

En lo principal, interpone asunto de carácter no contencioso que indica; **en el primer otrosí**, acompaña documentos; **en el segundo otrosí**, solicitud que indica; **en el tercer otrosí**, personería; y, **en el cuarto otrosí**, patrocinio y poder.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Sergio Rademacher Lizana, ingeniero, en representación, según se acreditará, de **Microsoft Chile Limitada** (“Microsoft” o la “Compañía”), ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Vitacura 6844, piso 3, Vitacura, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente digo:

Por este acto y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º, 2, 3, 5, 18 N°2, 31 y 32 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), solicito admitir a tramitación el presente asunto de carácter no contencioso (“Consulta”), con el objeto de que el H. Tribunal se pronuncie acerca de si las bases de licitación pública (“Bases”) del “*Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática*” aprobadas mediante la Resolución N°29 de 20 de noviembre de 2020 (“Contrato Marco” o “Convenio Marco”) de la Dirección de Compras y Contratación Pública (“DCCP”), y cuyas ofertas deben realizarse el próximo 3 de febrero de 2021, se ajustan o no al DL N°211.

Tal como se desarrollará en esta presentación, Microsoft ha advertido que el diseño de las Bases podría afectar la libre competencia tanto en lo que se refiere a la participación de oferentes como en lo tocante al proceso de evaluación y adjudicación de la licitación a la que se refieren tales Bases, principalmente porque algunas cláusulas, tanto por sí solas como en conjunto, dificultarían la participación de los oferentes en esta licitación, disminuyendo artificialmente su número, incentivarían la existencia de subsidios cruzados y fomentarían conductas anticompetitivas de quien se adjudique una gama del Convenio Marco.

En particular, las Bases: **(i)** no describen adecuadamente los productos y servicios que se licitarán, estandarizándolos artificialmente y desconociendo con ello su naturaleza, los ambientes en que se desenvuelven y los requerimientos que surgen de cambios sucesivos de proveedores; **(ii)** no evalúan con puntaje los aspectos técnicos de los productos destinados a la ofimática, bajo el supuesto de que se trataría de bienes y servicios estandarizados; **(iii)** establecen una serie de restricciones a las ofertas que pueden afectar el número de oferentes y adjudican a un único proveedor por cada una de las gamas, restringiendo la posibilidad de que se efectúen sucesivas licitaciones entre adjudicatarios de una misma gama del Convenio Marco; **(iv)** exigen precios mínimos y máximos, y además los hacen públicos; e, **(v)** imponen una suerte de cláusula de nación más favorecida que puede incidir en las dinámicas de competencia de la totalidad de la industria.

En lo que sigue, se describen los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que fundan la presente Consulta.

I.

Antecedentes generales

I.2. Quién es Microsoft

Microsoft Corporation es una compañía tecnológica multinacional dedicada al desarrollo, licenciamiento y soporte de productos de software y dispositivos electrónicos, así como a la provisión de servicios y productos en la nube, de soporte y consultoría, entre otros.

Entre sus productos de software y servicios más relevantes, y que se encuentran relacionados con las Bases, se encuentran el sistema operativo Microsoft Windows, la *suite* de ofimática Microsoft Office, la *suite* de ofimática en la nube Microsoft 365, y los navegadores de Internet Explorer y Microsoft Edge.

En lo que al licenciamiento de software de ofimática se refiere, Microsoft ofrece distintos tipos de licencias de Microsoft Office, para entornos locales y por dispositivo, sobre la base de un único pago y con carácter perpetuo asociado a un dispositivo, así como licencias de suscripción para su *suite* en la nube Microsoft Office 365.

Microsoft Corporation es dueña del 100% de MSLI Latam, Inc (“MSLI”) y del 99% de Microsoft Chile, con lo cual estas últimas dos constituyen personas jurídicas relacionadas¹. MSLI es la única entidad autorizada para vender el licenciamiento corporativo de manera directa, mediante los programas de licenciamiento por volumen, y es la persona jurídica que usualmente contrata con el Estado de Chile.

Microsoft comercializa sus productos de ofimática tanto directamente como a través de distribuidores y socios de negocios (*partners*), quienes a su vez pueden vender dichos productos a un tercero para su reventa o venderlo directamente a un cliente final, dependiendo de las modalidades de licenciamiento requeridas o aplicables al caso.

Como se señaló, en lo que al canal de venta directa se refiere, Microsoft ofrece paquetes de licencias por volumen, entre ellos, el *Contrato Enterprise*, dirigido a grandes organizaciones, y que consiste en un contrato de licencia por volumen por períodos anuales –por regla general, tres años– que cubre diversas licencias y actualizaciones de software para un mínimo de 250 usuarios, tratándose de clientes del sector público, o de 500 usuarios tratándose del sector privado².

¹ Por esta misma razón, y salvo que se indique expresamente lo contrario, en lo sucesivo la referencia a Microsoft deberá entenderse hecha a MSLI y viceversa.

² Disponible en línea en: <https://www.microsoft.com/es-xl/licensing/licensing-programs/enterprise?activetab=enterprise-tab%3aprimaryr2> [última consulta: 13 de enero de 2021].

A grandes rasgos, se pueden distinguir distintos tipos de usuarios de los productos y servicios de ofimática, tales como: **(i)** hogar (familias, individuales, estudiantes); **(ii)** negocios (pequeñas y medianas empresas y colegios); **(iii)** mundo corporativo (grandes empresas); y, **(iv)** el Estado.

Así, los usuarios finales o las organizaciones que requieran productos y soluciones de ofimática de Microsoft cuentan con diferentes canales para adquirir sus licencias, sea directamente a Microsoft en el caso del *Contrato Enterprise* (actualmente y para la generalidad de los casos), a través de algún distribuidor o socio de negocios, a través de una tienda minorista o directamente en la página Web de Microsoft. Cada uno de estos canales ofrece condiciones comerciales diferenciadas, según la naturaleza del usuario y volúmenes de compra.

I.2. Categorías de la licitación

El Convenio Marco tiene por objeto que los funcionarios de la administración pública puedan acceder a diversas aplicaciones de ofimática (planillas de datos, software de correos, entre otras).

Según se indicó *supra*, la presente Consulta versa sobre la consistencia de las Bases para la adjudicación del Convenio Marco con las normas y principios contenidos en el DL 211.

En concreto, las Bases consideran dos categorías a licitar para la suscripción del Convenio Marco: **(i)** licencias de software de ofimática (“Categoría 1”); y, **(ii)** servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática (“Categoría 2”). El detalle respecto de cada una de estas categorías se expone a continuación.

I.2.1. Licencias de software de ofimática

Los softwares de ofimática incluyen aplicaciones que buscan satisfacer necesidades típicas de una oficina o entorno de trabajo, tales como trabajar en la redacción de un documento, enviarlo por correo electrónico o comentarlo en una reunión online. Generalmente los softwares de ofimática incluyen un procesador de textos, hoja o planilla de cálculos, programa de presentación, gestor de bases de datos, gestor de información personal, agenda, correo electrónico y herramientas colaborativas, incluyendo reuniones telemáticas.

Ahora bien, los softwares de ofimática pueden ser ofrecidos en las siguientes modalidades:

- (i)** Locales: son aquellas licencias que se instalan y asocian a un único dispositivo, y que generalmente son de carácter perpetuo cuando se paga el monto total de la licencia. Según la licencia que se adquiera se pueden obtener distintas aplicaciones que ofrecen diferentes grados de garantía y soporte, así como características adicionales de seguridad y privacidad. Las aplicaciones no se actualizan automáticamente y la solución de ofimática puede ser utilizadas sin acceso a internet.

- (ii) Nube o *cloud*: son aquellas licencias que requiere una suscripción de usuario (“USL”) para el uso de las aplicaciones en la nube, para lo que se requiere contar con conexión a internet. El usuario puede conectarse y desconectarse desde diversos dispositivos y desde cualquier ubicación, pero solamente en la medida que esté conectado a internet. Las aplicaciones se actualizan frecuentemente al conectarse a internet, mejorando sus funcionalidades, garantía, soporte, seguridad y privacidad. En todo caso, el nivel de servicio también dependerá del tipo de suscripción que el usuario tenga.
- (iii) Híbridas: son aquellas licencias que requieren una USL para el uso de las aplicaciones en la nube y a nivel local en los equipos, permitiéndoles funcionar con y sin conexión a internet. En las soluciones híbridas, el software se instala en uno o más dispositivos del usuario y las aplicaciones se actualizan al conectarse a internet

Microsoft ofrece distintos tipos de licencias de Microsoft Office para entornos locales (Microsoft Office Standard, Microsoft Office Profesional Plus) así como diferentes tipos de licencias Microsoft 365 para la nube, ya sea para ambientes exclusivos de *cloud* o soluciones híbridas, cuyo nivel de aplicaciones varía según la suscripción, así como los grados de garantía y soporte, así como funcionalidades mejoradas de seguridad y privacidad.

Existen otros proveedores en el mercado que ofrecen soluciones de ofimática, como es el caso, por ejemplo, de Google, quien ofrece Google Workspace. Se trata de una versión de ofimática únicamente en la nube, que permite acceder a los programas desde un navegador con conexión a internet.

Existen varios otros softwares de ofimática alternativos como la ofrecida por Apple para uso exclusivo de su sistema operativo OS y iOS, IBM Notes (antiguamente Lotus Notes), WPS Office (antiguamente conocida como Kingsoft Office) y Zimbra Cloud. También existen productos o servicios de código abierto como Latex, Overleaf Ubuntu y W10, open ERP y motores de base de datos gratuitos como Mysql, y Projectlibre, esta última alternativa a Microsoft Project. Sin embargo, este tipo de productos o servicios de código abierto no parecieran ser de relevancia para el Estado³.

Cada proveedor de soluciones de ofimática ofrece distintas aplicaciones, y el número de aplicaciones y servicios al que los usuarios tienen acceso varían según la licencia o suscripción que se contrate. Algunas de las aplicaciones ofrecidas por Microsoft Office son Word, Excel, PowerPoint, Outlook, OneDrive, Microsoft Teams, SharePoint y Access, entre otros, las que habitualmente forman parte de una *suite de ofimática* cuyas características y funcionalidades dependen del programa respectivo. Además, los procesadores de texto de Microsoft Word tienen distintos formatos según si éstos se abren dentro de Microsoft Office Estándar, Profesional Plus o Microsoft Office 365. Estas aplicaciones además cambian constantemente, mejorando aspectos relacionados con su experiencia de uso, seguridad y otras características.

³ Véase Resolución Exenta N°571 B de la DCCP, que Aprueba Directiva de Contratación Pública N°24, sobre “Instrucciones para la Contratación de Bienes y Servicios Relacionados con Tecnologías de Información”; p.24.

Por su parte, Google Workspace ofrece Docs, Sheets, Slides, Gmail, Drive y Meets, entre otros. Asimismo, WPS ofrece Writer, Spreadsheet y Presentation, entre otros.

Los softwares locales se adquieren normalmente a perpetuidad (aunque existen escenarios de uso por tiempo limitado) y suelen resultar de contratos de compraventa de productos (contrato único), mientras que los softwares de nube no pasan a ser de propiedad del usuario, sino que se contratan a través de suscripciones, permitiéndole al usuario utilizar el servicio en la medida que pague la respectiva suscripción. En este sentido, la garantía, soporte, seguridad y privacidad, así como la actualización, son distintos entre las licencias locales y la nube, y, asimismo, las funcionalidades, respaldo y su interconexión con otros usuarios varían dependiendo de dichas licencias y también del *ambiente* en que ellas se ejecutan.

