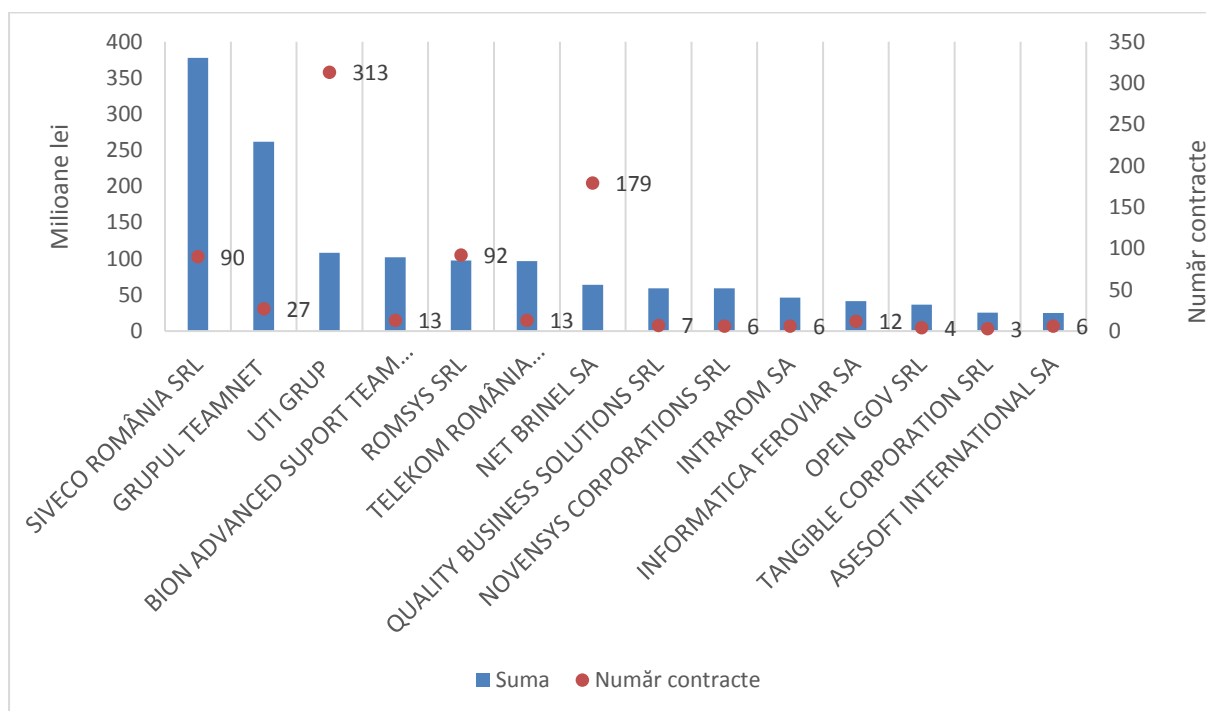
Furnizorii de programe/software denumiți și dezvoltatori de programe software sunt întreprinderile care îndeplinesc condițiile prevăzute din caietele de sarcini și care participă la procedurile de achiziție publică.

Întreprinderile care au îndeplinit cerințele din caietul de sarcini sunt⁵⁷: [...]

Principalii furnizori de produse software/servicii IT care în perioada 2011 - 2016, au înregistrat cele mai mari venituri din contractele încheiate cu autoritățile publice:

⁵⁷Sursa: informații furnizate de autoritățile publice.

Figura nr. 6



Sursa: Nota Corpului de Control al Primului-Ministru privind achizițiile de produse software realizate la nivelul ministerelor Guvernului României și unităților aflate în subordinea/coordonarea/sub autoritatea acestora în perioada 01.01.2011-31.07.2016.

vi. contractele de mentenanță pentru aplicații software

Mentenanța reprezintă una dintre fazele procesului de dezvoltare software, ce urmează realizării și lansării în exploatare a sistemului software. În cadrul acestei faze se operează modificări asupra sistemului software pentru a corecta defecte, pentru a extinde setul de funcționalități oferite de acesta sau pentru a implementa optimizări de natură să îmbunătățească performanța sistemului și calitatea serviciilor oferite utilizatorilor săi. O componentă importantă o constituie rezolvarea incidentelor semnalate în funcționarea sistemului. Serviciul de mentenanță software are următoarele părți⁵⁸:

- Mentenanța corectivă – reprezintă procesul prin care se aduc modificări asupra sistemului software pentru a corecta probleme de funcționare descoperite în timpul exploatării;
- Mentenanță evolutivă (adaptivă) – reprezintă procesul prin care se aduc modificări asupra sistemului software pentru îmbunătățirea funcționării sistemului, ce ar putea reprezenta:
 - extinderi/adaptări/modificări ale unor funcționalități existente;
 - implementarea unor noi funcționalități în sistem.

⁵⁸ Sursa: Caiet de sarcini - achiziția de aplicații software: *Servicii de mentenanță și suport tehnic eDemos – baze de date*

Au fost încheiate contracte de mentenanță/suport tehnic atât pentru aplicațiile dezvoltate la cerere, cât și pentru aplicațiile software achiziționate pe bază de licență.

Serviciile de mentenanță pentru aplicațiile software dezvoltate la cerere se realizează astfel:

- cu personal propriu de specialitate;
- sunt asigurate pe perioada de derularea a contractului/acordului cadru sau în cadrul procesului verbal de recepție la terminarea lucrării;
- sunt asigurate pe de o parte de perioada de garanție, care este inclusă în contractul de achiziție, iar pe de altă parte, după finalizarea perioadei de garanție în funcție de specificul aplicației, autoritatea publică, de la caz la caz, putând încheia contracte de mentenanță pe diferite perioade;
- alte autorități publice nu au încheiat contracte de mentenanță, ci au apelat la achiziționarea de servicii, de asistență și de mentenanță în sistem abonament lunar.

Referitor la întreprinderile cu care autoritățile publice au încheiat contractele de mentenanță, s-a constatat faptul că, o parte dintre aceste contracte au fost încheiate:

- cu furnizorii care au realizat aplicațiile⁵⁹, perioada de mentenanță este cuprinsă între 1-5 ani și este inclusă în contractul de achiziție;
- cu alți furnizori decât cei care au dezvoltat inițial aplicațiile respective, dar care îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini (perioada de acordare a mentenanței diferă de la un contract la altul).

În considerarea celor prezentate mai sus, apreciem următoarele:

- captivitatea este un fenomen de piață generat de restricțiile de natură tehnică și legală;
- pentru evitarea captivității, autoritățile publice trebuie să prevadă în documentația de atribuire condiții clare, de preluarea a proprietății asupra codului sursă și a tuturor livrabilelor proiectului pe care să le modifice ulterior fără limitări. Astfel, va putea transfera codul sursă către un alt furnizor pentru modificări sau servicii mentenanță. Documentația de atribuire și contractul de achiziție sunt singurele instrumente aflate la îndemâna autorităților publice pentru a preveni situații de dependență/captivitate;
- captivitatea de natură tehnică nu poate fi eliminată complet, dar poate fi diminuată dacă autoritatea contractantă va derula un proces de achiziție riguros, care să includă toate livrabilele proiectului inclusiv codul sursă și va prevedea existența unui plan de transfer al cunoștințelor tehnice la finalul proiectului. Lipsa acestor informații prevăzute în documentația de atribuire va putea constitui o împiedicare a concurenței, iar furnizorul care a dezvoltat aplicația inițială va avea întotdeauna un avantaj în fața altor furnizori datorită cunoștințelor tehnice pe care le acumulează.

⁵⁹ de exemplu pentru *sistemul de identificare, înregistrare și crotaliere a animalelor* în baza contractului, derulat pe perioada contractuală de 10 ani, furnizorul care a dezvoltat aplicația asigură și mentenanța acestui sistem pe perioada contractuală.

Având în vedere că aplicațiile software dezvoltate la cerere de către terți au o aplicabilitate specifică, dezvoltate pe domeniul de activitate al fiecărei autorități publice, acestea trebuie să dețină codul sursă al aplicației pentru ce s-a dezvoltat specific. Pe baza datelor analizate, s-a constatat că nedeținerea codului sursă reprezintă o blocare a autorității contractante care este obligată să apeleze la serviciile unui unic furnizor pentru achiziționarea de produse legate de respectiva aplicație, ceea ce poate constitui o restricție a concurenței.

3.2. Captivitatea spitalelor publice în domeniul aparaturii/echipamentelor medicale și a serviciilor conexe acestora

În cadrul studiului s-a constatat că poate apărea o dependență pe termen lung a unei unități spitalicești față de un anumit furnizor sau distribuitor în urma unei proceduri de achiziție publică de echipamente/aparatură medicală și/sau de servicii conexe acestora.

Potrivit Hotărârii nr. 54/2009⁶⁰, dispozitivul medical reprezintă orice instrument, aparat, echipament, software (inclusiv software-ul), material sau alt articol, utilizate separat sau în combinație, destinat de către producător a fi folosit în scop de:

- a) diagnosticare, prevenire, monitorizare, tratament sau ameliorare a unei afecțiuni;
- b) diagnosticare, monitorizare, tratament, ameliorare sau compensare a unei leziuni sau a unui handicap;
- c) investigare, înlocuire sau modificare a anatomiei sau a unui proces fiziologic;
- d) control al concepției.

Deoarece actul medical presupune folosirea unor echipamente/aparate medicale în conformitate cu specificațiile tehnice ale producătorului, pentru asigurarea unor rezultate corecte, dependența față de un anumit furnizor se manifestă prin imposibilitatea utilizării unor piese de schimb sau consumabile achiziționate de la un alt furnizor de echipamente/aparatură medicală, din cauza incompatibilității acestora.

În general, decizia de a achiziționa un dispozitiv/echipament medical este luată de autoritatea contractantă în funcție de nevoile sale, de preț, de caracteristicile tehnice ale produsului și, uneori, de marca acestuia. De asemenea, tipurile și categoriile de produse sunt achiziționate ținând cont de lista de specialități medicale pe care le deține fiecare spital public (în funcție de natura activităților desfășurate în cadrul acestora) astfel încât să răspundă cerințelor consumatorilor.