En otras palabras, según se ha expuesto, los softwares de ofimática que se adquieran o se suscriban no son homogéneos, sustitutos perfectos entre sí, ni mucho menos productos o servicios estandarizados o intercambiables, pues **(i)** las licencias locales difieren entre ellas, según el número de aplicaciones, de garantía, soporte, seguridad y privacidad; y, **(ii)** lo mismo ocurre respecto de las suscripciones de *cloud*. Así, existen diferencias entre softwares no sólo respecto al producto ofrecido por distintos proveedores (por ejemplo, de Microsoft y Google Workspace), sino que incluso existen disimilitudes entre softwares ofrecidos por una misma empresa (por ejemplo, Microsoft Office 365 tiene diversos niveles y diversos precios según volumen, número de aplicaciones, de garantía, soporte, seguridad y privacidad). En efecto, para dar algunos ejemplos que explican esta diferenciación, los distintos proveedores de soluciones de ofimática asumen diversas obligaciones respecto a las solicitudes de información por parte de una autoridad competente o sobre la información de sus clientes; tienen diversas certificaciones internacionales; y, asumen distintas responsabilidades económicas en casos de violaciones de seguridad o privacidad, entre otras. Como se explicará *infra*, ninguno de estos factores –sumamente relevantes y que marcan diferencias más importantes que el precio en productos como éste– es evaluado o se le asigna algún puntaje en las Bases.

Por su parte, las licencias locales de softwares son esencialmente diferentes a las suscripciones de *cloud*, también en lo relativo al número de aplicaciones, de garantía, soporte, seguridad y privacidad.

Ahora bien, junto con la adquisición de licencias, se debe considerar el costo asociado a su mantenimiento, reemplazo, migración, implementación, entrenamiento o actualización, así como la necesidad de inversiones adicionales en seguridad, infraestructura local y demás variables que también diferencian los productos.

Así, por ejemplo, a diferencia de las licencias locales, para la suscripción del *cloud* Microsoft, garantiza:

- (i)** Seguridad que se traduce en confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos del usuario. Existe una recuperación de desastres incorporada y un servicio técnico con mayor agilidad.

- (ii) Control de los usuarios sobre sus datos, de modo tal que éstos pueden determinar quién puede tratarlos y con qué objetivo. A este respecto, cabe destacar que Microsoft no utiliza los datos de los usuarios para fines publicitarios o comerciales.
- (iii) Cumplimiento de normas y estándares internacionales para el procesamiento de datos.
- (iv) Transparencia. El usuario tiene visibilidad completa sobre el procesamiento y acceso a sus datos, así como también tiene conocimiento de la jurisdicción en la que tales datos se almacenan

En este sentido, las distintas licencias de software, sean locales, en la nube o híbridas no son sustitutas perfectas (no se pueden comparar ni por sus características, ni por su precio ni por el uso que se haga de ellas) y, por lo mismo, no deberían ser tratadas como tales.

Esto fue recogido en un reciente documento del Banco Interamericano de Desarrollo:

“El hecho de que [las aplicaciones] sean altamente estandarizadas no quiere decir que [los softwares] sean fácilmente intercambiables por otros, pues la oferta de un proveedor de servicios en la nube puede diferir de forma importante de la de otros proveedores, en cuanto a funcionalidades y características técnicas. Además, al decidir sobre cualquier proveedor de servicios de nube deberá tenerse en cuenta igualmente el costo total de adopción de dicha tecnología o solución en términos de capacitación, migración y gestión del cambio”⁴.

Por último, al no ser productos sustitutos, perfectamente puede existir una coexistencia de productos en una misma plataforma (por ejemplo, en los sistemas operativos Windows o iOS de Apple). Esto es relevante, pues eventualmente los softwares de ofimática podrían ser complementarios dependiendo del número de aplicaciones contratada. Así, podría darse el caso de que se cuente con una licencia de software de un proveedor (por ejemplo, Microsoft) y, al mismo tiempo, con una suscripción con otro proveedor (por ejemplo, Google Workspace), lo que podría reducir costos de migración y favorecer el *multi-boming*. Lo anterior, es posible de implementar y contratar en el esquema actual de Convenio de Marco de licencias de software, del año 2014, al cual se hará referencia *infra*. Sin embargo, de mantenerse las Bases, esta nueva licitación de ofimática sólo permitirá que exista un proveedor de sólo una marca por categoría o gama, lo que generará una dificultad mayor y restringirá la posibilidad de las entidades públicas de utilizar los productos que necesitan para solucionar sus diversas y heterogéneas necesidades.

I.3.2. Servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática

Las diferencias esenciales entre la adquisición de una licencia y su suscripción acarrear importantes consecuencias en el segundo servicio que se licita en las Bases, esto es, los servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática, lo que incluye la configuración, implementación, soporte, capacitaciones u otras gestiones necesarias para implementar éstas.

⁴ Banco Interamericano de Desarrollo, *Contratación Pública de Servicios de Computación en la Nube. Mejores prácticas para su implementación en América Latina y el Caribe, 2020*; p. 56.

Ejemplos de actividades a realizar en el contexto de una instalación o migración son: el levantamiento del escenario actual (dimensionamiento de la información a migrar), la planificación del proceso de migración, dependiendo de sus fases o gradualidad y la generación de respaldos de la información en general.

Ahora bien, los costos de migración son esencialmente distintos si se adquirió una licencia o si se tiene una suscripción, y varían también según el tipo de suscripción existente y aquella a la cual deben migrar en caso de cambio de licencia. En cuanto a los costos de migración —por ejemplo, cambiar el tipo de archivo para que sea compatible con la nueva licencia o transferir la casilla de correos electrónicos—, no es lo mismo llevar adelante el proceso para migrar de una licencia local a una nube, de nube a nube, o de nube a licencia local.

Además, si un usuario quiere migrar de un proveedor a otro, además de llevar adelante el proceso de migración e incurrir en su costo, necesitará aprender a usar las nuevas herramientas. En ese sentido, incluso si las capacitaciones se realizan gratuitamente por parte del proveedor, se requiere igualmente de un compromiso del usuario para aprender a manejar los productos y servicios (costos de aprendizaje).

I.3. Regulación de los convenios marco

Como se sabe, un convenio marco es un procedimiento administrativo de contratación, realizado por la DCCP, en que mediante una licitación pública se habilita a uno o más proveedores adjudicados a ofrecer una lista de bienes o servicios a los órganos administrativos (“OAE” o “entidad contratante”) sujetos a la ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley de Compras Públicas”)⁵.

Por otra parte, los convenios marco habilitan a las entidades contratantes para suscribir contratos directamente con los proveedores mediante la emisión de una orden de compra. La entidad contratante accede a un catálogo electrónico (el denominado *sistema de información*), que contiene una lista de bienes o servicios y sus correspondientes condiciones de contratación, previamente licitados y adjudicados por la DCCP⁶.

La lógica detrás de la adopción de un convenio marco es contar con un instrumento eficiente para la adquisición de productos, que permita a los OEA disponer de varios proveedores, facilitando así la ejecución de las compras públicas⁷. De esta manera, los procedimientos de contratación se

⁵ Correspondientes a los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, y el Consejo Nacional de Televisión. Artículo 1° de la Ley de Compras en relación con el artículo 1° del texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, de bases generales de la Administración del Estado.

⁶ Véanse, en este sentido, los artículos 2 N°14 y 8 del Decreto N°250 del Ministerio de Hacienda, que establece el Reglamento de Compras Públicas.

⁷ Sentencias de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°s. 390-2020 y 391-2020, considerandos 9° y 10°. Confirmadas por Sentencias de la Excm. Corte Suprema, Roles N°s. 104.593-2020 y 140.544-2020, respectivamente.

agilizan y simplifican, especialmente para la adquisición reiterada de bienes por muchos OAE⁸, así como “(...) respecto de los cuales resulta relativamente sencillo definir a nivel de detalle las especificaciones de lo que se desea comprar”⁹. Los convenios marco generan beneficios como la agilización de las contrataciones del Estado, la reducción de los costos de transacción, la agregación de la demanda, un menor grado de espacios para actos de corrupción, mayor transparencia y mejor calidad de los bienes y servicios adquiridos, mediante la competencia, tanto por entrar al convenio, como, eventualmente, durante la etapa de operación¹⁰⁻¹¹.

Para que un convenio marco se justifique económicamente, el costo administrativo de realizar las compras vía convenio marco, por parte de lo OAE, debe ser menor al costo administrativo que les significaría realizar autónomamente los procesos de contratación. De acuerdo con cálculos de la Dirección de Presupuestos, ese punto se alcanza desde las 12 mil órdenes de compra¹².

Tratándose de compras superiores a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales (“UTM”) –denominadas *Grandes Compras*–, al interior del convenio marco vigente, “(...) se hace competir a los proveedores que tienen un convenio marco vigente, específicamente, a quienes están en la misma categoría del bien o servicio que se demanda”¹³ para así obtener mejores condiciones comerciales para los organismos públicos¹⁴. Para tales efectos, las entidades comunican su *intención de compra* a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del convenio marco al que adscribe el bien o servicio requerido¹⁵, recomendándose que la *gran compra* se perfeccione mediante la suscripción de un *acuerdo complementario* entre las partes, el que en todo caso no puede apartarse de lo regulado por las bases de licitación del correspondiente convenio¹⁶.

El convenio marco que en definitiva se suscribe se rige por lo dispuesto en la Ley de Compras Públicas y el Decreto N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley N°19.886 (“Reglamento de Compras Públicas”); en las Bases (considerando, además, sus Anexos, Aclaraciones, Respuestas y Modificaciones, que forman parte integrante de éstas); en las ofertas adjudicadas; en la resolución de adjudicación; en las órdenes de compra que emitan los organismos públicos¹⁷, y en las condiciones de uso del sistema de www.mercadopublico.cl¹⁸. Dada su naturaleza de contrato administrativo le resultan aplicables además el *principio de estricta sujeción a*

⁸ Fiscalía Nacional Económica. Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019). Informe Final, noviembre de 2020; p. 15.

⁹ Camacho, Gladys. “Los contratos administrativos, especial el contrato de suministro”. En: Pantoja, Ronaldo. Derecho Administrativo. 120 años de cátedra. Editorial Jurídica de Chile, 2008; p. 381-382. Ejemplos paradigmáticos de dichos bienes son los artículos de oficina, tales como papel, insumos para impresoras, etc.

¹⁰ Fiscalía Nacional Económica. Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019). Informe Final, noviembre 2020; p. 191.

¹¹ Contratación Pública de Servicios de Computación en la Nube. Mejores prácticas para su implementación en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo, 2020; p. 63.

¹² Estudio “Evaluación Comprensiva del Gasto ChileCompra realizado por DIPRES (Ceop Consulting, 2015), citado en Informe “Análisis de continuidad Convenio Marco de libros, revistas, películas y música”, ID 2239-11-LP14, de 1° de abril de 2019, del Área de Inteligencia de Mercado y Políticas de Compra de la DCCP; p. 7. Disponible en línea en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2019/09/Informe-de-Continuidad-Libros.pdf> [última consulta: 13 de enero de 2021].

¹³ Moraga, Claudio. Contratación Administrativa. Legal Publishing, 2019, 2ª edición; p. 301.

¹⁴ Directiva de Contratación Pública N°15, sobre “Recomendaciones para la aplicación del mecanismo de ‘Grandes Compras’”.

¹⁵ Artículo 14 bis del Decreto N°250 del Ministerio de Hacienda, que establece el Reglamento de Compras Públicas

¹⁶ Directiva de Contratación Pública N°15, sobre “Recomendaciones para la aplicación del mecanismo de ‘Grandes Compras’”. Punto 3.5.1.

¹⁷ Artículo 18 del Reglamento de Compras Públicas.

¹⁸ Disponibles en línea en: <https://www.chilecompra.cl/terminos-y-condiciones-de-uso/>. [última consulta: 13 de enero de 2021].

las bases¹⁹ —que no es sino una derivación especial del *principio de igualdad ante las bases de licitación*²⁰— el cual se extiende no solo al tenor del convenio marco, sino también a las órdenes de compra respectivas²¹, y el *principio de libre concurrencia de los oferentes*²².

La existencia de un convenio marco para la contratación de determinados bienes o servicios, en general, obliga a los órganos sujetos a la Ley de Compras²³ a comprar dichos bienes o servicios a través del convenio marco correspondiente²⁴. El uso obligatorio del convenio marco puede exceptuarse únicamente en caso de que el OAE obtenga directamente condiciones más ventajosas con un proveedor fuera del convenio, esto es, en “*situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir*”²⁵, caso en el cual las entidades deberán mantener los antecedentes de la contratación para la revisión y control posterior por parte de la DCCP²⁶.

Con ello, el sistema de compras públicas establece una preferencia para la contratación a través de convenios marco, que se suma a las ventajas administrativas que presenta dicho mecanismo de contratación en comparación con otros procedimientos administrativos concursales²⁷.

Esta preferencia no es menor, dado que **(i)** se estima una demanda de 12 millones de dólares de los Estados Unidos de América (“USD”), considerando el artículo 12 de la ley de presupuestos de 2021²⁸; y **(ii)** el contrato marco se usa para montos superiores a 30 UTM.

Por otra parte, la DCCP recientemente modificó su modelo de convenio marco, a fin de cumplir con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”)²⁹, señalando que los nuevos convenios marco deben seguir los siguientes criterios copulativos: **(i)** que se trate de bienes que sean altamente estandarizables, de consumo frecuente y transversal por el Estado; **(ii)** que se trate de productos y servicios de alta demanda, con gran

¹⁹ Consagrado en el artículo 10 inciso tercero de la Ley de Compras.

²⁰ Consagrado en el artículo 9 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado.

²¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 16.638-2018, considerando 7°.

²² Artículo 9 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado.

²³ Salvo a las municipalidades, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Artículo 30 letra d) incisos 3° y 4° de la Ley de Compras Públicas y artículo 8 del Reglamento de Compras Públicas.

²⁴ Así se desprende de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 9 del Reglamento de la Ley de Compras, que dispone que “[c]uando no proceda la contratación a través de Convenio Marco, por regla general las Entidades celebrarán sus Contratos de Suministro y/o Servicios a través de una Licitación Pública (...)”; y del inciso 5° del artículo 14 del Reglamento de Compras Públicas, que dispone que “[c]ada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo [de Convenios Marco] antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa”. Salvo indicación en contrario, éste y los restantes énfasis han sido incorporados.

²⁵ Artículo 15 inciso primero del Reglamento de Compras Públicas.

²⁶ Artículo 30 letra d) de la Ley de Compras Públicas y artículo 15 inciso tercero del Reglamento de Compras Públicas.

²⁷ En efecto, de conformidad con la resolución N°7, de 2019, de Contraloría General de la República, están afectos a toma de razón la aprobación de contratos para la adquisición o suministro de bienes muebles o de prestación de servicios por trato directo, licitación privada o licitación pública, de acuerdo con los montos fijados por Contraloría; los que se encuentran regulados en la resolución N°8, de 2019, de Contraloría, que distingue entre umbrales de monto según competencia territorial de Contraloría. Además, se encuentran afectos a toma de razón las bases administrativas que se refieren a contratos o adjudicaciones afectos a toma de razón.

²⁸ Ley N°21.289.

²⁹ OECD Public Governance Reviews. Public Procurement in Chile. Policy options for efficient and inclusive framework agreements, 2017.

número de órdenes de compra; **(iii)** que estos bienes tengan precios de mercado; y, **(iv)** que para los mismos productos o servicios se cuente con modalidades de compra alternativas, como son las *bases tipo* (esto es, la aprobación por parte de la DCCP y toma de razón por parte de la Contraloría General de la República de bases de licitación para el suministro de determinados bienes o servicios, que se encuentran a disposición de los OAE para que liciten directamente), o el trato directo o la *compra ágil* (modalidad de compra directa regulada en el artículo 10 bis del Reglamento de Compras Públicas respecto de bienes o servicios de un monto igual o inferior a 30 UTM)³⁰.

I.4. Los anteriores convenios marcos licitados por la DCCP para la adquisición de bienes y servicios similares

En lo que a las licitaciones efectuadas en el marco de la Ley de Compras se refiere, históricamente los OAE han podido adquirir licencias de software de ofimática a través de diferentes proveedores. Para ello han existido dos tipos de convenios marcos, uno denominado Convenio Marco de Hardware y Software y otro denominado Convenios Marco Cloud.

Respecto del Convenio Marco de Hardware y Software existe un solo proceso previo, que será reemplazado una vez que entre en vigor el Convenio Marco cuyas Bases son objeto de esta Consulta. Este proceso previo es de 2014, oportunidad en la que se hizo el llamado a la licitación de “*Convenio Marco de hardware, licencias de software y recursos educativos digitales*” ID 2239-7-LP14 (“Convenio Marco 2014”).

El proceso del Convenio Marco 2014 tuvo como objeto agrupar en un mismo convenio la oferta para la adquisición de productos referidos a tecnologías de información. El Convenio Marco 2014 finalizaba el 27 de marzo de 2019; sin embargo, la DCCP prorrogó su vigencia hasta el 27 de marzo de 2021 o hasta la entrada en vigor del nuevo convenio marco³¹. En consecuencia, éste es el convenio marco actualmente vigente para la provisión de licencias de software.

Por su parte, respecto de los Convenios Marco Cloud existieron otros procesos que incluyeron servicios adicionales de software:

- (i)** El año 2013 se realizó la licitación para “*Convenio Marco Data Center y Servicios Asociados (enlaces, internet, cloud computing y servicios complementarios)*”, ID 2239-17-LP11³², en la cual resultaron como adjudicatarios en la categoría “Servicios de data center y Servicios complementarios” 40 proveedores, y en la categoría “Software como servicios y Plataforma como servicio”, 109 proveedores³³.

³⁰ De acuerdo con la información disponible en el sitio web de la DCCP: <https://www.chilecompra.cl/convenio-marco/> [última consulta: 13 de enero de 2021].

³¹ Resolución exenta N° 155-B, de 27 de marzo de 2019, de la DCCP, que “Dispone prórroga de CM ID 2239-7-LP14 Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales”.

³² El procedimiento de licitación se encuentra disponible en línea en: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=Mwzl8zSALWCezrzFMZA7vw==> [última consulta: 13 de enero de 2021].

³³ Resolución N°83, de 14 de noviembre de 2013, que “Adjudica propuesta pública ID 2239-17-LP11 – Data Center y servicios asociados”.

- (ii) Asimismo, el año 2015, la DCCP realizó una segunda licitación para “*Convenio Marco Data Center y Servicios Asociados (enlaces, internet, cloud computing y servicios complementarios)*” ID 2239-21-LR15³⁴. En este proceso resultaron como adjudicatarios en la categoría “Servicios de data center y Servicios complementarios” 27 proveedores, y en la categoría “Software como servicios y Plataforma como servicio” 22 proveedores –entre ellos, MSLI–³⁵. Este convenio finalizó el 10 de diciembre de 2019, sin que fuese licitado nuevamente.
- (iii) El año 2019, la DCCP dictó una resolución que “*Aprueba formato tipo de bases administrativas para la adquisición de servicios de data center*” y otra que “*Aprueba formato tipo de bases administrativas para la adquisición de servicios de cloud computing*”, separando de esta manera los servicios de data center y sus servicios asociados³⁶ de la adquisición de servicios de *cloud computing*³⁷.

I.5. Directivas dictadas por la DCCP

De conformidad con la función asesora del artículo 30 letra a) de la Ley de Compras, la DCCP ha dictado una serie de directivas que constituyen orientaciones y recomendaciones generales para las entidades contratantes. De relevancia para este caso son: (i) la Directiva de Contratación Pública N°24, sobre “*Instrucciones para la contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información*” (“Directiva N°24”)³⁸; y, (ii) la Directiva de Contratación Pública N°32, sobre “*Recomendaciones para la contratación de servicios en la nube*” (“Directiva N°32”)³⁹.

Para este tipo de bienes o servicios, dichas directivas: (i) identifican riesgos en el proceso de compras públicas, tales como, amenazas a la seguridad de la información⁴⁰, así como amenazas a la libre competencia⁴¹, y que se efectúe una incorrecta formulación del requerimiento técnico⁴²; y, (ii) establecen recomendaciones tanto para el diseño de licitaciones (“*[d]iseñar estas licitaciones en dos etapas, la primera técnica y la segunda económica. Así, se evalúa en detalle la calidad técnica de las propuestas, sin sesgos originados por la oferta económica*”)⁴³, como para los criterios de evaluación de los oferentes (considerando criterios de evaluación inclusivos, por ejemplo, para pequeñas y medianas empresas)⁴⁴.

Además, para servicios de *cloud computing*, la DCCP sugiere: (i) contar con bases técnicas que describan clara y complemente el requerimiento y establezcan con claridad los acuerdos de niveles

³⁴ El procedimiento de licitación se encuentra disponible en línea en: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=AwH9ywymVI51904OxmGH9g==> [última consulta: 13 de enero de 2021].

³⁵ Resolución N°21, de 5 de agosto de 2016, de la DCCP, que “Adjudica propuesta pública ID N°2239-21-LR15, para Convenio Marco de Data Center y servicios asociados”.

³⁶ Resolución N°14, de 27 de septiembre de 2018, de la DCCP, que “Aprueba formato tipo de bases administrativas para la adquisición de servicios de data center”. Tomada de razón por Contraloría el 7 de enero de 2019.

³⁷ Resolución N°11, de 2019, de la DCCP, que “Aprueba formato tipo de bases administrativas para la adquisición de servicios de cloud computing”. Tomada de razón con alcances por Contraloría mediante dictamen N°22.525, de 2019.

³⁸ Aprobada mediante resolución exenta N°571 B, de 1° de diciembre de 2015, de la DCCP.

³⁹ Aprobada mediante resolución exenta N°619 B, de 26 de noviembre de 2018, de la DCCP.

⁴⁰ Directiva N°24; pp. 6-7.

⁴¹ Directiva N°24; p. 8.

⁴² Directiva N°24; pp. 15-16.

⁴³ Directiva N°24; p. 21. En idéntico sentido, Directiva N°32; p. 19.

⁴⁴ Directiva N° 24, p. 23; Directiva N° 32, p. 24.

de servicio (“SLA”) esperados⁴⁵; y **(ii)** realizar un examen detallado de una serie de condiciones de seguridad, continuidad, privacidad y obligaciones de transparencia del proveedor⁴⁶⁻⁴⁷.

Si bien las directivas son lineamientos no vinculantes para los órganos públicos y proveedores, estos aspectos mencionados, vinculados con requerimientos técnicos que debe satisfacer la DCCP, estarían siendo desatendidos en las Bases según se explicará *infra*.

II.

Mercado relevante

II.1. El mercado relevante del producto es el de los bienes y servicios licitados

El H. Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que “*cuando es el Estado quien actúa como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, el mercado relevante es aquel al cual pertenecen los bienes o servicios licitados*”⁴⁸. En otras palabras, el ámbito de análisis queda definido por las bases de licitación⁴⁹.

De este modo, los mercados relevantes en que incide la Consulta son: **(i)** el de licencias de software de ofimática; y, **(ii)** el de servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática; en ambos casos, para su adquisición por OAE. Se trata de mercados de volúmenes no menores en términos de su importancia para los oferentes de estos bienes y servicios.

Las Bases cometen el error de tratar como bienes sustitutos a las diferentes modalidades de licencias de ofimática, sin reconocer que, por su naturaleza, son bienes altamente diferenciados.

En ese sentido, tal como se detalló *supra* (§I.2.1), participarían de los mercados relevantes involucrados las marcas Microsoft, Google Workspace, WPS Office, Apple, IBM Notes y Zimbra Cloud, así como todos aquellos distribuidores o *partners* con las que estas marcas trabajan.

Es importante mencionar que ambos mercados relevantes tienen como mercado conexo el de licencias de software de ofimática y el de servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática en el sector privado.

II.2. Mercado relevante geográfico

En este caso, en atención a que el Convenio Marco que se ofrece suscribir abarca a todo Chile, el mercado relevante geográfico es nacional.

⁴⁵ Directiva N° 32, pp. 21-22.

⁴⁶ Directiva N° 32, p. 7.

⁴⁷ Directiva N° 24, p. 28, y Directiva N° 32, pp. 7-8.

⁴⁸ H. Tribunal, Sentencia N°168/2019, considerando 12°: “*Que, en consecuencia, el mercado relevante está constituido por aquel en que inciden los bienes o servicios licitados*”.

⁴⁹ H. Tribunal, Sentencia N°138/2014, considerando 10°.

II.3. Mercado relevante temporal

La adjudicación del Contrato Marco será de un año renovable con posibilidad de prórroga y los contratos que se celebren a partir de dicho convenio podrán ser de uno, dos y tres años⁵⁰.