Echipamentele și dispozitivele medicale sunt, în general, produse de înaltă tehnologie, protejate de patente și cu diferențe tehnice între categoriile de produse. Acestea sunt specializate în domenii precum radiologia, imagistica, oncologia, radioterapia,

⁶⁰ privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările și completările ulterioare.

ultrasonografie, cardiologie, terapie intensivă, stomatologie, specialități chirurgicale, oftalmologie etc.

3.2.1. Cadrul legislativ în domeniul echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora

În România, activitatea furnizorilor de echipamente, aparatură medicală, consumabile/piese de schimb și mentenanță este autorizată de către Ministerul Sănătății, prin Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale (ANMDM).

Principalele acte normative care stabilesc cadrul de reglementare pentru desfășurarea activităților specifice sectorului echipamentelor și aparaturii medicale, precum și a serviciilor conexe acestora, sunt:

- Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, republicată;
- Hotărârea Guvernului nr. 54 din 29 ianuarie 2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările și completările ulterioare;
- Ordinul Ministrului Sănătății nr. 1008/2016⁶¹ ;
- Ordinul Ministrului Sănătății nr. 196/2017⁶²;
- Regulamentul (UE) 2017/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 2017 privind dispozitivele medicale, de modificare a Directivei 2001/83/CE, a Regulamentului (CE) nr. 178/2002 și a Regulamentului (CE) nr. 1223/2009 și de abrogare a Directivelor 90/385/CEE și 93/42/CEE ale Consiliului.

ANMDM este autoritatea care asigură supravegherea pieței dispozitivelor medicale, menținerea unui nivel ridicat al performanțelor și securității dispozitivelor medicale aflate în utilizare în rețelele sanitare din întreaga țară, pentru ca serviciile medicale de orice fel și cele de reparare-întreținere a dispozitivelor medicale să se desfășoare la nivelul de calitate și competență optimă.

Prin activitatea de supraveghere a pieței, ANMDM controlează dacă dispozitivele medicale îndeplinesc cerințele reglementărilor tehnice aplicabile și dacă operatorii economici acționează, conform obligațiilor ce le revin, pentru ca produsele neconforme să fie aduse în conformitate cu cerințele reglementărilor tehnice.

Potrivit legislației în domeniu, orice persoană fizică autorizată sau persoană juridică ce desfășoară în statul ei de origine activități de comercializare, reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare dispozitive medicale trebuie să notifice ANMDM intenția de a desfășura activitatea respectivă pe teritoriul României. Pentru a putea fi înregistrați în baza de date, solicitanții trebuie să prezinte dovada autorizării lor în țara de origine și lista cu

⁶¹ pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a titlului XX din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, referitoare la avizarea activităților în domeniul dispozitivelor medicale.

⁶² privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare în anul 2017 a Hotărârii Guvernului nr. 161/2016 pentru aprobarea pachetelor de servicii și a Contractului-cadru care reglementează condițiile acordării asistenței medicale, a medicamentelor și a dispozitivelor medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2016-2017.

categoriile și tipurile de dispozitive medicale pentru care au calificarea necesară desfășurării activității, însoțită de dovada de calificare respectivă.

Furnizorii/distribuitorii de aparatură medicală trebuie să dețină un *"Aviz de funcționare"* conform emis de ANMDM, atât pentru activitatea de import, cât și pentru activitatea de distribuție. De asemenea, trebuie să aibă înscris în acest aviz numele producătorilor ai căror importatori/distribuitori sunt. Prin urmare, orice dispozitiv medical poate fi distribuit de către orice unitate care deține *"aviz de funcționare pentru activitatea de import/distribuție"* și are înscris în acesta producătorul pentru care se înregistrează ca importator sau distribuitor.

Avizul de funcționare se emite de ANMDM în conformitate cu Ordinul Ministrului Sănătății nr. 1008/2016, la solicitarea persoanelor fizice sau persoanelor juridice, pentru a putea desfășura următoarele activități în legătură cu dispozitivele medicale:

- a) import dispozitive medicale;
- b) depozitare și distribuție dispozitive medicale;
- c) reparare, mentenanță, punere în funcțiune/instalare dispozitive medicale;
- d) optica medicală-montaj/reparare ochelari conform prescripției unui specialist;
- e) protezare.

Producătorul sau reprezentantul autorizat al producătorului stabilit în România are obligația să se înregistreze la ANMDM când introduce pe piață următoarele tipuri de dispozitive medicale:

- dispozitive medicale de clasă I, inclusiv cele sterile și/sau cu funcție de măsurare⁶³;
- dispozitive medicale fabricate la comandă și dispozitive medicale implantabile active fabricate la comandă⁶⁴;
- sisteme de pachete de proceduri prevăzute la art. 29 din HG nr. 54/2009⁶⁵;
- dispozitive medicale pentru diagnostic în vitro⁶⁶.

Potrivit legislației în domeniu, pentru a fi introduse pe piață, dispozitivele medicale trebuie să poarte marcajul european de conformitate, marcaj care semnifică faptul că aceste dispozitive au fost supuse procedurii aplicabile de evaluare a conformității. În funcție de încadrarea produselor în clasele de risc, producătorul este responsabil pentru evaluarea conformității în vederea aplicării marcajului de conformitate al Comisiei Europene (CE).

⁶³Directiva 93/42/EEC privind dispozitivele medicale, transpusă în Hotărârea Guvernului nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările ulterioare.

⁶⁴Directiva 90/385/EEC privind dispozitivele medicale implantabile active, transpuse în Hotărârea Guvernului nr. 55/2009 privind dispozitivele medicale implantabile active, cu modificările ulterioare.

⁶⁵privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale.

⁶⁶Directiva 98/79/EC transpusă în Hotărârea Guvernului nr. 798/2003 privind stabilirea condițiilor de introducere pe piață și de utilizare a dispozitivelor medicale pentru diagnostic în vitro, cu modificările și completările ulterioare.

Conform legislației Uniunii Europene, dispozitivele medicale se clasifică în patru clase de risc: I (Im, Is), IIa, IIb și III. Clasa I este asociată cu risc scăzut, iar clasa III cu riscul cel mai mare.

Pentru dispozitivele medicale din clasele Is, Im, IIa, IIb și III, producătorul trebuie să se adreseze unui organism notificat pentru evaluarea conformității dispozitivului medical cu directiva de dispozitive medicale aplicabilă. Implicarea unui organism notificat nu este necesară în cazul dispozitivelor medicale de clasă I, decât dacă au funcție de măsurare sau sunt introduse pe piață în condiții de mediu steril.

Conform ANMDM⁶⁷, pentru activitatea de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare, furnizorii/distribuitorii trebuie să dețină aviz de funcționare emis de ANMDM, iar în avizul de funcționare sunt menționate în mod expres categoriile și tipurile de dispozitive medicale pentru care se execută lucrări de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare. De asemenea, executantul lucrării trebuie să specifice perioada de garanție acordată, atât pentru punerea în funcțiune, cât și pentru piesele de schimb și manopera pentru lucrările de reparare și mentenanță. În ceea ce privește consumabilele și piesele de schimb, în măsura în care acestea sunt dispozitive medicale, în avizul de funcționare emis de ANMDM trebuie să fie specificat producătorul acestora.

De asemenea, odată cu încheierea contractelor de furnizare de servicii medicale în ambulatoriu și/sau spital, furnizorii de servicii medicale de exemplu spitalele publice, cabinete medicale, centre medicale, clinici, trebuie să facă dovada că aparatura medicală deținută (echipamente și aparatură medicală) întrunește o serie de criterii tehnice⁶⁸ impuse de către Casa Națională de Asigurări de Sănătate (CNAS), printre care și autorizația din partea producătorului. Suplimentar, furnizorii/distribuitorii de aparatură și echipamente medicale, trebuie să dețină: Standardul ISO 13485 - Sistem de Managementul Calității⁶⁹; Standardul ISO 9001 - Sistem de Managementul Calității⁷⁰; Standardul ISO 14001:2004 -

⁶⁷ Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 10889/27.07.2017.

⁶⁸ Ordinul nr. 196/2017 privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare în anul 2017 a Hotărârii Guvernului nr. 161/2016 pentru aprobarea pachetelor de servicii și a Contractului-cadru care reglementează condițiile acordării asistenței medicale, a medicamentelor și a dispozitivelor medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2016-2017 în care *Furnizorii vor prezenta contract de service care să includă verificările periodice conform normelor producătorului aparatului, încheiat cu un furnizor avizat atât de Ministerul Sănătății sau Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale sau Comisia Națională pentru Controlul Activităților Nucleare, după caz, conform prevederilor legale.*

⁶⁹ standard voluntar care certifică, în vederea marcatului CE, sistemele de gestionare a dispozitivelor medicale; Această certificare internațională este utilizată pentru importul și comerțul pentru produse medicale de diagnostic în vitro, reactivi, testelor genetice, inclusiv montaj și punerea în funcțiune pentru analizoarele de diagnostic în vitro.

⁷⁰ standard care specifică cerințele generale pentru dezvoltarea, implementarea și îmbunătățirea sistemelor de management al calității, în scopul de a satisface cerințele clienților. Această certificare internațională este utilizată pentru importul, comerțul, punerea în funcțiune și realizarea mentenanței pentru dispozitivele medicale de diagnostic în vitro.

Sistem de Management de Mediu⁷¹ și Autorizația din partea producătorului (Distributor Appointment Certificate)⁷².

3.2.2. Considerații generale privind domeniul echipamentelor și aparaturii medicale

Evoluția pieței echipamentelor/aparaturii medicale este influențată de fiecare din piețele care o cuprind, respectiv furnizare echipamente/aparatură medicală și servicii conexe acestora (asigurarea consumabilelor și pieselor de schimb, servicii de asistență tehnică, mentenanță pentru aceste echipamente), rezultând o multitudine de posibile segmente ale acestor piețe.