III.

Cláusulas de las Bases que podrían afectar la libre competencia

Existirían una serie de aspectos de las Bases que podrían infringir el DL 211, los que podrían ser eliminados o mitigados a partir de las condiciones que en definitiva indique el H. Tribunal, sin que con ello se vea obstaculizado el objetivo buscado con el Convenio Marco.

A este respecto, cabe puntualizar que recientemente finalizó la fase de *preguntas y respuestas* contemplada en el proceso de licitación del Convenio Marco. En ella se formularon varias observaciones por parte de actores interesados en ofertar en materias tales como: las limitaciones establecidas en las Bases respecto a la cantidad de proveedores que pueden resultar adjudicatarios⁵¹; la no consideración de aspectos técnicos en la evaluación, tales como seguridad, privacidad, calidad, entre otros⁵²; la definición de precios mínimos y máximos⁵³; y, la inclusión de una especie de cláusula de la nación más favorecida⁵⁴. Sin embargo, muchas de las respuestas otorgadas por la DCCP no permiten entender cabalmente si ha existido un análisis de las Bases a la luz de la normativa de defensa de la libre competencia.

El detalle respecto de cada uno de los problemas de libre competencia detectados se presenta a continuación.

IV.1. Las Bases no definen correctamente cada categoría de producto o servicio

III.1.1. Categoría 1: licencias de software ofimática

La Categoría 1 considera la licitación del suministro y el *servicio de adopción* de software licenciado de ofimática. Tal como se observa en la siguiente tabla, dentro de esta categoría las Bases contemplan cinco gamas diferenciadas en función del uso de herramientas de ofimática y de colaboración que conllevan, de la seguridad que ofrecen y de la posibilidad de instalarse o encontrarse exclusivamente en la nube⁵⁵:

⁵⁰ De acuerdo con lo estipulado en la cláusula 10.2, "Acuerdos complementarios", de las Bases, las entidades públicas pueden suscribir acuerdos complementarios con una vigencia de hasta tres años durante la vigencia del Contrato Marco.

⁵¹ Véase, al efecto, preguntas N°s. 22, 321, 322, 375, 376, 412, 436, 483, entre otras.

⁵² Véase, al efecto, preguntas N°s. 133, 278, 280, 283, 377, 462, 463, entre otras.

⁵³ Véase, al efecto, preguntas N°s. 339, 480, 481, 482, entre otras.

⁵⁴ Véase, al efecto, preguntas N°s. 188, 205, 486, entre otras.

⁵⁵ Bases, Punto 9.2.1; p.14.

Tabla N°1*Gamas contempladas en las Bases*

Gama 1 (nube)	1	Básica. Contacto y uso limitado de herramientas de ofimática.
Gama 2 (nube)	2	Normal. Uso intensivo de herramientas de ofimática y colaboración.
Gama 2 (nube e instalable)		Normal. Uso intensivo de herramientas de ofimática y colaboración.
Gama 3 (nube)	3	Avanzada. Uso intensivo de herramientas de ofimática y colaboración, añadiendo seguridad avanzada de información.
Gama 3 (nube e instalable)		Avanzada. Uso intensivo de herramientas de ofimática y colaboración, añadiendo seguridad avanzada de información.

Adicionalmente, en cada gama se distinguen los siguientes aspectos: **(i)** un precio según tramos de cantidad de usuarios –**(a)** más de 4.000; **(b)** 1.001 a 4.000; **(c)** 251 a 1.000; **(d)** 51 a 250; y, **(e)** 10 a 50–; y, **(ii)** un precio anual por usuario dependiendo de la duración del contrato –uno, dos o tres años⁵⁶–. Existe una obligación de ofertar en todos los tramos de usuarios.

El Anexo N°5, que especifica la oferta económica, no contiene más información que el espacio en blanco para completar el precio según tramos por cantidad de usuarios y la duración del contrato.

Por otro lado, las gamas 2 y 3 sólo permiten una oferta, sea ésta nube o nube e instalable.

Por su parte, los requerimientos técnicos de los bienes y servicios demandados son detallados en el Anexo N°7 de las Bases (“Oferta Técnica”). Este anexo es relevante por cuanto da lugar, en caso de cualquier incumplimiento, a la declaración de inadmisibilidad de la oferta. Ello, a pesar de que dicho Anexo no asigna ningún puntaje a la evaluación de los requisitos que exige ni tampoco especifica funcionalidades adicionales o da espacio para comparación de características⁵⁷. A modo de ejemplo, en la respuesta N°238 de la ronda de preguntas, la DCCP señaló que: “*Las características técnicas, de compatibilidad y de seguridad fueron consideradas para la definición de las características mínimas solicitadas, cualquier otro factor diferenciador de las licencias no serán considerados al momento de la evaluación*”.

Precisamente, para la Categoría 1, el Anexo N°7 especifica lo siguiente:

- (i)** El tipo de uso.
- (ii)** Las herramientas de ofimática requeridas, según si es una gama nube o una gama nube e instalable. Así, por ejemplo, para las gamas nubes 1, 2 y 3 se requiere de un: correo electrónico, procesador de textos, hoja de cálculos o planilla de cálculos, programa de

⁵⁶ Bases, Anexo N°5; p. 56.

⁵⁷ Bases, Punto 9.1.; p. 13.

presentación, gestor de bases de datos (opcional), gestor de información personal, agenda o calendario y herramientas colaborativas. Para las gamas nubes 2 y 3 se requiere adicionalmente de un cliente de correo electrónico instalable.

Las Bases señalan que los eventuales interesados sólo podrán ofertar los productos dispuestos por la DCCP, detallados en el Anexo N°7, de modo que éstos no podrán incorporar en su oferta productos nuevos. Asimismo, las Bases no permiten evaluar características adicionales de los productos para efectos de comparación, limitándose sólo al contenido de las herramientas básicas requeridas.

Además, se podrán sustituir productos por sus nuevas versiones, siempre que éstas posean iguales o mejores características, manteniendo o reduciendo el precio de los productos y siempre que la DCCP lo autorice⁵⁸.

- (iii) Ejemplos de productos: para las gamas 1, 2 y 3 nube se requiere un servicio básico, estándar y *premium*, respectivamente. Para la gama 2 y 3 nube e instalable también se requiere de un servicio estándar y *premium*, respectivamente.
- (iv) Capacidad mínima de dispositivos a instalar: dos en el caso de las gamas nube e instalable.
- (v) Capacidad mínima de almacenamiento de 30 gigabyte a 1 terabyte.

Luego, además de requerir en todas las gamas el componente de seguridad, únicamente existen dos definiciones: *Seguridad Estándar* (comprende los temas de autenticación, tales como identidad, acceso, conformidad, permisos y directivas), y *Seguridad Avanzada* (comprende los temas de integridad de los datos, tales como respaldo, restauración, revisión de amenazas, entre otros), sin que ellas sean descritas ni comparadas pese a su relevancia.

III.1.2. Categoría 2: servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática

Por su parte, la Categoría 2 considera la configuración, implementación, soporte y capacitaciones, entre otros servicios necesarios para implementar las licencias de software de ofimática –como, por ejemplo, la migración de correos electrónicos en caso de cambio del proveedor del software–⁵⁹. También se distingue entre tramos según cantidad de usuarios, a saber, **(a)** más de 4.000; **(b)** 1.001 a 4.000; **(c)** 251 a 1.000; **(d)** 51 a 250; y, **(e)** 10 a 50⁶⁰.

Para la Categoría 2, el Anexo N°7 detalla la información relativa al porcentaje de usuarios *adoptados* –lo que, como se verá, no está claro a lo que se refiere– y cantidad de implementaciones para el software de ofimática que debe presentar el oferente, pero deja abierto a la entidad contratante la

⁵⁸ Bases; p. 34

⁵⁹ Bases, Punto 9.2.2.; p. 14.

⁶⁰ Bases, Anexo N°5; p. 57.

definición de muchos elementos que son relevantes para efectos de definir la oferta en el Convenio Marco.

III.1.3. El proceso de preguntas y respuestas revela que existe un problema en las Bases

Durante el proceso de preguntas y respuestas, buena parte de las consultas estuvieron enfocadas en intentar precisar las categorías licitadas y su forma de adjudicación. Sin embargo, en gran parte de sus respuestas, la DCCP simplemente se remitió al Anexo N°7 de las Bases. La siguiente tabla muestra algunos ejemplos de lo anterior:

Tabla N°2

Ejemplos de preguntas y respuestas respecto de categorías licitadas

N°	Preguntas oferentes	Respuestas DCCP
8	donde se define que considera “licencia de Ofimática” termina con “etc..”, por favor pueden precisar, ya que hay muchos software que consideran este tipo manejo de información (agenda, calendario, gestion de RRHH, etc..). Como por ejemplo Licenciamiento de un sistema de gestión Hospitalaria (HIS o ERP) cae dentro de su definición de Ofimática...?	Revisar anexo N°7 que contiene el detalle de las especificaciones técnicas mínimas que debe tener la licencia de ofimática con la que postule.
53	En documento bases administrativas de convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática, punto 9.2.1.Licencias de software de ofimática, dice “Software licenciado gamatizado. El software de ofimática puede considerar: • Procesador de textos • Hoja de cálculos o planilla de cálculos • Programa de presentación • Gestor de bases de datos • Gestor de información personal • Agenda • Cliente de correo electrónico • Herramientas colaborativas • etc.”. Pregunta: ¿Es correcto entender que las licencias de software de ofimática propuestas deben cumplir con al menos una de las funcionalidades listadas, y no todas las incluidas en la lista, en forma copulativa?	Para la categoría 1 los proveedores deben entregar un panel donde se pueda gestionar el nivel de adopción, migración y configuración.
524	cuando se indica que la adjudicación será al oferente con mayor puntaje ponderado para la respectiva gama,	1) Es el resultado de multiplicar el puntaje obtenido en cada criterio de evaluación por los ponderadores señalados en la cláusula

Pregunta: 1) Que significa para ustedes puntaje ponderado? 2) Se considera como 3 gamas y subgamas, total 5 , o solo son 3 gamas y se promedian las subgamas. 3) Podríamos deducir que como máximo habrá para la categoria 1 tendremos 5 o 3 según sean sus respuestas como adjudicatorios.	9.4 2) Son 5 gamas como se indica en la cláusula 9.2 3) Categoría 1 comprende 5 gamas
---	---

Asimismo, en varias ocasiones se solicitó la entrega de definiciones o inclusión de un glosario, dada la confusión generada por los términos empleados o la redacción de ciertas cláusulas de las Bases, tales como “*adopción*” o “*usuarios adoptados*”, entre otros. Las respuestas de la DCCP no son completas y, de hecho, hacen referencia a conceptos distintos de aquellos cuya aclaración se solicita, lo que incluso tiende a incrementar esa confusión.

Tabla N°3

Ejemplos de preguntas y respuestas respecto de conceptos utilizados en las Bases

N°	Preguntas oferentes	Respuestas DCCP
14	Estimados favor es imperativo que compartan un glosario, para entender terminos como adopción correo, adopción colaboración, usuarios adoptados, entre muchos otros conceptos, pueden seguir como ejemplo bases de CENABAST, que no dan espacio para subjetividad.	Porcentaje de adopción se entiende como el porcentaje de usuarios que efectivamente utilizan la herramienta versus el número de usuarios totales.
41	Aclarar a que se refiere por usuarios adoptados	Porcentaje de adopción se entiende como el porcentaje de usuarios que efectivamente utilizan la herramienta versus el número de usuarios totales.
54	En documento bases administrativas de convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática, punto 9.2.1.Licencias de software de ofimática, dice “El servicio de adopción del software de ofimática debe ser parte del servicio que preste el proveedor de la licencia.” Pregunta: ¿A que se refiere con servicio de adopción del software?	Para la categoría 1 los proveedores deben entregar un panel donde se pueda gestionar el nivel de adopción, migración y configuración.
136	En el punto 9.2.1 de la bases se indica “El servicio de adopción del software de ofimática debe ser parte del servicio que preste el proveedor de la	Porcentaje de adopción se entiende como el porcentaje de usuarios que efectivamente utilizan la herramienta versus el número de usuarios totales

	licencia.” Solicito me puedan indicar a que se refieren con el servicio de adopción del software, de ser posible otorgar un ejemplo.	
431	¿Como se define exactamente el servicio de adopción de sw de ofimática?	Porcentaje de adopción se entiende como el porcentaje de usuarios que efectivamente utilizan la herramienta versus el número de usuarios totales
466	A que se refieren con servicio de adopción? Y si este tipo de servicios serán considerados post implementación, con el fin de dar continuidad luego del proyecto y explotar al máximo el potencial de la plataforma en el negocio?	Porcentaje de adopción se entiende como el porcentaje de usuarios que efectivamente utilizan la herramienta versus el número de usuarios totales
520	AMJM 16 Detallar que se considera como usuario adoptado	Porcentaje de adopción se entiende como el porcentaje de usuarios que efectivamente utilizan la herramienta versus el número de usuarios totales.