Conform clasificării realizate de către Asociația Europeană de Comerț MedTech Europe, din punct de vedere al performanțelor și al domeniului de specialitate, aparatura și echipamentele medicale, se grupează în⁷³:

- dispozitive medicale pentru ATI - exemple: aparate de anestezie, aparate de ventilație pulmonară, defibrilatoare, incubatoare nou-născuți, monitoare funcții vitale, mese de terapie intensivă, unitate mobilă de aspirație, paturi terapie intensivă;
- dispozitive medicale pentru uz general spitalicesc - exemple: paturi electrohidraulice, sterilizatoare cu abur/aer cald, tărgi;
- dispozitive medicale reutilizabile pentru chirurgie exemple: mese de operație, lămpi operație, aspiratoare chirurgicale, reflector cu picior, dispozitive pentru laparoscopie, echipamente de electrochirurgie;
- dispozitive medicale pentru diagnostic în vitro - exemple: analizoare de hematologie, biochimie, urină, electroforeză, microscop de laborator, termostate, centrifugi, coagulometre;
- dispozitive medicale electromecanice:
 - ✓ diagnostic explorări funcționale - exemple: EKG, EEG, EMG, ecografie, audiometrie, dispozitive pentru endoscopie, dispozitive pentru testare efort;
 - ✓ terapie cu aerosoli: cu ultrasunete, cu unde, cu curenți, cu microunde, cu vacuum, băi galvanice, biciclete ergonomice, magneto-terapie.
- dispozitive medicale pentru stomatologie - exemple: fotoliu dentar, compresor dentar, aparat detartraj etc;
- dispozitive medicale pentru optica și oftalmologie - exemple: frontometre, tonometre, keratometre, instrumente pentru testări oftalmologice, lămpi cu fantă;
- dispozitive medicale pentru imagistică medicală: - de exemplu: RMN;

⁷¹standard utilizat pentru importul, comerțul, testarea, punerea în funcțiune și realizarea mentenanței pentru dispozitivele medicale de diagnostic în vitro.

⁷² Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 12912/21.09.2017.

⁷³Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 12912/21.09.2017, AFPM este membră a Asociației Europene care reprezintă producătorii de dispozitive medicale care operează în Europa.

- dispozitive medicale pentru diagnostic și tratament cu radiații ionizate: - de exemplu: CT, accelerator liniar, RX (conform autorizații).

Din punct de vedere al structurii pieței pe categorii de produse și servicii, există o multitudine de posibile segmente ale pieței de furnizare de echipamente și aparatură medicală.

Aceste piețe sunt strâns legate între ele, iar achiziția de consumabile/piese de schimb, servicii de asistență tehnică și mentenanță depinde de achiziția echipamentelor/aparaturii medicale. Astfel, fiecare domeniu de specialitate poate fi considerat un segment de piață.

Categoriile de echipamente/aparatură medicală sunt în general variate pe piața din România și rămâne la latitudinea spitalului alegerea soluțiilor optime, conform propriilor sale criterii specificate în caietele de sarcini cu ocazia organizării procedurilor de achiziție publică. Specificațiile tehnice se referă la îndeplinirea anumitor parametri tehnici de către echipamentele și aparatura medicală care urmează a fi achiziționată, astfel încât să asigure servicii medicale de înaltă calitate și corectitudine.

Echipamentele și aparatura medicală considerate de înaltă tehnologie și complexitate impun, în unele cazuri, condiții speciale de instalare și necesită consultanță și asistență tehnică la vânzare, și în special la post-vânzare, în perioada de garanție și post-garanție. Acestea sunt echipamente care folosesc, în general, piese de schimb originale conform specificațiile tehnice date de producător, cum ar fi analizoarele, echipamentele de rezonanță magnetică (RMN) și imagistica nucleară, echipamente de radiologie radiografiile cu raze X, computerul tomograf (CT)⁷⁴, ecografia cu ultrasunete. Aceste tipuri de aparate medicale sunt denumite uzual drept dispozitive medicale în sistem închis și presupun utilizarea de consumabile și piese de schimb originale. De asemenea, sunt utilizate și dispozitive medicale în sistem deschis, care folosesc consumabile și piese de schimb realizate și de alți producători (piese compatibile)⁷⁵.

Pentru echipamentele achiziționate de către spitalele publice furnizorii/distribuitorii asigură, în general, suport personalului de specialitate și cursuri de specializare efectuate la sediul producătorilor/furnizorilor.

Astfel, structura și mărimea pieței se poate modifica de la un an la altul, în funcție de contractele atribuite și de fondurile alocate atât de la bugetul de stat, cât și din fonduri europene pentru achiziția de echipamente și aparatură medicală. Prin urmare, piața furnizării echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora (consumabile/piese de schimb și service/mentenanță) are o tendință constantă de creștere, însă prezența unor bariere la intrare pot conduce la fluctuații. Oscilațiile pot fi date și de alocările bugetare mai mari sau mai mici din bugetul de stat precum și de accesarea de fonduri europene, ținând cont de necesitățile fiecărei unități spitalicești.

⁷⁴ este necesară autorizarea de către Comisia Națională pentru Controlul Activităților Nucleare pentru achiziția echipamentelor care utilizează tehnologii nucleare sau raze X.

⁷⁵ potrivit informațiilor transmise de AFPM.

Spitalele publice utilizează procedurile de achiziție publică pentru a obține echipamentele și aparatura medicală necesare. Tipurile de proceduri de achiziție publică folosite de către spitalele publice sunt alese în funcție de valoarea estimată a contractului care urmează să fie atribuit și ținând cont de pragul valoric în vigoare la momentul derulării procedurii. În funcție de valoarea estimată a echipamentelor/aparaturii medicale, pentru achiziționarea acestora, spitalele au utilizat atât licitație deschisă, cerere de ofertă, negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, cât și achizițiile directe prin publicarea invitației de participare în SEAP.

Există și cazuri în care unele dintre echipamentele/aparatura medicală folosite de anumite spitale sunt puse la dispoziție prin contracte de comodat, acte de donație sau folosință gratuită sau sponsorizare de către întreprinderile care desfășoară activități de furnizare (producție/ distribuție echipamente medicale).

3.2.3. Analiza cauză-efect

Cel mai des întâlnite efecte de blocare sunt cele care implică utilizarea exclusivă a unor mărci de produse în cuprinsul documentelor folosite în cadrul procedurilor de achiziție publică, precum și cererile de compatibilitate cu sisteme similare ale unui număr foarte restrâns de furnizori.

Spitalele publice, odată ce au achiziționat echipamente și aparatură medicală, devin dependente pentru unele dintre aceste produse de furnizorii acestora în legătură cu servicii de mentenanță, deopotrivă în perioada de garanție, dar mai ales în perioada de post garanție. Spre exemplu, spitalele devin captive unui anumit furnizor, neputând să folosească piese de schimb sau consumabile de la un alt echipament sau aparat medical, din cauza incompatibilității acestora.

Având în vedere durata de funcționare relativ mare a unor echipamente/aparatură medicală, spitalele publice se găsesc în situația în care, la momentul organizării unor proceduri de achiziție publică pentru atribuirea unor contracte de service sau piese de schimb, se prezintă un singur ofertant, întrucât pentru aceste tipuri de echipamente nu există decât un singur furnizor de servicii de mentenanță, iar piesele de schimb nu pot fi utilizate decât de cei care au furnizat aparatura medicală. Astfel, spitalele se pot confrunta cu o lipsă a concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Blocarea de către furnizori este o situație în care un client, care utilizează un produs sau un serviciu, nu poate trece cu ușurință la produsul sau serviciul unui furnizor concurent. Acest lucru este, de obicei, rezultatul utilizării tehnologiilor proprietare care sunt incompatibile cu tehnologiile concurenților.

Furnizorii sunt și ei afectați și au nevoie de instrumente flexibile și ușor de utilizat care să faciliteze cât mai mult posibil un mediu transparent și competitiv al contractelor, pentru a garanta un raport bun calitate preț. Participarea cât mai mare a operatorilor economici în

procesul de achiziție publică ar fi posibilă prin conceperea unor specificații tehnice în caietele de sarcini care să fie accesibile mai multor furnizori/distribuitori.

3.2.3.1. Factorii care determină captivitatea

La nivelul spitalelor publice, există mai multe cauze, care conduc la apariția fenomenului de captivitate.

- specificul activității medicale, care presupune o specializare foarte mare a tipului de aparatură utilizat;
- gradul înalt de inovare în domeniu, caracteristicile aparaturii medicale fiind supuse permanent unor îmbunătățiri;
- nominalizarea anumitor mărci și specificații tehnice pe care numai anumiți furnizori și distribuitori le pot oferi;
- dificultăți în elaborarea în mod complet, corect și precis a documentației de atribuire cu privire la cerințele achiziției și obiectul contractului, fapt ce ar putea atrage după sine introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici;
- existența unui singur ofertant pentru furnizarea de piese de schimb/consumabile și pentru asigurarea mentenanței, aspect ce îngreunează organizarea unei proceduri de achiziție publică pentru service, piese de schimb și consumabile.

➤ Analiza cost/beneficiu

În momentul în care spitalele publice decid să facă o achiziție de echipamente/aparatură medicală se ține seama de performanța dispozitivului care urmează să fie achiziționat, de costurile acestui produs în perioada următoare de post garanție, precum și piesele de schimb și consumabilele pe care trebuie să le folosească. Altfel, spitalele publice devin dependente de un anumit furnizor. De asemenea, este important ca spitalele publice să evalueze dacă alegerea produsului primar (la momentul achiziției publice) se bazează în principal pe preț sau pe alte caracteristici tehnice sau chiar pe efectele cunoscute în piață despre respectivul echipament medical. Spitalele publice ar trebui să evalueze dacă costul relativ al produselor în perioada post-garanție este sau nu semnificativ în comparație cu prețul cu care au achiziționat produsul respectiv și dacă există alternative sau produse substituibile în piață. Prin urmare, este puțin probabil ca un furnizor să crească prețul produsului secundar (piesele de schimb și consumabilele etc) dacă spitalul face alegerea produsului principal și în funcție de prețul produsului secundar. În această situație, producătorul/furnizorul produsului principal nu poate exercita putere de piață pe piața produsului secundar (post-garanție) și, în consecință, între cele două piețe există o strânsă legătură.

3.2.4. Efectele captivității în domeniul achizițiilor de echipamente/aparatură medicală și a serviciilor conexe acestora

Așa cum am precizat în cuprinsul studiului, piața furnizării de echipamente/aparatură medicală și servicii conexe acestora cuprinde un portofoliu vast de produse și servicii care au o multitudine de posibile segmente ale pieței derivate din aceste categorii de activități identificate⁷⁶.

Serviciile conexe cuprind consumabile/piese de schimb, reparare, mentenanță și asistență tehnică aferente acestor echipamente și aparatură medicală⁷⁷.

Structura pieței furnizării de echipamente/aparatură medicală și servicii conexe acestora este determinată de reglementările din domeniu, atât din punct de vedere al accesului pe piață (realizată prin proceduri de achiziție publică), cât și din punct de vedere al condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească aceste întreprinderi.

Cererea furnizării de echipamente/aparatură medicală și servicii conexe acestora este dată de spitalele publice, clinicile medicale, clinicile de diagnostic, cabinete ale medicilor de familie, spitalele private, cabinetele și clinicile medicale private, iar oferta este asigurată de furnizori și distribuitori, atât din țară, cât și din străinătate.

Deși există unele bariere la intrare pe piață, în special prin condițiile de eligibilitate impuse de autoritățile contractante prin documentația de atribuire, având în vedere diversitatea cererii, ca valoare și complexitate, oferta are posibilitatea de a se orienta spre mai multe piețe.

Pentru a comercializa aceste echipamente/aparatură medicală furnizorii/distribuitorii trebuie să dețină anumite avize și autorizații. Astfel, pentru activitatea de reparare, mentenanță, punere în funcțiune/instalare, furnizorii/distribuitorii trebuie să dețină aviz de funcționare emis de ANMDM. Avizul de funcționare se emite de ANMDM pentru întreprinderile care au capacitatea, demonstrată în urma evaluării, de a realiza activități de reparare, mentenanță și instalare/funcționare a diferitelor categorii și grupe de dispozitive medicale. Pentru lucrările efectuate, executantul trebuie să specifice perioada de garanție acordată, atât pentru punerea în funcțiune/instalare, cât și pentru piesele de schimb și mentenanță. Totodată aceste întreprinderi trebuie să dețină manuale de service emise de producătorii respectivelor produse și să aibă instruire corespunzătoare, efectuată de producători sau reprezentanții acestora (distribuitori), după caz.

⁷⁶ Spre exemplu lista activităților desfășurate în funcție de competența spitalelor în domenii precum: anestezie și terapie intensivă; boli infecțioase; cardiologie; dermatovenerologie; diabet zaharat, nutriție și boli metabolice; endocrinologie; gastroenterologie; hematologie; medicină de urgență; medicină internă; nefrologie; neonatologie; neurologie; oncologie medicală; pediatrie; pneumologie; psihiatrie; recuperare, medicină fizică și balneologie; reumatologie; chirurgie cardiovasculară; chirurgie generală; chirurgie orală și maxilo-facială; chirurgie pediatrică; chirurgie plastică - microchirurgie reconstructivă; chirurgie toracică; chirurgie vasculară; neurochirurgie; obstetrică-ginecologie; oftalmologie; ortopedie și traumatologie; otorinolaringologie; urologie; anatomie patologică; medicină de laborator; radiologie, imagistică medicală.

⁷⁷În identificarea pieței s-a ținut cont și de practica Consiliului Concurenței, respectiv Decizia Consiliului Concurenței nr. 4 din 16.02.2016 - preluarea controlului unic direct asupra Gadagroup România SRL de către S&T AG

Conform informațiilor furnizate de ANMDM⁷⁸, la nivel național există un număr de 13 producători de echipamente și aparatură medicală, cu sediul în România [....].

Pe această piață sunt prezenți marii producători internaționali⁷⁹, cum ar fi: Siemens Healthcare S.A.S., Toshiba Medical Systems Corporation, Philips Healthcare Group, Edwards Lifesciences Corp, GE Healthcare (Subsidiary of General Electric Co.), General Electric Co., Varian Medical Systems Inc., B Braun Medical Inc., Beckman Coulter Inc., Olympus Medical Systems Corp., Aesculap AG & Co., Carl Zeiss Jena GmbH, Getinge International AB, Getinge Group South East Europe D.O.O., Fresenius Medical Care Deutschland GmbH., Hill-Rom, Inc., Stryker Corp., Drager's Industries, Inc. etc. [.....].

Aceștia, în unele cazuri, sunt prezenți prin intermediul unor distribuitori naționali, spre exemplu: Siemens SRL, GadaGroup România SRL, General Electric Medical Systems SRL, Carl Zeiss Instruments SRL, Varinak Europe SRL, Medrom Medical Systems SRL, Medicare Technics SRL, Drager Medical România SRL, Mediserv SRL, Karl Storz Endoscopia SRL, Stryker România SRL, Toshiba Medical Systems SRL, Fresenius Kabi România SRL, Fresenius Medical Care SRL, Sterisystems SRL, Tehno Electro Medical Company SRL, BTL România Aparatură Medicală SRL, Medist Imaging & POC SRL, Cortech Med SRL etc.

Mare parte din furnizorii de echipamente și aparatură medicală desfășoară și activitatea de reparare, mentenanță și instalare/punere în funcțiune. De asemenea, la nivel național există un număr de 353 de întreprinderi avizate de ANMDM să desfășoare activități de reparare, mentenanță și instalare/punere în funcțiune a diferitelor categorii și grupe de dispozitive medicale. [....].

Pe această piață, spitalele publice funcționează în calitate de autorități contractante, care organizează proceduri de achiziție publică în conformitate cu prevederile incidente în domeniul achizițiilor publice.

Cererea este lansată de către spitalele publice în calitate de autorități contractante, care în funcție de necesitatea obiectivă stabilită, o definesc prin documentația de atribuire⁸⁰, stabilind anumite criterii de calificare și selecție pe care întreprinderile participante trebuie să le îndeplinească.

Oferta este reprezentată de totalitatea întreprinderilor specializate care îndeplinesc criteriile de calificare și selecție stabilite de spitalele publice prin documentațiile de atribuire și care își manifestă intenția de a participa la respectivele proceduri de achiziție publică.

Întreprinderile specializate care au îndeplinit cerințele din caietul de sarcini sunt⁸¹: [...]

Pornind de la obiectivul studiului, respectiv analiza din punct de vedere concurențial al efectului de lock-in în achiziții publice de echipamente/aparatură medicală,

⁷⁸ Adresa înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG 14080/18.10.2017.

⁷⁹ <http://www.medtecheurope.org/corporate-members>.

⁸⁰ În conformitate cu legislația în domeniul achizițiilor publice.

⁸¹ Sursa: Informații furnizate de autoritățile publice.

consumabile/piese de schimb și servicii de mentenanță (service), s-a constatat că spitalele organizează proceduri de achiziție publică pentru achiziția de:

- echipamente/aparatură medicală;
- consumabile/piese de schimb pentru aparatura existentă cu scopul de a înlocui ceva existent deja și uzat;
- servicii de reparare și întreținere (service-ul).

Analiza a avut la bază solicitarea unor informații sub forma unor chestionare transmise autorităților contractante cu privire la:

i. contractele de service intra și post-garanție încheiate pentru echipamentele/aparatura medicală achiziționată;

ii. contractele de service intra și post-garanție încheiate sunt impuse de furnizorii respectivelor echipamente/aparatură medicală sau se poate opta și pentru alți furnizori;

iii. condițiile comerciale de acordarea a unei perioade de garanție extinsă asupra produselor achiziționate;

iv. consumabilele și piesele de schimb achiziționate pentru echipamente/aparatură medicală

v. existența unor limitări de natură tehnică în procesul de achiziție

vi. dificultăți întâmpinate de spitalele publice în procesul de achiziție publică, respectiv elaborarea caietelor de sarcini în contextul unui efect de captivitate în raport cu furnizorii de echipamente/aparatură medicală

Din datele și informațiile primite de la un număr de 63 de spitale publice, au rezultat următoarele:

i. Contractele de service intra și post-garanție pentru echipamentele/aparatura medicală achiziționată

Spitalele publice au încheiate pentru echipamentele/aparatura medicală achiziționată, atât contracte de service intra-garanție, cât și contracte de service post-garanție.

➤ Contractele de service intra-garanție

Service-ul intra-garanție este asigurat în baza contractului/acordului cadru de achiziție încheiat de spitale cu furnizorii. De obicei, furnizorii de echipamente/aparatură medicală sunt obligați, prin contractul de achiziție încheiat inițial, să asigure service intra-garanție pe toată perioada derulării contractului. În situația încheierii unui contract intra-garanție cu o altă firmă decât cea furnizoare de echipamente, pe lângă faptul că aceasta ar fi contra cost, s-ar pierde și certificatul de garanție al echipamentului. De asemenea, service-ul intra-garanție a fost acordat în mod gratuit ca o condiție impusă de spitale prin documentația de atribuire și contractul de achiziție (furnizarea echipamentului/aparaturii medicale) pe toată perioada de garanție a produsului. Pentru lucrările efectuate, întreprinderile trebuie să specifice perioada de garanție acordată, atât pentru lucrările de punere în funcțiune/instalare, mentenanță

(service), cât și pentru piesele de schimb, în funcție de tipul și categoria echipamentului/aparaturii medicale achiziționate.

➤ Contractele de service post-garanție

Contractele de service post-garanție sunt încheiate pe perioade determinate de existența fondurilor bugetare alocate și la care pot participa toți operatorii economici cu specific pe acest segment de piață. De obicei, pentru contractele de service post-garanție, s-au demarat proceduri de achiziție publică în conformitate cu legislația în domeniul achizițiilor publice în vigoare la momentul respectiv. În unele cazuri, spitalele au achiziționat direct aceste servicii, respectând condițiile prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor publice în ceea ce privește pragul valoric și consultarea catalogului on line, prin intermediul SEAP.