III.1.4. La actual redacción de las Bases en esta materia podría infringir el DL 211

La falta de claridad en las Bases, tanto en su diseño como en sus definiciones particulares, puede excluir a potenciales oferentes, sea porque éstos queden injustificadamente fuera o bien porque decidan no postular, considerando el riesgo que implica la falta de claridad del componente técnico y las múltiples interpretaciones que pueden hacerse por los proponentes sobre esta materia. Asimismo, las ambigüedades pueden redundar en una sobre o sub-valoración de la oferta a presentar por parte del proponente, así como una comparación incompleta –y por lo tanto discrecional– de las ofertas.

Así, por ejemplo, la definición dada por las Bases respecto del concepto “*Seguridad Avanzada*” es general o abstracta, pues incluye una serie de ejemplos sin una explicación del concepto o el estándar de certificación requerido. De este modo, es imposible diferenciar aquello que las Bases identifican como *Seguridad Estándar* respecto de *Seguridad Avanzada*, considerando que se trata de una clasificación o nomenclatura que no es utilizada en la industria y se presta para una evaluación excesivamente discrecional. Así, existen una serie de medidas de seguridad que son aplicables a los productos de Microsoft que no resulta posible entender si califican como atributos de *Seguridad Estándar* o *Seguridad Avanzada*, tales como: organización de la seguridad de la información, gestión de activos, seguridad relativa a los recursos humanos, seguridad física y del entorno, gestión de las comunicaciones y las operaciones, control de acceso, gestión de incidentes de seguridad de la información y gestión de la continuidad del negocio.

La respuesta de la DCCP a estas preguntas, por su parte, se remite a una respuesta anterior que se refiere a uno de los requisitos que deben satisfacer las ofertas técnicas, sin clarificar el concepto de “*Seguridad Avanzada*”, que forma parte de la definición de ciertas gamas.

Tabla N°4*Ejemplos de preguntas y respuestas respecto de concepto de “Seguridad Avanzada”*

N°	Preguntas oferentes	Respuestas DCCP
194	CHMS 8 Según lo indicado en el Anexo N°7: Oferta técnica respecto al DLP, ¿Qué alcance de cobertura se espera de esta herramienta?	<p>Para este servicio la solución mínima esperada de DLP es que cuente con proyección de antispam, antiphishing, antivirus, para al menos los correos y sus adjuntos, así como también cualquier y los archivos que se almacenan y/o circulan por la solución.</p> <p>Se espera, asimismo, que permita adicionalmente establecer filtros específicos por palabras, tipos de extensión de archivos; generar políticas de uso (con alertas y usuarios que están teniendo conflicto con las políticas y reglas establecidas) y que cumpla las políticas de seguridad establecidas en los decretos relacionados desde Gobierno Digital.</p> <p>Todo esto aplicable a nivel de dispositivos en los que esté configurado el usuario del servicio y administrable de manera centralizada.</p>
234	CHMS 37 9.2.1 Licencias de software de ofimática. Pg. 14. Aclarar que se entiende por uso limitado e intensivo producto instalable seguridad avanzada.	Por favor remitirse a la respuesta entregada a la pregunta N° 194.
439	Alcances de la gama 3 respecto a la seguridad avanzada de la información?	Por favor remítase a la respuesta entregada a la pregunta N°194.

En este sentido, la DCCP quiere comparar las licencias que se adquieren (instalable) y las que se suscriben (nube) para decidir si adquirir la licencia o suscribirse a la nube. Desafortunadamente, esta actividad que puede realizar un potencial comprador/usuario no la puede realizar la DCCP, principalmente porque dicho organismo no conoce el volumen ni las necesidades técnicas que se requieren por el OAE. En otras palabras, lo que se solicita en la gama 2 y 3 es recibir una sola oferta⁶¹ de precio por licencias o nube a partir de un número de usuarios. Sin embargo, las características técnicas que el Anexo N° 7 exige no son claras y consistentes porque hay diferencias entre las licencias instalables y de nube que no están siendo consideradas.

Como se explicó, muchos de los servicios ofrecidos por los proveedores de servicios de computación en la nube no resultan sustituibles por aquellos disponibles de parte de otros proveedores, pues no necesariamente reúnen las mismas características técnicas. En otras palabras, *“el hecho de que sean altamente estandarizados no quiere decir que puedan ser fácilmente intercambiables por otros,*

⁶¹ Bases; p. 15

*pues la oferta de un proveedor de servicios en la nube podría diferir de forma importante de la de otros proveedores, en cuanto a funcionalidades y características técnicas*⁶².

Por otra parte, existen servicios de garantía, soporte, privacidad y seguridad que ya vienen incluidos en la suscripción (Categoría 1 nube) y que, de acuerdo con las Bases, se deben calcular por separado para hacer la oferta en la Categoría 2 (por ejemplo, soporte). Aquí es notorio que las Bases fueron pensadas para una licencia de software que se adquiera y que requieren de un servicio de soporte. Lamentablemente, esto no se extiende al *cloud*.

III.1.5. Las propias directrices de la DCCP han llamado a evitar este riesgo de exclusión por falta de claridad en el diseño

En el mismo sentido que la Directiva N°24, en la Directiva N°32 se establece la necesidad de definir adecuadamente el requerimiento de compra, de modo de –entre otras finalidades– poder recibir ofertas mejor orientadas a las expectativas del órgano comprador, para lo cual “[l]a descripción del requerimiento tiene que quedar reflejada claramente en las bases técnicas, en los términos de referencia o en la intención de compra –si es una gran compra de convenio marco”, considerando, a lo menos, la descripción del organismo contratante y del problema o necesidad que se espera resolver con la contratación⁶³. La misma Directiva N°24 destaca la relevancia de las bases técnicas, señalando que “[s]i las bases técnicas no recogen correctamente el requerimiento, es probable que durante el desarrollo del proyecto surjan problemas de interpretación y dificultades para la ejecución del contrato”⁶⁴. También sugiere “[e]stablecer claramente y de manera realista, los niveles de servicio esperados (SLA)”, que “(...) definen el estándar de servicio que deberá cumplir la solución durante toda la vigencia del contrato, observando referentes nacionales e internacionales”⁶⁵.

Esta facultad de evaluar criterios técnicos puede estar restringida y contener supuestos objetivos que permitan configurar cada una de las hipótesis, dando así más certeza a los proponentes y, con ello, favoreciendo la participación del mayor número de ellos⁶⁶.

Asimismo, la Directiva N°32 consagra el *principio de seguridad en la nube*, señalando que “(...) los usuarios de servicios cloud necesitan medidas que garanticen que los riesgos asociados al almacenamiento de sus datos y ejecución de sus aplicaciones en un ambiente cloud son comprendidos y gestionados adecuadamente. Al ser responsabilidad del proveedor la implementación de algunas de estas medidas, los criterios de seguridad utilizados por éste deben ser reconocidos, transparentes y verificables”⁶⁷.

⁶² Banco Interamericano de Desarrollo, *Contratación Pública de Servicios de Computación en la Nube. Mejores prácticas para su implementación en América Latina y el Caribe*, 2020; p. 40.

⁶³ Directiva N°32; pp. 13-14.

⁶⁶ H. Tribunal, Sentencia N°34/2005, considerando 3°: “Que una efectiva competencia ex ante requiere que la licitación sea transparente y objetiva. La imposición de exigencias innecesarias puede reducir el número de participantes y con ello el grado de competencia. Un efecto similar puede tener la falta de transparencia, como ocurriría, por ejemplo, en caso de que las bases respectivas estipulasen que la licitación puede ser declarada desierta sin fundamento. En efecto, presentarse a una licitación involucra costos irrecuperables para los postulantes, por lo que, de no existir garantías de transparencia, muchos interesados en prestar el servicio podrían optar por no participar en dicho proceso”.

⁶⁷ Directiva N° 32; p. 7.

Algunos de los aspectos de seguridad a considerar de acuerdo con la Directiva N°32 son los siguientes: **(i)** contar con seguridad física y lógica, controles de acceso, identidad y autenticación robustos; **(ii)** proteger los activos de información y datos, tanto en tránsito como en reposo; **(iii)** considerar seguridad operacional, del personal y subcontratistas; **(iv)** demostrar gestión segura de los clientes, incluyendo la separación de los mismos y promoción del uso seguro del servicio; **(v)** proveer información de auditorías a los clientes; **(vi)** implementar ciberseguridad; **(vii)** reportar incidentes de seguridad; y, **(viii)** considerar el uso de normas internacionales de seguridad⁶⁸.

Asimismo, indica la Directiva N°24 que “[c]omo parte del proceso, la institución debe realizar un proceso de gestión de riesgos para evaluar y contrastar los beneficios de utilizar servicios cloud con los riesgos que podría implicar, incluyendo tanto los riesgos tecnológicos, legales, la reputación (goodwill) y los de negocio. Se sugiere realizarlo como parte de la formulación del requerimiento y de forma estratégica, para luego revisar en detalle el caso particular de cada posible proveedor”⁶⁹. Además, “(...) se recomienda revisar con detenimiento los contratos de prestación de servicios, y que éstos especifiquen claramente las mitigaciones a los riesgos identificados y las medidas de seguridad utilizadas para proteger los datos del Servicio. Por otro lado, tratándose de productos o servicios estandarizados, se debe analizar si cumplen los aspectos técnicos mínimos requeridos en este sentido. Se debe prestar especial atención en la jurisdicción aplicable a los servicios contratados, considerando temas como la naturaleza de los datos tratados (en particular si se trata de datos personales), propiedad de los activos, leyes y regulaciones normativas aplicables, responsabilidades contractuales interoperabilidad de los sistemas, entre otros”⁷⁰.

Finalmente, dentro de los riesgos que se identifican en este tipo de procesos licitatorios, la Directiva N° 24 de la DCCP incluye –entre otros– los siguientes:

- (i) Mala formulación del requerimiento técnico:** tal como señala la Directiva N°24, “(...) *es esencial que el requerimiento de compra esté definido correctamente. Si en las bases está mal determinado el bien o servicio que se desea contratar, la Entidad puede llegar a adquirir un producto que no satisfaga adecuadamente la necesidad que motivó el proceso, lo que implica un uso ineficiente de recursos públicos y una compra ineficaz. En síntesis, un riesgo inherente en esta etapa precontractual es definir incorrectamente los requerimientos técnicos del objeto a contratar, por desconocimiento de la oferta existente en el mercado y su pertinencia para satisfacer las necesidades del órgano comprador*”⁷¹.
- (ii) Amenazas a la libre competencia:** la Directiva N°24 advierte que pueden existir condiciones desfavorables para la entrada de nuevos proveedores, lo que pone en riesgo la libre competencia, por la presencia de ciertas barreras a la entrada, entre las cuales identifica “[e]l no contar con información técnica suficiente para estimar esfuerzos y costos asociados al proyecto”⁷².

En este sentido, las Bases no cumplirían con los requisitos de claridad y definición en el diseño establecidos en estas directrices.

⁶⁸ Directiva N° 32; pp. 7-8.

⁶⁹ Directiva N°32; p. 12.

⁷⁰ Directiva N°32; pp. 12-13.

⁷¹ Directiva N°24; pp. 15-16. El destacado es del original.

⁷² Directiva N°24, p. 8.