În ceea ce privește contractele de service post-garanție, au fost identificate următoarele situații:

- contractele de service post-garanție sunt încheiate la finalul perioadei de garanție, echipamentul trebuie să fie inclus într-o procedură de atribuire pentru service la care participă și alți furnizori, care îndeplinesc cerințele din documentația de atribuire; oricare furnizor care desfășoară astfel de servicii și care deține autorizații pentru asigurarea service-ului poate participa la procedură; service-ul post-garanție este asigurat de către operatorii avizați de Ministerul Sănătății prin ANMDM pentru efectuarea de service pentru respectivele categorii și tipuri de produse;
- contractele de service post-garanție sunt încheiate atât cu furnizorii de echipamente/aparatură medicală, cât și cu alți furnizori, alții decât cei ai respectivelor echipamente, cu condiția ca în avizul de funcționare pe care îl deține să se specifice pentru ce categorii și tipuri de dispozitive medicale furnizorul poate acorda service-ul/mentenanța. În unele cazuri, producătorii oferă exclusivitate unor anumiți distribuitori/prestatori de servicii. Astfel, spitalele în momentul în care demarează o procedura de atribuire a unor contracte de service prin SEAP se găsesc în situația în care la această procedură se prezintă un singur ofertant.

Au fost și cazuri în care, din considerente financiare, spitalul⁸² nu a reușit să încheie contracte de service post-garanție și astfel defectele survenite pe parcursul utilizării echipamentelor medicale au fost rezolvate prin transmiterea unei note de comandă sau a unui proces verbal către operatorii autorizați de producător să instaleze și să repare echipamentul în cauză.

Alte spitale au încheiat contracte de post-garanție la cerere sau cu abonament lunar/aparat cu respectarea avizului de funcționare de la Ministerul Sănătății ANMDM în care să se specifice pentru ce categorii și tipuri de echipament/aparatură medicală furnizorul poate acorda service-ul/mentenanța.

⁸² [...]

ii. Condiții impuse prin contractele de service intra- și post-garanție de furnizorii respectivelor echipamente/aparatură medicală

Din analiza informațiilor transmise de către spitale privind *existența unor condiții impuse prin contractele de service intra și post-garanție* de furnizorii respectivelor echipamente/aparatură medicală, a reieșit faptul că aceste contracte nu sunt impuse de furnizorii respectivelor echipamente, însă acestea trebuie să fie încheiate cu prestatorii care sunt autorizați să efectueze service pentru respectivele echipamente (atât cu același furnizor, dar și cu alți furnizori decât cei ai respectivelor echipamente). Important este ca firmele să fie autorizate să presteze servicii pe respectivele modele de aparatură. În avizul de funcționare trebuie să se specifice pentru ce tip de echipament/aparat medical furnizorul poate acorda service-ul/mentenanță (garanția acordată este stipulată în caietul de sarcini și contract în funcție de tipul de aparat achiziționat).

În procesul de achiziție publică în vederea atribuirii contractelor de service, există anumite situații care conduc la efectul de captivitate, precum:

- numai furnizorul aparatului respectiv a îndeplinit cerințele impuse de spital prin caietul de sarcini⁸³;
- contractele post garanție nu sunt impuse, dar spitalele publice, neîncheind contracte de service post-garanție cu furnizorii de aparatură medicală, riscă să nu poată folosi aparatura respectivă ca urmare a apariției unor defecțiuni, deoarece piesele de schimb nu pot fi furnizate decât de către cei care au furnizat aparatura medicală⁸⁴;
- pentru anumite tipuri de echipamente nu există decât un singur furnizor de servicii de mentenanță⁸⁵;
- există furnizori care, după expirarea perioadei de garanție, solicită încheierea contractelor post-garanție, datorită faptului că prezintă documente prin care sunt reprezentanți exclusivi în România pentru echipamentele respective⁸⁶;
- în unele cazuri există exclusivitate din partea producătorului pentru anumiți distribuitori/prestatori de servicii. Service-ul este efectuat de către furnizorul echipamentului medical sau de către o altă firmă autorizată de acesta⁸⁷. De asemenea, pentru echipamentele/aparatura medicală oferite de furnizori cu clauze de garanție, dacă se intervine cu personal neautorizat, furnizorul prevede explicit, în certificatul de garanție, pierderea acestui serviciu.

⁸³spre exemplu Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia

⁸⁴ spre exemplu de Spitalul Județean de Urgență Bacău

⁸⁵spre exemplu: Spitalul Clinic Filantropia: [...]

⁸⁶spre exemplu de Spitalul Județean de Urgență Tg-Jiu, jud. Gorj: [...].

⁸⁷spre exemplu: Spitalul Județean Mavromăți Botoșani și Spitalul Județean de Urgență Zalău, județul Sălaj [...].

iii. Condițiile comerciale de acordarea a unei perioade de garanție extinsă asupra produselor achiziționate

Garanția extinsă este acordată de furnizor cu acordul producătorului și aceasta determină o creștere a prețului de achiziție pentru respectivele echipamente/aparatură medicală. Garanția extinsă se acordă doar pentru anumite defecțiuni și nu include operațiunile de curățire, întreținere sau asistență tehnică, cu excepția situațiilor în care este precizat astfel într-un contract de service separat.

Unele spitale, din motive financiare, nu au reușit să încheie contracte de service post-garanție, iar în cadrul procedurilor de achiziție de echipamente medicale au solicitat prin documentația de atribuire garanții extinse spre exemplu: angiograf complex pentru organe periferice și cord cu modul training 36 luni și endoscop 24 luni, piese de schimb pentru computer tomograf. De asemenea, în cazul proiectelor cu finanțare europeană, pentru produsele achiziționate prin acest proiect, spitalele publice dispun de garanție extinsă pe o perioadă de 5 ani.

iv. Consumabilele/piese de schimb achiziționate pentru echipamente/aparatură medicală

Din datele colectate, a rezultat o serie de aspecte care aduc în atenție unele dificultăți întâmpinate de spitalele publice în achiziția pieselor de schimb și consumabilelor pentru echipamentele și aparatura medicală, precum:

- Producătorul echipamentelor/aparaturii medicale nu garantează în general funcționarea și obținerea unor rezultate corecte decât dacă sunt folosite consumabile/piese de schimb originale sau compatibile în conformitate cu specificațiile tehnice ale respectivului produs. Un consumabil original sau compatibil este acela care este de regulă realizat de către întreprinderea producătoare a dispozitivului medical sau de către întreprinderea care a obținut dreptul de fabricare/distribuire al acestora de la producător;
- Piese de schimb/consumabilele și serviciile aferente sunt achiziționate prin proceduri de achiziție publică din catalogul de produse/servicii/lucrări din SEAP, la care participă furnizorii ale căror produse îndeplinesc caracteristicile tehnice solicitate de spitale în documentația de atribuire, iar furnizorii/distribuitorii trebuie să fie autorizate să presteze servicii pentru respectivele modele de aparatură, atât de producător, cât și de ANMDM. De asemenea, în cazul în care valoarea estimată a contractului este sub plafonul stabilit de legislația în domeniul achizițiilor publice, spitalele folosesc pentru atribuirea unor contracte de lucrări/servicii și achizițiile directe.
- Sunt situații în care piesele de schimb necesare sunt asigurate de către firmele cu care au încheiat contracte de service, dar și cazuri în care firmele furnizoare de aparatură medicală asigură de regulă piesele de schimb compatibile aparatelor;

- Furnizorul de consumabile/piese de schimb pentru echipamente/aparatură medicală achiziționate depinde de tipul consumabilelor și pieselor de schimb folosite de aceste aparate medicale. Sunt situații în care consumabilele și piesele de schimb pentru aparatura medicală sunt livrate de către furnizorul aparatului și situații în care consumabilele sunt livrate de alți furnizori⁸⁸. De exemplu, dacă este nevoie de o piesă standard cum ar fi detector, cablu, bec etc., care este distribuit de mai multe întreprinderi, atunci achiziția se realizează printr-o procedură de achiziție publică la care pot participa atât furnizori ai echipamentelor/aparaturii medicale, cât și alți furnizori specializați. Prin urmare, consumabilele nu sunt furnizate exclusiv de către același furnizor, excepție fac acele consumabile/piese de schimb pentru care nu există compatibilitate de conectare la echipamentul de bază. Astfel, situația devine mai complexă în cazul consumabilelor/pieselor de schimb specifice producătorului de la care s-a realizat achiziția, iar acel producător al echipamentului medical respectiv nu asigură dreptul de comercializare decât unor furnizori agreeți de acesta. Spre exemplu, în cazul consumabilelor pentru aparatura de înaltă performanță de exemplu radiologie radiografiile cu raze X, rezonanță magnetică (RMN), computerul tomograf (CT), furnizorii au exclusivitate pentru piesele de origine. De asemenea, pentru aparatura de radioterapie/radiologie spitalele au achiziționat și consumabilele de la aceiași operatori economici care au furnizat echipamentul și care oferă și partea de service, dar consumabilele sunt foarte scumpe. Aceasta ar putea fi considerată o situație de captivitate în sensul că aceste consumabile sunt foarte scumpe, trebuie înlocuite într-o perioadă de timp scurtă (exemplu: tub magnetron, placă circuit, acceleratoare 2D, 3D);
- Furnizorul echipamentului/aparatului medical nu a putut asigura consumabilele/piesele de schimb respective, iar spitalul a achiziționat de la alți furnizori care au consumabile/piese de schimb compatibile cu aparatul respectiv, fără a exista consecințe în relația cu firma de service. Dacă furnizorul consumabilelor sau a pieselor de schimb este diferit de furnizorul aparatului, atunci se cer mostre sau garanții suplimentare pentru a nu se ajunge în situația de a nu putea utiliza aparatura medicală;
- Cele mai multe consumabile sunt pentru aparatura de laborator (reactivi). Unele spitale au precizat faptul că, acești reactivi achiziționați de la alți furnizori nu corespund cerințelor de funcționare ale aparatului, ducând la rezultate eronate sau la nefuncționarea acestuia, fapt care ar genera costuri suplimentare, responsabilitatea pentru funcționarea necorespunzătoare revenind exclusiv spitalului.

⁸⁸[...]

v. Existența unor limitări de natură tehnică în procesul de achiziție publică în vederea achiziționării consumabilelor sau pieselor de schimb necesare pentru utilizarea echipamentelor medicală

O limitare din punct de vedere tehnic o reprezintă imposibilitatea achiziționării pieselor de schimb pentru aparatele care au ajuns în situația în care producătorul nu mai produce piesele respective.