II.2. Las Bases no contemplan una fase de evaluación técnica

Las Bases establecen una sola etapa para la apertura y evaluación de las ofertas, en la cual se evaluará exclusivamente la oferta económica y se verificará el cumplimiento de los requerimientos de tipo administrativos⁷³.

Si bien las Bases no hacen referencia a la *evaluación* de la oferta técnica, tratándose de la Categoría 2 –según se verá a continuación–, se asignan ponderaciones asociadas a la evaluación de parámetros de carácter técnico.

En específico, para efectos de la evaluación de las ofertas, las Bases establecen los siguientes criterios y ponderaciones para cada una de las categorías licitadas:

Tabla N°5

Categoría 1: Licencias de ofimática

Criterios	Ponderación
Precio promedio para la gama	95%
Cumplimiento de requisitos formales	5%

Para la evaluación del criterio de “*precio promedio para la gama*” las Bases señalan que se considerará el precio ofertado para la gama correspondiente⁷⁴.

Tabla N°6

Categoría 2: Servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática

Criterios	Ponderación
Precio ponderado del servicio	50%
Usuarios adoptados para el software de ofimática	30%
Cantidad de implementaciones para el software de ofimática	15%
Cumplimiento de requisitos formales	5%

Para la evaluación del criterio “*precio ponderado servicio*” se considerará el precio promedio ponderado ofertado para los servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática para cada fabricante de software⁷⁵.

⁷³ Bases, Punto 9.3; p. 15.

⁷⁴ Bases, Punto 9.5.1.1; p. 17.

⁷⁵ Punto 9.5.1.2., p. 18, de las Bases.

III.2.1. El proceso de preguntas y respuesta devela que existe un problema en las Bases

Una serie de consultas realizadas en el período de preguntas y respuestas resaltan el hecho de que la DCCP no haya considerado aspectos técnicos en la evaluación, tales como seguridad, privacidad y calidad, entre otros. Asimismo, otras preguntas hacen presente la imposibilidad de la DCCP de efectuar una evaluación de los productos, dada la falta de especificaciones técnicas en las Bases.

En general, la DCCP entregó respuestas meramente formales, remitiéndose al Anexo N°7 de las Bases.

Tabla N°7

Preguntas y respuestas sobre aspectos técnicos a evaluar

N°	Preguntas oferentes	Respuestas DCCP
133	¿Cuál es el SLA requerido desde la solicitud a la ejecución de cada servicio?	No se entiende la consulta si se refiere a la migración o el requerimiento
278	CHMS 101 Anexo 7, punto 1, licencias de software ofimática, punto 1: Aclarar porqué en una materia tan estratégica como lo es la Ofimática, no se contemplan aspectos técnicos, de ciberseguridad, seguridad, privacidad, compliance, transparencia y otros, para asegurar a las instituciones públicas productos de calidad y conformes a las normas y políticas de privacidad y seguridad vigentes.	Esta licitación cumple con los aspectos de seguridad vigente en el Estado de Chile. Asimismo, es requerido que las ofertas cumplan con toda la normativa que exista o se elabore para estos efectos por la División Gobierno Digital o quien la reemplace.
280	CHMS 102 Anexo 7. La clasificación por gamas propuesta y la adjudicación exclusiva por precios no permite la comparación de funcionalidad o herramientas adicionales (ej. aspectos de seguridad) o capacidades por sobre las mínimas que son relevantes para la comparación con productos similares y que de ser evaluadas constituirían un mejor producto para las entidades públicas. Favor argumentar este punto.	Las características técnicas mínimas, de compatibilidad y de seguridad fueron consideradas para la definición de las características mínimas solicitadas y velando que exista competencia. Cualquier otro factor diferenciador de las licencias no serán considerados al momento de la evaluación.
283	CHMS 104 Respecto al Anexo N°7 ¿Se va a solicitar a las marcas demostrar certificaciones tales como GDPR u otras para poder contar con herramientas de ofimática con características mínimas de privacidad y seguridad para el estado?	Se podrá solicitar a los proveedores adjudicados certificaciones y otros, para poder validar las características mínimas de privacidad y seguridad declaradas en el Anexo N°7. Estos estándares de seguridad son entregados por otros organismos del estado responsables de esas materias.

377	¿Cómo se garantiza la satisfacción, calidad de servicio, continuidad y soporte oportuno con proveedores los que podrán ser independientes por categoría y gama permitiendo un proveedor de software y otro de migración y servicios con proveedores independiente? Tendrá SLA para los servicios y multas por incumplimiento?	Los niveles de servicio los define la entidad compradora mediante el respectivo acuerdo complementario.
462	¿Existen SLA definidos para los servicios de migración, soporte y configuración?	Los niveles de servicio los define la entidad compradora mediante el respectivo acuerdo complementario.
463	¿Existen SLA definidos para los soportes y reconfiguraciones?	Los niveles de servicio los define la entidad compradora mediante el respectivo acuerdo complementario.

Tabla N°8*Preguntas y respuestas sobre evaluación técnica de los productos*

N°	Preguntas oferentes	Respuestas DCCP
211	CHMS 66 10.4 Operatoria general del convenio. Pg. 25. Favor aclarar como la Dirección evaluará que los productos son idénticos si en el presente Convenio Marco no se pidieron requerimientos técnicos específicos para los productos que serán catalogados.	Se considerará el mismo nombre de licencia de software de ofimática en la nube, que cumpla con las especificaciones del Anexo N°7
232	CHMS 35 9.1. Requerimientos técnicos de los bienes y servicios requeridos ¿Cómo es posible que puedan declarar inadmisibles una oferta que no cumpla con los requisitos técnicos mínimos si ni siquiera se contempla una etapa de evaluación técnica con criterios objetivos de evaluación?	El artículo 22 del reglamento de la Ley de Compras establece que las bases de licitación deben contener, como mínimo, N°1: “Los requisitos y condiciones que deben cumplir los Oferentes para que sus ofertas sean aceptadas”. En este sentido, la normativa autoriza a establecer requisitos para poder participar, como podrían ser requisitos técnicos mínimos, lo que ha sido validado por nuestra Contraloría General de la República. En el caso de la presente licitación, los requerimientos técnicos o características de las licencias de software de ofimática se encuentran detallados en el Anexo N°7, por lo tanto, es información pública y objetiva que los oferentes pueden y deben tener en cuenta al momento de ofertar. En caso de no dar cumplimiento a cualquiera de estos requisitos técnicos mínimos, la oferta será declarada inadmisibles.

III.2.2. La actual redacción de las Bases en esta materia podría infringir el DL 211

Para el cumplimiento de los objetivos que persigue el Convenio Marco, es esencial que las tareas que los OAE deben desarrollar en el ejercicio de sus respectivas funciones puedan satisfacerse con la adquisición de los productos y servicios de ofimática. Para ello, las características del producto y servicio son esenciales. De este modo, al momento de determinar la adjudicación, las Bases no sólo deberían exigir un estándar de producto y servicio, sino que evaluar que dichos requerimientos técnicos se cumplan⁷⁶. Lo anterior contribuiría a la claridad y objetividad del proceso y, con ello, maximizaría la competencia entre oferentes.

Ahora bien, el que se liciten estándares de servicios supone definir con precisión el objetivo buscado por el OAE e incluir ítems equivalentes en la matriz de evaluación, para que la DCCP pueda evaluar las distintas ofertas en base al estándar final de servicio que prestan y no a su tecnología o mecanismo de operación en particular. Como se explicó, en los productos y servicios tecnológicos hay atributos que van mucho más allá del precio. Es el caso, por ejemplo, de las siguientes certificaciones⁷⁷:

- (i) Normas de centros de datos. Por ejemplo, ISO 22301 para gestionar sistemas de continuidad de negocios.
- (ii) Normas de seguridad. Por ejemplo, NIST SP800, ISO 27001, ISO 27017, COBIT.
- (iii) Normas de tratamiento de datos personales. Por ejemplo, ISO/IEC 27018:2014.
- (iv) Normas de gestión de la calidad. Por ejemplo, ISO 9001.
- (v) Normas de gestión ambiental. Por ejemplo, ISO 14001.

De este modo, el evaluar exclusivamente la variable económica no permitiría que los eventuales oferentes puedan competir adecuadamente en otras variables que son tanto o más importantes que el precio para productos y servicios como los que son objeto del Convenio Marco⁷⁸. Ello podría a su turno distorsionar el proceso competitivo propio de esta licitación.

Otro de los riesgos para la libre competencia de evaluar exclusivamente la oferta económica es que en el futuro existan renegociaciones a partir de la falta de especificidad del componente técnico. Esto no sólo afectaría al Estado por cuando tendría que pagar sumas mayores a las adjudicadas, sino que también afectaría directamente la calidad del producto o servicio y a los potenciales

⁷⁶ En este sentido, la FNE ha señalado: “La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores. La evaluación se efectuará a través de un análisis económico y técnico, debiendo remitirse para esto a los criterios de evaluación en las Bases”. Fiscalía Nacional Económica. Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019). Informe Final, noviembre 2020. p. 101.

⁷⁷ Es habitual exigir a los proveedores de servicios en la nube que se adhieran a ciertos estándares internacionalmente reconocidos y se encuentren certificados. Banco Interamericano de Desarrollo, Contratación Pública de Servicios de Computación en la Nube. Mejores prácticas para su implementación en América Latina y el Caribe, 2020; p. 70

⁷⁸ Resolución N°52/2018, considerando 43°.

oferentes que no tuvieron esas condiciones en consideración. Como se sabe, además, las renegociaciones *ex post* alteran los equilibrios de la licitación *ex ante*, subvirtiendo los efectos beneficios de este último tipo de mecanismos.

Además, al no evaluar el aspecto técnico, se podría incentivar la existencia de subsidios cruzados, pues un oferente podría ofertar un precio más atractivo, pero recuperar dicha pérdida a través de otras actividades conexas, por ejemplo subsidiar los bienes de la Categoría 1 con los servicios de la Categoría 2.

III.2.3. Las propias directrices de la DCCP han llamado a evitar este riesgo de soslayar la evaluación técnica

La forma de evaluación incorporada por la DCCP en las Bases –en la que se excluye la variante técnica–, es opuesta a lo indicado por su misma Directiva N°32. Allí se hace referencia a la importancia de separar la evaluación técnica de la económica⁷⁹. Luego, la Directiva N°24 sugiere, en relación con las bases administrativas para el diseño de licitaciones de este tipo de bienes o servicios, entre otros aspectos, el “[d]iseñar estas licitaciones en dos etapas, la primera técnica y la segunda económica. Así, se evalúa en detalle la calidad técnica de las propuestas, sin sesgos originados por la oferta económica”⁸⁰.

En particular en lo relativo a las cláusulas para servicios de *cloud computing*, la Directiva N° 24 sugiere lo siguiente:

“Si contrata servicios Cloud Computing realice un examen detallado de las condiciones de seguridad, continuidad y privacidad asociadas. A partir de ello, pondere los riesgos críticos que pueden estar asociados con la operación de tales servicios.

Se sugiere contratar directamente con el prestador del servicio de cloud, es decir, con quien se obliga a llevar adelante el servicio (Por ej. quien almacena la información y protege la confidencialidad de los datos).

Es importante que el contrato con dicho proveedor considere los estándares de seguridad y continuidad operativa comprometidos, en especial respecto del cuidado de los datos (Por ej. a través del cifrado en su almacenamiento y transmisión).

Incluya obligaciones de transparencia del proveedor, en orden a conocer la ubicación de los servidores que almacenan los datos y de recibir notificaciones oportunas frente a incidentes de seguridad. Es deseable contemplar condiciones para auditar los servicios cloud del proveedor.

Además, indique expresamente el uso de datos permitido para el proveedor y restrinja todo aquél que no guarde relación directa con la prestación del servicio contratado.

Contemple la posibilidad de recuperar y descargar los datos que se encuentren en dependencias o sistemas del proveedor o sus subcontratistas, para poder migrar la información, sin mayores costos, a un nuevo proveedor una vez terminado el contrato”⁸¹.

⁷⁹ Directiva N°32, p. 19.

⁸⁰ Directiva N°24; p. 19.

Esta forma de evaluar es también distinta a licitaciones pasadas a las que se hizo referencia *supra*. Precisamente, la licitación del Convenio Marco 2014 consideró dentro de sus categorías licitadas (y como *Categoría de Nivel 1*) al suministro de licencias de software⁸² y, dentro de éstas, al suministro de software de negocios y ofimática⁸³. De este modo, a diferencia del actual proceso, el Convenio Marco de 2014 consideró criterios técnicos y no solo económicos para la evaluación de las ofertas respecto de cada una de las categorías –también la de licencias de software–, según se puede apreciar en la siguiente tabla⁸⁴:

Tabla N°9

Criterios considerados por el Convenio Marco 2014 para la evaluación

Criterio de evaluación	Ponderación
Precio ponderado	85 puntos
Condiciones técnicas de calidad de servicio	10 puntos
Cumplimiento políticas y/o programas de sustentabilidad	5 puntos

También a diferencia del actual proceso de licitación, el criterio de *precio ponderado* de las bases de licitación del Convenio Marco 2014 consideró los precios por *productos* ofertados, comparados con productos de idéntico tipo, marca, modelo, medida y atributos extendidos⁸⁵⁻⁸⁶. Por su parte, el criterio *condiciones técnicas de calidad de servicio* consideró tres subcriterios: *servicio técnico autorizado* (2 puntos) –que consideró el que el oferente poseyera un servicio técnico autorizado para el período de garantía, en cada una de las regiones en las cual postulase–; *garantía extendida* (4 puntos) –que consideró la entrega de garantías por sobre los tres meses legales–; y, *mejora de niveles mínimos de servicio* (4 puntos) respecto de productos sujetos a modalidad de arriendo⁸⁷. Es decir, los estándares técnicos estaban claramente definidos y eran plenamente razonables para cubrir las necesidades de los OAE, sin que en caso alguno pudiesen considerarse como barreras a la entrada para eventuales interesados en participar del proceso.

De modo consistente, la OCDE ha indicado que, utilizados correctamente, los criterios de adjudicación distintos al precio recompensan la innovación y las medidas que racionalizan costos, a la vez que fomentan el establecimiento competitivo de precios⁸⁸.

⁸² Bases de licitación del Convenio Marco 2014, punto 9.1.; p. 8.

⁸³ Anexo N°1 (Bases Técnicas) del Convenio Marco 2014; p. 55.

⁸⁴ Bases de licitación del Convenio Marco 2014, punto 9.2.; p. 12. Lo mismo ocurre con las Bases de licitación del servicio de *cloud*, que definen una adjudicación en dos etapas, con una preselección de ofertas que reúnen las características técnicas requeridas.

⁸⁵ Bases de licitación del Convenio Marco 2014, punto 9.2., pp. 12-13.

⁸⁶ Para la definición del precio ponderado se realizaron los siguientes pasos. **Primero**, se calculó un descuento ponderado por número de órdenes de compra para cada cuatro tramos definidos, y un flete ponderado por concepto de recargo por entrega de productos en regiones, en caso de que correspondiera. **Segundo**, se definió un intervalo de confianza, para aquellos casos en que un producto tuviese más de dos ofertas válidas, de modo de establecer un límite superior y un límite inferior entre los cuales fluctuaba el precio final (ponderado) para cada producto, de forma de poder considerarlo como una oferta válida. **Tercero**, se calculó la variación porcentual entre el precio mínimo y el precio máximo de un intervalo de confianza. **Cuarto**, respecto de las ofertas de precios que se encontraban dentro del intervalo de confianza y que no fueron descartadas por la variación porcentual, se comparó el precio final del producto ofertado entre todos los proveedores, respecto del precio mínimo para el mismo producto evaluado, obteniéndose el puntaje del oferente. Bases de licitación del Convenio Marco 2014, punto 9.2.; pp. 11-16.

⁸⁷ Bases de licitación del Convenio Marco 2014, punto 9.2.; pp. 16-17.

⁸⁸ OCDE, Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, 2012; p. 12.

III.3. Las Bases adjudican el Convenio Marco a un proveedor por gama

De acuerdo con las Bases, para la Categoría 1 la adjudicación deberá efectuarse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje ponderado para la respectiva gama⁸⁹. En caso de empate, la adjudicación se hará a quien primero hubiese ofertado.

De este modo, podrá haber un solo adjudicatario por cada gama de la Categoría 1 –y no por *producto*, como fue licitado en el Convenio Marco 2014–. Para la categoría 2, la adjudicación deberá efectuarse a los cinco oferentes que obtengan los mayores puntajes ponderados para la respectiva gama⁹⁰.

En primer lugar, no existiría justificación alguna para establecer una diferencia entre el número de eventuales adjudicatarios de la Categoría 1 (un adjudicatario por gama) y la Categoría 2 (hasta cinco adjudicatarios).

Por otra parte, las Bases contemplan la posibilidad de que una vez vigente el Convenio Marco, las entidades inicien procesos de *grandes compras*, en virtud de los cuales deberán comunicar su intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido⁹¹. Sin embargo, y como consecuencia de que las Bases prevén la adjudicación a un solo oferente en la Categoría 1, el procedimiento de *grandes compras* dispone que “*aun cuando en la categoría ‘Licencias de software de ofimática’ se adjudica solo a un proveedor por cada gama, es posible que en una Gran Compra las Entidades permitan la participación de gamas superiores y/o equivalentes para el requerimiento, con el objeto de aumentar la competencia*”⁹². De esta forma, en el marco de un proceso de *gran compra*, es posible que resulte adjudicatario de una determinada gama un proveedor adjudicatario de una gama distinta en el Convenio Marco. Además de presentar un problema de coherencia –pues ahora se permitiría a un proveedor participar de una gama distinta en la cual no había resultado adjudicado–, esta modalidad sólo permitiría que, en el extremo, participen dos oferentes en una licitación *de gran compra*, lo que reduciría sustancialmente la competencia que puede promover ese proceso, y que es precisamente uno de los objetivos de las *grandes compras*.

Finalmente, el criterio temporal para decidir en caso de empate de ofertas no parece ser un mecanismo objetivo y técnicamente fundado, al convertir la licitación en una asignación del tipo *el primero que llega*.

III.3.1. El proceso de preguntas y respuestas devela que existe un problema en las Bases

En la fase de *preguntas y respuestas*, se formuló la siguiente pregunta: “*Podrían aclarar cuantos proveedores serán adjudicados en este convenio marco?*” y, la DCCP respondió lo siguiente: “*Según indican las bases en*

⁸⁹ Bases, Punto 9.7.; p. 21.

⁹⁰ Bases, Punto 9.7.; p. 21.

⁹¹ Bases, Punto 10.11; p. 31.

⁹² Punto 10.11.1, p. 32, de las Bases.

la cláusula 9.7, la categoría 1 como máximo puede tener hasta 5 proveedores (uno por cada una de las 5 gamas) en la categoría 2 son 5 proveedores como máximo para cada licencia de software de ofimática”.

Además, se formulan una serie de preguntas destinadas a aclarar la razón en virtud de la cual se optó por limitar la cantidad de proveedores que pueden resultar adjudicatarios del Convenio Marco, haciéndose presente que con ello se está afectando la posibilidad de participar a un mayor número de actores, restringiéndose así la competencia⁹³. Las respuestas de la DCCP no se vislumbran como satisfactorias, al contemplar una vaga remisión a los principios aplicables en materia de contratación pública⁹⁴; señalar –erróneamente– que las licencias de ofimática en la nube son servicios estandarizables⁹⁵; o, incluso, al reconocer que el diseño de la licitación busca la competencia para entrar al Convenio Marco, pero no al interior de éste⁹⁶ –que es precisamente uno de los objetivos primordiales de los procesos de grandes compras–. En efecto, el diseño de las Bases no permite que exista competencia en el desarrollo de las *grandes compras*, que son los procesos más cuantiosos y significativos desde el punto de vista de su volumen o entidad (sobre UTM 1.000), por cuanto sólo podrá participar el único proveedor adjudicado en esa gama. Sin embargo, la DCCP permite, en estas Bases, que además participe un proveedor que no fue adjudicado en esa gama. Lo anterior ocurre porque la DCCP sabe que de lo contrario siempre y cada vez que se haga una *gran compra* será adjudicado el mismo único proveedor, pero en cualquier caso sujeta a la entidad contratante a la posibilidad, a lo sumo, de elegir sólo entre dos oferentes.

Esto tampoco sería consistente con el artículo 30 letra g) de la Ley de Compras Públicas, que precisamente va en un sentido contrario, al señalar que es función de la DCCP: *“Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta”.*

III.3.2. La actual redacción de las Bases en esta materia podría infringir el DL 211

El hecho de que exista un solo adjudicatario por cada gama podría afectar la libre competencia porque, con ello, se excluiría injustificadamente a un número relevante de competidores, impidiéndose la competencia *ex post* al interior de los seleccionados dentro del Contrato Marco. Ello podría generar un riesgo de abuso de parte del proveedor, quien puede disminuir la calidad del bien o servicio –lo que en el presente caso podría darse con mayor facilidad al no existir una adecuada descripción de los requerimientos técnicos– y, por otro lado, un incentivo a recurrir a

⁹³ Véanse, al efecto, las preguntas N°s. 19, 22, 321, 322, 375, 376, 412, 436, 483, entre otras.

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, la respuesta a la pregunta N°321: *“La normativa de compras públicas prescribe el principio de libre competencia de los oferentes, el cual se encuentra resguardado en esta licitación, por cuanto no se establecen barreras de entrada para participar. Este principio tiene por fin la libre participación de los oferentes, pero no que todos ellos resulten adjudicados, pues debe existir competencia en un proceso concursal. Asimismo, la misión institucional de la Dirección de Compras y Contratación Pública es generar eficiencia en la contratación pública, con altos estándares de probidad y transparencia”.*

⁹⁵ Véase, por ejemplo, la respuesta a la pregunta N°322: *“El convenio marco 2239-7-LP14 (que finaliza el 27 de marzo de 2021) no contempla dentro de su alcance licencias de software en la nube (cloud computing). Las licencias de software de ofimática en la nube son servicios más estandarizables, de uso transversal y de frecuente uso de los organismos públicos”.*

⁹⁶ Véase, por ejemplo, la respuesta a las preguntas N°s. 483 y 484, que señala: *“El diseño de este convenio marco establece que los proveedores deben competir por entrar a este convenio marco, asegurando así la mejor relación precio-producto durante la ejecución del mismo”.*

los tratos directos, que es justamente el proceso en el cual se produce la menor competencia y que las autoridades han buscado limitar y restringir.

En este mismo sentido el Banco Interamericano del Desarrollo ha señalado que es recomendable realizar los contratos de dos etapas:

“La suscripción de contratos con los proveedores en un acuerdo marco siempre tiene al menos dos etapas. En una primera etapa, se convoca a los proveedores —por lo general a través de licitación pública— y se establece un contrato marco con ellos, no necesariamente específico en cuanto a todas las condiciones técnicas y comerciales. Así quedan prenegociadas una serie de condiciones ventajosas para el conjunto de entidades públicas, las que difícilmente podrían lograr esto negociando por separado. Luego, en una segunda etapa, cada entidad completa y suscribe un contrato individual, denominados call-off en varios países. Este contrato puede ser muy sencillo, como por ejemplo una orden de compra en la que solamente se indiquen las cantidades solicitadas, dado que los precios o especificaciones técnicas ya han sido definidos en el marco. Sin embargo, dependiendo del tipo de bien o servicio que requiera una entidad individual, muchas veces es preciso un contrato call-off con mayores especificaciones técnicas o comerciales. Incluso, es habitual establecer que deba efectuarse una nueva negociación entre cada una de las entidades requirentes y el o los proveedores que forman parte del acuerdo marco, las que suelen llamarse mini licitaciones. Su objetivo es mejorar las ofertas iniciales o entregar una oferta personalizada a la entidad individual requirente”⁹⁷.

En este mismo sentido, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) ha recomendado utilizar más el mecanismo de *gran compra*, que genera una nueva competencia entre los mismos participantes del acuerdo⁹⁸. Al adjudicar a sólo un proveedor por gama en el caso de la Categoría 1, las Bases suprimen esta posibilidad, y asimismo incentivan el trato directo como única alternativa para contratar productos que no son fácilmente sustituibles por el único adjudicado, lo que queda refrendado en numerosas respuestas a las preguntas formuladas al respecto.