Au existat situații în care piesele de schimb pentru anumite aparate nu au putut fi achiziționate de la furnizorul de service. De asemenea, au fost cazuri în care a fost dificilă achiziționarea unor piese de schimb, deoarece unele aparate sunt vechi și nu se mai fabrică modelul respectiv. Imposibilitatea achiziționării pieselor de schimb pentru aparatele care au ajuns în situația *END-OF-SERVICE* - producătorul aparatului nu mai produce piesele respective. În unele cazuri, nu există posibilitatea de a alege consumabilele și piesele de schimb de la alte întreprinderi în afara producătorului. Anumite consumabile sunt specifice aparatului și nu sunt fabricate decât de producătorul acestuia.

vi. Dificultăți întâmpinate de spitale în procesul de achiziție publică, respectiv elaborarea caietului de sarcini în contextul unui efect de captivitate în raport cu furnizorii de echipamente/aparatură medicală

Principalele dificultăți întâmpinate în procesul de achiziție de echipamente/aparatură medicală, consumabilele/piese de schimb și mentenanță sunt reprezentate de întocmirea specificațiilor tehnice din caietul de sarcini. În elaborarea documentației de atribuire, spitalele trebuie să elaboreze specificațiile tehnice în așa manieră încât să permită accesul tuturor operatorilor economici care îndeplinesc cerințele la procedura respectivă.

Dificultăți întâmpinate în procesul de achiziționare, respectiv elaborarea documentației de atribuire, în contextul unui efect de captivitate în raport cu furnizorii de aparatură/echipamente, sunt:

- obținerea prețurilor reale ale aparatelor și a specificațiilor tehnice;
- detalii tehnice specifice ariei de utilizare a echipamentului;
- lipsa concurenței atâta timp cât autoritatea contractantă demarează o procedură de achiziție publică în SEAP și la care participă un singur ofertant;
- lipsa de specialiști în domeniul tehnic și tehnico-medical face de multe ori ca spitalele publice să se afle în imposibilitatea de a aprecia corect performanțele tehnice ale aparaturii medicale în vederea întocmirii caietelor de sarcini, astfel încât să permită participarea neîngrădită a tuturor operatorilor economici la procedură, dar să respecte și necesitate autorității contractante, astfel încât să se obțină cel mai bun preț pentru calitatea dorită;
- întârzierile înregistrate în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică, datorită interpretărilor diferite ale unor aspecte legislative ale achizițiilor publice de către reprezentanții organismelor desemnate cu rol în monitorizare și control;

- în general, atunci când se efectuează achiziționarea unui echipament medical, spitalele doresc ca acesta să fie de ultimă generație și, de calitate superioară, pentru a asigura performanțe maxime un timp cât mai îndelungat. Prelungirea duratei de desfășurare a procedurii de achiziție publică mărește riscul pierderii financiare.

Ținând cont de cele de mai sus, apreciem următoarele:

- actul medical presupune folosirea unor echipamente și aparate medicale în conformitate cu specificațiile tehnice ale producătorului pentru asigurarea rezultatelor. Producătorul echipamentelor/aparaturii medicale garantează obținerea de rezultate dacă sunt folosite consumabile și piese de schimb originale (reactivi de laborator, analizoare etc) sau, uneori, compatibile cu caracteristicile tehnice ale produselor respective. Documentația tehnică a producătorului de echipamente/aparatură medicală conține informații privind piesele de schimb originale/de uz general necesare activității de reparare;
- pentru piesele de schimb pentru aparatura medicală considerată de înaltă performanță, spre exemplu aparatele de radiologie radiografiile cu raze X, computerul tomograf (CT), rezonanța magnetică (RMN), întreprinderile furnizoare au exclusivitate pentru piesele de origine. Aceste produse sunt foarte scumpe și trebuie să fie înlocuite într-o perioadă de timp scurtă.
- în cazul în care se utilizează consumabile achiziționate de la alți furnizori, echipamentele/aparatura medicală se poate defecta, responsabilitatea pentru funcționarea necorespunzătoare a acestuia revenind în exclusivitate autorității contractante. De asemenea, service-ul echipamentului/aparatului medical se asigură în general de către producător sau de întreprinderile agreate de producător, autorizate să desfășoare service pe respectivele categorii/tipuri de echipamente/aparate medicale;
- piesele de schimb necesare activităților recurente din spitale sunt asigurate de către firmele cu care s-au încheiat contractele de service, firmele furnizoare de aparatură medicală asigurând de regulă piesele de schimb compatibile aparatelor;
- piesele de schimb/consumabilele/mentenanța/service-ul sunt achiziționate prin proceduri de achiziție publică ori din catalogul de produse/servicii/lucrări din SEAP, ori prin achiziții directe, la care participă furnizorii ale căror produse îndeplinesc caracteristicile tehnice solicitate de spitale prin documentația de atribuire. Aceste întreprinderi trebuie să fie autorizate să furnizeze piese de schimb compatibile aparatelor și să presteze servicii de service pentru respectivele modele de aparatură;
- lipsa concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică organizate de spitale în vederea atribuirii contractelor de aparatură medicală sau service.

4. EVITAREA FENOMENULUI DE CAPTIVITATE

CONCLUZII ȘI RECOMANDĂRI

Din analiza efectuată în cadrul prezentului studiu s-au desprins o serie de concluzii care, deși nu acoperă integral domeniul și problemele cu care se confruntă autoritățile publice, sintetizează o parte importantă a aspectelor care caracterizează efectul de captivitate în achiziții publice.

Concluzii în domeniul IT (aplicații software dezvoltate la cerere)

➤ *Blocajele în domeniul IT*

De cele mai multe ori blocajele în domeniul IT sunt induse de includerea unor trimiteri la marca sistemului existent în documentațiile de atribuire aferente contractelor pentru achiziționarea de licențe și componente noi legate de sistem, precum și absența codului sursă. De asemenea, autorităților publice sunt obligate să apeleze la serviciile unui furnizor unic pentru achiziționarea de produse legate de sistemul existent deoarece informațiile esențiale cu privire la acest sistem sunt cunoscute, de multe ori, doar de către respectivul furnizor.

Principalele dificultăți în procesul de achiziție sunt reprezentate de întocmirea specificațiilor tehnice prevăzute de documentația tehnică. Pentru creșterea nivelului de concurență în cadrul procedurilor de achiziție publică, autoritățile publice trebui să se asigure că procesul de achiziție este realizat de persoane cu pregătire de specialitate, iar specificațiile tehnice din documentația de atribuire trebuie să permită accesul egal al operatorilor economici la respectivele proceduri și să nu creeze obstacole nejustificate în calea concurenței.

De asemenea, la începutul demarării procesului de achiziție publică autoritatea contractantă trebuie să prevadă condiții clare în documentația de atribuire pentru a evita captivitatea legală (accesul la codul sursă al aplicației și opțiunea licențierii fără limitări a soluției). Documentația de atribuire și contractul de achiziție sunt instrumentele principale de protecție ale autorităților contractante. Astfel, autoritățile contractante trebuie să deruleze un proces de achiziție riguros prin care să se asigure licențierea fără limitări a tuturor livrabilelor proiectului cu transfer al codului sursă și cu posibilitatea modificării ulterioare de către beneficiar fără restricții. În plus, la încheierea contractului de achiziție, autoritatea contractantă trebuie să prevadă un plan de transfer al dreptului de proprietate asupra codului sursă al aplicației, care să includă toate livrabilele proiectului. Dacă aceste livrabile sunt de calitate, participarea altor furnizori va presupune o barieră mult mai mică la intrare. În aceste condiții, s-ar permite noului furnizor să preia mai ușor informațiile de la furnizorul anterior. În cazul aplicațiilor dezvoltate la cerere, furnizorul este practic plătit să dezvolte o soluție personalizată pe specificațiile tehnice prevăzute de autoritățile publice în documentația de atribuire. În acest caz, singurele constrângeri pentru care nu a fost furnizat codul sursă

autorităților publice ar fi legate de drepturile de proprietate intelectuală. Mai mult decât atât, dacă se folosesc produse care fac obiectul unui drept de proprietate și nu produse bazate pe standarde, acest lucru ar limita accesul operatorilor la respectivele produse, iar concurența ar avea de suferit în rândul dezvoltatorilor de programe.

➤ *Riscurile în cadrul procedurilor de achiziție publică*

Riscul major în cadrul procedurilor de achiziție publică îl reprezintă lipsa concurenței care determină în unele cazuri dependența autorităților contractante pe termen lung față de un anumit furnizor. Astfel de blocaje conduc la pierderea unor oportunități de inovare și de creștere a eficienței, atunci când sistemul furnizat nu poate face față procesului rapid de dezvoltare a tehnologiei informației.

Concluzii în domeniul echipamentelor/aparaturii medicale și a serviciilor conexe acestora

Efectul de lock-in este cauzat de cele mai multe ori, modului de fabricare a produsului/echipamentului medical, în sensul că, atât consumabilele, cât și piesele de schimb, trebuie să fie compatibile cu acel model de aparat, deoarece altfel ar putea să apară erori de funcționare a acestuia. Cel mai adesea, cumpărătorul (spitalul public) produsului principal este limitat la o arie îngustă în alegerea produsului secundar din considerente ce țin de compatibilitatea cu cele achiziționate anterior. În multe cazuri, furnizorul produsului principal este chiar furnizorul produselor secundare (post-garanție). Prin urmare, dependența autorităților contractante față de un anumit furnizor pe piețele secundare determină o lipsă a concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică.

Principalele dificultăți în procesul de achiziție de echipamente/aparatură medicală sunt reprezentate de întocmirea de specificații tehnice prevăzute de caietul de sarcini. Prin urmare, în momentul în care spitalele publice decid să facă o achiziție de echipamente/aparatură medicală se ține seama de nevoile acestuia, de performanța dispozitivului care urmează să fie achiziționat, de costurile acestui produs în perioada următoare de post garanție, precum și piesele de schimb și consumabilele pe care urmează să le folosească. Rămâne la latitudinea spitalului să aleagă soluția optimă conform propriilor sale criterii de selecție. Este important ca spitalele publice să evalueze dacă alegerea produsului primar (la momentul achiziției publice) se bazează în principal pe preț sau pe alte caracteristici tehnice sau chiar pe efectele cunoscute în piață despre respectivul echipament medical. De asemenea, spitalele publice ar trebui să evalueze dacă costul relativ al produselor în perioada post-garanție este sau nu semnificativ în comparație cu prețul cu care au achiziționat produsul respectiv și dacă există alternative sau produse substituibile în piață.

Pentru anumite aparate există un singur distribuitor de piese de schimb/consumabile, caz în care autoritățile publice sunt puse în situații dificile, atât în ceea ce privește încheierea contractelor de service, cât și a achiziționării pieselor de schimb. Acest lucru se întâmplă în special în cazul aparaturii de înaltă performanță, care a ieșit din garanție și pentru care

producătorii externi încheie contracte de exclusivitate pentru piese/consumabile cu un singur operator economic. Pentru aparatele medicale considerate de performanță, spre exemplu RMN, CT, radioterapie/radiologie, în general se folosesc piese de schimb originale. De exemplu, pentru aparatura de radioterapie/radiologie piesele sunt foarte scumpe și trebuie înlocuite într-o perioadă de timp scurtă⁸⁹.

Ținând cont de informațiile furnizate de spitalele publice și având în vedere contextul pieței furnizării echipamentelor/aparaturii medicale, doar anumite firme oferă produse/servicii care să răspundă unei anumite probleme/cerințe a unității spitalicești. Autoritățile contractante sunt puse în situația de a achiziționa aparatură medicală/echipamente de la un singur ofertant, deoarece în cadrul pieței românești de echipamente/aparatură medicală nu există concurență sau există un singur producător pentru acel tip de produs solicitat de spitalul public. În cazul contractelor de service, acestea nu sunt impuse, se poate opta și pentru alți furnizori, important este ca firmele să fie autorizate să presteze service pe respectivele modele/tipuri de echipamente/aparatură medicală. Astfel, autoritatea contractantă este captivă în a încheia contracte de service post garanție, întrucât piesele de schimb nu pot fi achiziționate decât de la cei care au furnizat aparatura medicală. De asemenea, neîncheind contracte de servicepost-garanție cu furnizorii de aparatură medicală, autoritatea riscă să nu poată folosi aparatura respectivă ca urmare a apariției unor defecțiuni.

ANMDM nu deține o evidență electronică, a întreprinderile care asigura mentenanța /service-ul echipamentelor și aparaturii medicale, pe categoriile/tipurile de echipamente și dispozitive medicale pentru care sunt avizate să desfășoare respectivele activități. Lipsa unei astfel de baze de date este de natură să afecteze procesul concurențial, întrucât aceasta generează o lipsă de informații pentru furnizorii care asigură service-ul (caz în care aceștia sunt puși în situația de a nu-și cunoaște concurenții reali sau potențiali), cât și pentru spitalele publice (în calitate de autorități contractante nu cunosc întreprinderile care desfășoară activitatea de service) și consumatorii finali, fapt ce se reflectă prin probabilitatea ridicată de a achiziționa unele produse la prețuri mult mai mari.

⁸⁹ spre exemplu: [...] consumabile sunt foarte scumpe, trebuie înlocuite într-o perioadă de timp scurtă și sunt limitate la un anumit număr de proceduri: tub magnetron, placă circuit (acceleratoare 2D, 3D).

RECOMANDĂRI

Având în vedere analiza realizată privind efectul de captivitate în achizițiile publice în sectorul IT și în cel al echipamentelor/aparaturii medicale, formulăm următoarele recomandări autorităților și instituțiilor ce au atribuții în aceste domenii:

Creșterea gradului de concurență în cadrul procedurilor de achiziție publică

- *Documentația de atribuire*

Principalul aspect de natură să prevină efectul de lock-in în achiziții publice, îl reprezintă dreptul pe care autoritățile contractante îl au în stabilirea specificațiilor tehnice, astfel încât, acestea să permită oricărui potențial ofertant accesul egal la procedura de atribuire.

În acest context, recomandăm autorităților contractante definirea unor cerințe nediscriminatorii în caietele de sarcini și stabilirea unor specificații tehnice neutre, care să se pleze pe oferta a cât mai multor operatori economici, ceea ce ar conduce la o creștere a concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică. De asemenea, evitarea anumitor cerințe tehnice cu caracter excesiv (care nu sunt indispensabile pentru atingerea obiectului contractului) sau prin prezentarea unor certificări specifice în documentația de atribuire va avea ca efect participarea unui număr cât mai mare de întreprinderi la procedura de atribuire.

Documentația de atribuire ar trebui să conțină și prevederi referitoare la livrabilele proiectului⁹⁰. Pe lângă soluția software funcțională, beneficiarul se va asigura că furnizorul va dezvolta și alte livrabile conexe printre care documentație tehnică de proiect, codul sursă, documentația tehnică de utilizare, documentația de administrare și operare, planuri de testare etc.

În acest sens, documentația de atribuire ar trebui să conțină prevederi care să asigure continuitatea soluției și să permită autorității contractante operarea de modificări, respectiv:

- transferul codului sursă (în cazul soluțiilor personalizate) cu posibilitatea modificării independent de furnizor;
- transferul tuturor livrabilelor realizate în cadrul proiectului în formă prelucrabilă/editabilă;
- proprietatea datelor și/sau posibilitatea extragerii acestora în mod automat, fără a fi necesară intervenția furnizorului (export date);
- prevederea unui plan de transfer al cunoștințelor tehnice la încheierea relației contractuale cu un anumit furnizor.

⁹⁰ Livrabilele proiectului reprezintă toate elementele pe care furnizorul se angajează să le livreze beneficiarului în cadrul contractului.

De asemenea, pentru a preveni astfel de situații, autoritatea contractantă ar trebui să specifice în caietul de sarcini cerințe legate de licențiere și alte aspecte legale, cum ar fi:

- licențiere nelimitată a aplicațiilor achiziționate pe bază de licență;
- transferul proprietății intelectuale asupra tuturor livrabilelor rezultate în procesul de implementare, către instituția în cauză.

Omiterea acestor cerințe poate cauza o relație de captivitate față de furnizorul soluției, ceea ce este evident de evitat.

- ***Durata contractului de achiziție publică***

Autoritățile contractante ar trebui să asigure condiții concurențiale normale pe piață și prin durata pe care trebuie să o aibă un contract. O durată excesivă a contractului, fără o justificare obiectivă ce ține de particularitățile pieței, precum necesitatea recuperării unei investiții majore necesare derulării contractului de achiziție publică, va avea un efect de închidere a pieței. Cu alte cuvinte, câștigătorul contractului nu este impulsionat de forțele pieței să își eficientizeze continuu activitatea economică, acesta fiind protejat de contractul ce generează un profit sigur pe o durată de timp consistentă. Pe de altă parte, închiderea pieței poate să descurajeze întreprinderile prezente pe piață să investească în dezvoltarea activității lor.

- ***Ghidul achizițiilor publice***⁹¹

Având în vedere preocuparea permanentă a celor două instituții, respectiv Consiliul Concurenței și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, cu privire la creșterea gradului de concurență în cadrul procedurilor de achiziție publică, se recomandă autorităților contractante consultarea Ghidului on line, aplicație dezvoltată de ANAP, care conține informații practice pentru cei implicați în realizarea achizițiilor publice. De asemenea, aplicația cuprinde și o secțiune denumită *Biblioteca de spețe* care conține întrebări frecvente cu privire la diferite spețe întâlnite de autoritățile contractante în derularea procesului de achiziție publică, dar și modele de documentații de atribuire standardizate⁹².

➤ ***Folosirea unor proceduri de achiziție publică competitive***

Așa cum s-a menționat în cuprinsul studiului, s-a observat tendința autorităților contractante de a organiza proceduri de atribuire a contractelor prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. Acest tip de procedură de atribuire este

⁹¹Ghidul este realizat de ANAP, fiind un instrument de orientare și suport care se adresează autorităților contractante și celor implicați în realizarea de achiziții publice.

⁹²<https://achizitiipublice.gov.ro/home>.

prevăzută de legislația în domeniul achizițiilor publice și se aplică în mod excepțional de către autoritățile contractante, prin invocarea dreptului de exclusivitate.

În acest context, se recomandă autorităților contractante, folosirea unei proceduri competitive, cu respectarea tuturor prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice. Definirea unor specificații tehnice nediscriminatorii ar permite oricărui potențial ofertant accesul egal la procedura de atribuire. Specificațiile tehnice trebuie să satisfacă nevoia autorităților contractante, dar nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici. Creșterea concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică, conduce la obținerea unor produse/servicii de calitate superioară la prețuri mai mici.

➤ *Consultarea pieței*

Consultarea pieței, prevăzută de legislația în domeniul achizițiilor publice⁹³, prin care se poate solicita, înainte de inițierea procedurii, opinia furnizorilor cu privire la specificațiile tehnice cuprinse în proiectul caietului de sarcini, pentru a putea asigura participarea tuturor operatorilor economici interesați și a estima corect valoarea produsului/serviciului.

Operatorii economici au posibilitatea de a formula opinii, sugestii sau recomandări cu condiția ca utilizarea sau implementarea acestora să sprijine autoritățile contractante în evitarea efectului de captivitate.

În acest context, se recomandă autorităților contractante să recurgă la consultarea pieței.

În vederea evitării situațiilor de achiziție a produselor secundare la prețuri foarte mari, generate tocmai de dependența produselor principale de cele secundare, se recomandă ca în procesul de consultare a pieței pentru achiziția produselor principale, autoritățile contractante să consulte piața și asupra prețurilor produselor secundare, astfel încât aceasta să cunoască de la început costurile estimate produselor secundare.

Ținând cont de aspectele semnalate de unele spitale publice, referitoare la faptul că există o lipsă a concurenței pe anumite segmente de piață, Consiliul Concurenței recomandă ANMDM dezvoltarea unei baze de date electronice cu furnizorii pe categoriile/tipurile de echipamente/dispozitive medicale pentru care aceștia au fost autorizați să desfășoare activități de reparare, mentenanță și instalare/punere în funcțiune. Această bază de date trebuie să fie accesibilă autorităților contractante, astfel încât să le sprijine în organizarea procesului de achiziție publică, astfel încât acestea să cunoască potențialii furnizori care desfășoară activități de service pe diferite grupe de echipamente și dispozitive medicale.

⁹³Art. 139 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiilor publice.

➤ ***Respectarea de către autoritățile contractante⁹⁴ a obligației de a introduce în caietele de sarcini și contractele de achiziție a unei prevederi cu privire la dreptul de proprietate (codul sursă) asupra aplicațiilor software dezvoltate la cerere***

Așa cum s-a menționat în cuprinsul studiului, instrumentele principale de protecție ale autorităților contractante în derularea unui proces de achiziție publică sunt caietul de sarcini și contractul de achiziție publică. De asemenea, un aspect care ar putea să prevină efectul de captivitate îl reprezintă dreptul de care autoritățile contractante beneficiază în vederea stabilirii specificațiilor tehnice prin solicitarea în documentația de atribuire a transferului drepturilor de proprietate intelectuală⁹⁵, așa cum este reglementat de legislația în domeniul achizițiilor publice și de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 41/2016⁹⁶ privind stabilirea unor măsuri de simplificare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

O astfel de măsură ar putea să prevină efectul de captivitate prin care o autoritate contractantă devine dependentă pe termen lung de serviciile unui singur furnizor pentru achiziționarea de produse/servicii întrucât, produsele/serviciile sunt cunoscute numai de către respectivul furnizor. În acest context, pentru a diminua efectul de dependență față de producătorul sau dezvoltatorul de programe, recomandăm autorităților contractante, respectarea acestor prevederi legale.

Având în vedere deficitul de expertiză dovedită la nivel instituțional în România, cu privire la aspectele legate de drepturile de proprietate intelectuală în achiziții publice de produse software, considerăm că este necesară existența unor modele de clauze contractuale sau contracte cu privire la transferul drepturilor de proprietate intelectuală (atât pentru software-ul dezvoltat la comandă, dar și pentru alt gen de dezvoltări) care să fie folosite la nivelul administrației publice centrale.⁹⁷ Astfel de contracte ar trebui să includă garanții cu privire la originalitatea aplicațiilor dezvoltate sau licențiate pentru administrația publică.

Unul din scopurile transferului de drepturi de proprietate intelectuală asupra produselor dezvoltate ar putea fi și posibilitatea de re-utilizare a acestora în cadrul altor entități publice. Sistemul actual din România nu încurajează acest lucru, deoarece dreptul de autor va aparține unei instituții sau autorități contractante care va putea să refuze reutilizarea de către

⁹⁴ Așa cum este reglementată la art. 155 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv art. 165 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale și art. 12 din Ordonanță de Urgență nr. 41/2016 privind stabilirea unor măsuri de simplificare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

⁹⁵ A se vedea Ghidul de achiziții software pentru instituțiile publice care conține recomandări practice pentru realizarea caietelor de sarcini, a contractelor, a procesului de validare a livrabililor și a planului de transfer.

⁹⁶ art 12 din Ordonanță prevede: “ *Instituțiile publice și organele de specialitate ale administrației publice centrale au obligația de a prevedea explicit în caietele de sarcini și în contractele aferente procedurilor de achiziție publică demarate de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, care includ dezvoltări de programe informatice la solicitarea instituției sau autorității, faptul că toate drepturile patrimoniale de autor asupra tuturor operelor create de către contractant sau membrii asocierii, aferente produsului sau serviciului livrat, se transferă către autoritatea contractantă*”.

⁹⁷ Vezi în acest sens și punctul 5.1.3 și Anexa 1 din EU Guide for the procurement of standards-based ICT — Elements of Good Practice - <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/guide-procurement-standards-based-ict-%E2%80%94-elements-good-practice>.

o altă instituție. În acest context, ar fi utilă o abordare unitară la nivel guvernamental cu privire la reutilizarea programelor de calculator deținute de instituțiile publice.

➤ ***Utilizarea produselor licențiate în mod deschis (Free and Open Source Software – FOSS)***

În situația în care un program de calculator are o licență deschisă, acesta poate fi reutilizat în mod liber, inclusiv accesul la codul sursă, motiv pentru care problemele de lock-in menționate nu pot fi ridicate.

Termenul de licență deschisă este deja folosit în unele documente ale Guvernului României⁹⁸, însă considerăm necesară includerea unor aspecte procedurale suplimentare, necesare pentru ca utilizarea licențelor deschise să fie permisă și utilă instituțiilor publice, cum ar fi:

- publicarea codului sursă într-un *repository* public al guvernului și/sau orice alt *repository* cu acces public⁹⁹ (*dacă acest lucru este posibil?*);
- includerea unor meta-date care să permită inventarierea codurilor disponibile (pentru ușurința reutilizării lor);
- acces la codul sursă.

Indiferent însă de tipul soluției adoptate (proprietary, open-source sau personalizată) autoritățile contractante ar trebui să se asigure că vor avea proprietatea datelor stocate și posibilitatea migrării acestora în altă soluție.

➤ ***Ghidul de achiziții software pentru instituții publice***

Așa cum s-a menționat în cuprinsul studiului, principala problemă a autorităților contractante rămâne întocmirea caietelor de sarcini. În acest sens, ghidul a fost realizat la inițiativa Guvernului României de către Asociația Patronală a Industriei de Software și Servicii (ANIS), Cancelaria Prim-Ministrului și Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP). Acest ghid este adresat în principal instituțiilor publice implicate în procesul de achiziție a soluțiilor software dezvoltate la cerere (personalizate) și oferă repere și recomandă soluții pentru întocmirea caietelor de sarcini, astfel încât autoritățile contractante să evite dependența pe termen lung față de un anumit furnizor.

În acest context, recomandăm autorităților contractante să aibă în vedere informațiile cuprinse în ghid, care au rolul de a explica anumite concepte și modul în care trebuie întocmite caietele de sarcini.

⁹⁸Ghidul pentru publicarea datelor deschise, disponibil pe site-ul Guvernului României, la adresa: http://ogp.gov.ro/wp-content/uploads/2015/04/GHID-DE-PUBLICARE-A-DATELOR-DESCHISE_aprilie-2015.pdf (paginile 11-12).

⁹⁹Vezi mai multe detalii în propunerea recentă din SUA - Federal Source Code Policy – Achieving Efficiency, Transparency, and Innovation through Reusable and Open Source Software”, Aprilie 2016 <https://sourcecode.cio.gov/Implementation/>.

BIBLIOGRAFIE:

[1] Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor - *Împotriva blocajelor construirea de sisteme IT deschise printr-o utilizare mai eficientă a standardelor în achizițiile publice* Bruxelles, 25.6.2013, COM(2013) 455 final.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0455&from=RO>

[2] Comunicare din partea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor - *O Agendă digitală pentru Europa* - Bruxelles, 26.8.2010, COM(2010) 245 final/2.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\)&from=RO](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R(01)&from=RO)

[3] COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT - Guide for the procurement of standards-based ICT - *Elements of Good Practice*, Brussels, 25.6.2013, SWD(2013) 224 final - *Against lock-in: building open ICT systems by making better use of standards in public procurement*{COM(2013) 455 final}.

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/guide-procurement-standards-based-ict-%E2%80%94-elements-good-practice>

[4] Orientări Consiliul Concurenței privind interpretarea și aplicarea prevederilor *Legii concurenței* pe piețele serviciilor de salubritate a localităților, respectiv recomandări pentru îmbunătățirea mediului concurențial pe aceste piețe

http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/bucket11/id11903/2016-11-01_orientari_aplic_legii_concurentei_recomandari_pe_pietele_sv_de_salubritate_consultare_publ.pdf

[5] Raport Consiliul Concurenței - *Privind piața serviciilor de asistență medicală din România și a activităților conexe acestora*

http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/bucket12/id12155/raport_servicii_medicale.pdf

[6] *Ghidul de achiziții software din România*, elaborat în anul 2016 de către Asociația Patronală a Industriei de Software și Servicii (ANIS), Cancelaria Primului-Ministru și Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP).

<https://www.anis.ro/wp-content/uploads/2016/12/Ghid-Achizitii-Software-pentru-Institutiile-Publice-v1.0.pdf>

[7] Sectorul IT și industriile creative - domenii de excelență ale Regiunii Centru

http://www.adrcentru.ro/Document_Files/Analiza%20sectorului%20IT%20si%20industriile%20creative_j9ubha.pdf

[8] OECD: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)2/en/pdf)

[9] *Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in* Final Report, A study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology.

<http://slord.sk/buxus/docs/aktuality/StudyonbestpracticesforICTprocurementbasedonstandardsinordertopromoteefficiencyandreducelock-in.pdf>

[10] Dealing with Vendor Lock-in Author: Bianca Sjoerdstra University of Twente P.O. Box 217, 7500AE Enschede The Netherlands

http://essay.utwente.nl/70153/1/Sjoerdstra_BA_BMS.pdf

[11] European Coordination Committee of the Radiological, Electromedical and Healthcare IT Industry

<http://www.cocir.org/>

[12] *IMCODE Philosophy Open Platform* 2014-03-02 (PREL ver 0.2) Utskrift: 2014/03/02 Created by: Hillar Loor, senior partner

[13] University of Skövde. (2013). *Assessment of Research and Collaboration 2013* (ARC13).

[14] e-Governance in public sector ICT procurement: *what is shaping practice in Sweden?*

http://openforumacademy.org/library/ofa-research/European%20Journal%20epractice%20Volume%2012_6.pdf

[15] Fredrik Grip, *Royalty Free Standardization -The Pro-Competitive Solution in Public Procurement of ICT?*, JURM02 Graduate Thesis, 2014, Lund University FACULTY OF LAW

<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4925174&fileId=5010768>

[16] *International Journal of Standardization Research*, 13(1), 47-73, January-June 2015 47 *On Implementation of Open Standards in Software: To What Extent Can ISO Standards be Implemented in Open Source Software?*

<https://pdfs.semanticscholar.org/d2ff/6873a63710c3673365354d7d31bc4bb92628.pdf>

17. Raportul RGEAIF (Romanian Government Enterprise Architecture and Interoperability Framework) finanțat de către USTDA (United States Trade and Development Agency)