III.3.3. Las propias directrices de la DCCP han llamado a evitar este riesgo

La Directiva N°24 reconoce que el proceso de licitación de contratos marcos generan amenazas a la libre competencia⁹⁹, siendo uno de ellos la asignación de monopolios injustificados.

A diferencia del actual proceso, en la licitación del Convenio Marco 2014 éste se adjudicó, en la *Categoría Nivel 1*, a todos aquellos oferentes cuyos productos obtuvieron 80 puntos totales o más, de acuerdo con los criterios de evaluación¹⁰⁰. En virtud de lo anterior, en la categoría de licencias de software, la propuesta pública fue adjudicada a 588 oferentes¹⁰¹. MSLI fue una de las

⁹⁷ Banco Interamericano de Desarrollo, *Contratación Pública de Servicios de Computación en la Nube. Mejores prácticas para su implementación en América Latina y el Caribe*, 2020; p. 40.

⁹⁸ Fiscalía Nacional Económica. *Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019). Informe Final*, noviembre 2020. p. 172: “Además, el convenio marco tiene la posibilidad de realizar una nueva competencia entre los mismos participantes del acuerdo llamada Gran Compra. Estimamos que, si bien está aplicado correctamente el criterio de cuándo se debe reabrir la competencia, se puede utilizar más aún de lo que ya se está haciendo”.

⁹⁹ Directiva N° 24; p. 8.

¹⁰⁰ Bases de licitación del Convenio Marco 2014, punto 9.4.; p. 22.

¹⁰¹ Resolución N°7, de 27 de febrero de 2015, de la DCCP, que “Adjudica propuesta pública ID N° 2239-7-LP14, para Convenio Marco Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales”; pp. 26-35.

adjudicatarias del Convenio Marco 2014, adjudicándose 26 productos¹⁰² –de forma no exclusiva–, correspondientes a licencias de Office Professional Plus, Core Cal y Windows Enterprise¹⁰³. De este modo, el diseño de la licitación del Convenio Marco 2014 permitió a todos los OAE sujetos a la Ley de Compras a elegir dentro de dichos 588 adjudicatarios de licencias de software del Convenio Marco 2014 a aquel que mejor se ajustara a sus necesidades.

III.4. Precios mínimos y precios máximos

Las Bases establecen precios mínimos y máximos referenciales a los que deben ajustarse las ofertas económicas para cada categoría licitada, que se encuentran detallados en el Anexo N°5 de las Bases (de “Oferta Económica”). De este modo, “[Los productos cuyos precios superen los máximos definidos por la DCCP, o bien, que sean inferiores a los precios mínimos publicados por la DCCP para ese producto, serán descartados y no continuarán en el proceso de evaluación”¹⁰⁴.

Según se puede apreciar en las Tablas N°10 y N°11, que reproduce lo dispuesto por el Anexo N°5, las Bases hacen públicos los precios mínimos y máximos que deben respetar los oferentes. En el caso de la Categoría 1, y respecto de las gamas 1, 2 y 3, se publica un precio mínimo por cada gama y un precio máximo por cada gama y año de contrato. Por su parte, tratándose de la Categoría 2, se publica el precio máximo que no pueden superar los precios de las ofertas:

Tabla N°10

Precios mínimos y máximos para la Categoría 1

Gama	Precio mínimo anual por usuario (USD netos)	Precio máximo anual por usuario de acuerdo con vigencia de contrato (USD netos)		
		1 año	2 años	3 años
Gama 1				
Más de 4.000 usuarios	21	50	48	45
1.000 a 4.000 usuarios	21	51	48	46
251 a 1.000 usuarios	21	53	50	48
51 a 250 usuarios	21	55	52	50
10 a 50 usuarios	21	57	54	51
Gama 2				
Más de 4.000 usuarios	43	100	95	90
1.000 a 4.000 usuarios	43	104	99	94
251 a 1.000 usuarios	43	107	102	96
51 a 250 usuarios	43	111	105	100
10 a 50 usuarios	43	115	109	104
Gama 3				
Más de 4.000 usuarios	72	168	160	151
1.000 a 4.000 usuarios	72	174	165	157
251 a 1.000 usuarios	72	180	171	162
51 a 250 usuarios	72	186	177	167
10 a 50 usuarios	72	192	182	173

¹⁰² Ibidem, p. 26.

¹⁰³ Carta de oferta económica, de MSLI, de 22 de enero de 2015, a la DCCP, ID Licitación 2239-7-LP14.

¹⁰⁴ Bases, Punto 6.3.; p. 8.

Tabla N°11*Precios máximos para la Categoría 2*

Tramo cantidad de usuarios	Precio máximo por usuario (USD netos)
Más de 4.000 usuarios	15
1.000 a 4.000 usuarios	15
251 a 1.000 usuarios	15
51 a 250 usuarios	15
10 a 50 usuarios	15

III.4.1. El proceso de preguntas y respuestas devela que existe un problema en las Bases

Una serie de consultas realizadas en el período de preguntas y respuestas cuestiona la idoneidad de que las Bases definan precios mínimos y máximos por los efectos que ello genera para la libre competencia.

La respuesta de la DCCP a este respecto hace una muy amplia mención a la necesidad de propender a la eficacia, eficiencia y calidad en la contratación pública, así como al hecho de que la autoridad goza de la facultad legal para suscribir convenios marcos, lo que parece ser una explicación que dista de ser suficiente.

Tabla N°12*Preguntas y respuestas sobre precios mínimos y máximos*

N°	Preguntas oferentes	Respuestas DCCP
224	CHMS 29 6.3 Anexos Económicos señala : “Los precios ofertados deben ser iguales o superiores a los precios mínimos referenciales publicados por la DCCP en el Anexo N° 5 para ese producto. Asimismo, deben ser iguales o inferiores a los precios máximos referenciales publicados por la DCCP también dentro del mismo anexo. Los productos cuyos precios superen los máximos definidos por la DCCP, o bien, que sean inferiores a los precios mínimos publicados por la DCCP para ese producto, serán descartados y no continuarán en el proceso de evaluación”. ¿En que Ley o Reglamento vigente se establece la facultad de la DCCP de fijar precios máximos y mínimos?. ¿Si no existe una norma expresa que habilite a la DCCP a fijar precios máximos y	La determinación de precios máximos y mínimos se realiza para propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en las contrataciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N°19.886. Por su parte, la Dirección de Compras tiene la facultad legal de suscribir Convenios Marco, en los términos y condiciones de la Ley N°19.886 y su reglamento.

	mínimos, no podría entenderse que esta es una cláusula ilícita?	
339	Definir precios máximos y mínimos atenta contra la libre competencia, favor aclarar la legalidad.	Por favor remítase a la respuesta entregada a la pregunta N°224.
480	AMJM 6.3 Anexo Económico señala: ¿Por qué razón las bases de licitación establecen precios mínimos y precios máximos? En particular, ¿tuvo presente la DCCP que las autoridades de libre competencia han objetado este tipo de diseños de Bases (por ejemplo, véase, Fiscalía Nacional Económica, minuta de archivo Investigación Reservada Rol N°2598-20 FNE)?	Por favor remítase a la respuesta entregada a la pregunta N°224.
481	AMJM 6.3 Anexo Económico. En el supuesto de que la razón para establecer precios mínimos sea garantizar un cierto nivel de calidad en los productos o servicios, ¿no sería más razonable eliminar el precio mínimo, que ha sido cuestionado por las autoridades de libre competencia, y establecer una evaluación técnica de éstos para así garantizar la calidad?	Por favor remítase a la respuesta entregada a la pregunta N°224.
482	AMJM 6.3 Anexo Económico. ¿Se ha considerado que los precios mínimos pueden limitar el número de oferentes en la licitación, y en particular reducir la competencia entre revendedores y socios de negocios?	Por favor remítase a la respuesta entregada a la pregunta N°224.

Asimismo, también existen una serie de consultas respecto a los criterios tenidos en consideración por la autoridad para determinar dichos precios de referencia¹⁰⁵, cuestionamientos que sólo fueron respondidos de modo muy genérico por la DCCP¹⁰⁶.

III.4.2. La actual redacción de las Bases en esta materia podría infringir el DL 211

Las bases que incorporan precios mínimos y máximos eliminan los incentivos para una competencia en el precio entre los oferentes, y podrían restringir la participación de algunos proveedores relevantes, más aún cuando el precio no es evaluado de forma adicional a otras características relevantes.

¹⁰⁵ Véase, al efecto, pregunta N°223, entre otras.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, la respuesta a la pregunta N°223, que señala: "Los precios máximos y mínimos definidos para este proceso se originan como parte del análisis de procesos de grandes compras y análisis de grandes contratos".

Desde el punto de vista de la libre competencia, la existencia de precios mínimos podría infringir el DL 211, porque a partir de ellos se podría reducir la competencia entre fabricantes y distribuidores y facilitar la colusión. En teoría, el mercado debería ser quien define el precio mínimo y no la DCCP. Dado el plazo y tipo de contrato a adjudicar, no parecen existir tampoco problemas de *maldición del ganador*, en términos de ofertas manifiestamente bajas que arriesguen el cumplimiento del contrato y justifiquen entonces establecer precios mínimos.

En este sentido, la FNE ha detectado que la inclusión de precios mínimos en licitaciones de conformidad con la Ley de Compras se correlaciona negativamente con el número de competidores que se presentan a éstas:

“(...) observamos una correlación negativa y estadísticamente significativa entre el número de competidores y la presencia de precios de referencia. De manera similar a como procedimos en el caso de las limitantes a la competencia, comparamos la fracción de licitaciones con un número de ofertas inferior a 3 en dos submuestras: aquellas con y sin precio de referencia. La fracción en el primer grupo, que representa aproximadamente un 15% de las licitaciones, es igual a un 58%; en el segundo este número decrece a 37%. Esta diferencia de medias es significativa de acuerdo a un test t, con un p-valor igual a 0.55%, y se encuentran con un 95% de confianza entre un 6 y un 36%”¹⁰⁷.

Además, en una resolución de archivo sobre denuncia por licitación de luminarias públicas, la FNE constató que el requerimiento de precios mínimos habría explicado razonablemente las similitudes y coincidencias entre los montos presentados por los oferentes¹⁰⁸.

Asimismo, esta cláusula, sumada además a la cláusula de nación más favorecida que se explicará *infra*, podría facilitar la colusión —al otorgar publicidad a los precios y condiciones de contratación— o a lo menos probabilidades de paralelismo consciente. A este respecto, no se puede desatender que la forma más probable de que exista colusión es por reparto de mercado de mercado y fijación de precios¹⁰⁹.

En el fondo, el precio mínimo fijado por la DCCP opera en la práctica como un precio mínimo de reventa al cual podrían acceder los distribuidores de los fabricantes. Como se sabe, las restricciones para aplicar un precio mínimo de reventa son una materia sensible en el derecho de la competencia, como lo muestra la jurisprudencia de jurisdicciones de referencia como Estados

¹⁰⁷ Estudio de Mercado sobre Compras públicas (EM05-2019). Informe Final. Noviembre 2020; p. 188.

¹⁰⁸ FNE, Resolución de archivo investigación Rol N°2598-20: “seis empresas participantes se habrían limitado a ofrecer un precio igual o muy cercano al mínimo admisible, dadas las restricciones impuestas a las ofertas económicas establecidas por la entidad licitante en las bases de la licitación, lo que justificaría razonablemente las similitudes y coincidencias entre los montos presentados por tales oferentes. La municipalidad había indicado que no se aceptarían ofertas económicas que superaran un 10% del presupuesto referencial del municipio, ni que fueran inferiores al 95% del mismo monto”.

¹⁰⁹ OCDE, Collusion and corruption in public procurement, 2010; p 409. “we should recognise that most collusive conduct in relation to procurement by way of public tender is, in most of its essential aspects, indistinguishable from any of the other familiar forms that collusion takes insofar as its essential mechanisms involve the fixing of a price and the allocation of a market. Because the form that the purchase takes is that of a public tender, it presupposes that the colluding firms agree which firms will participate in the tender, will bid for the contract (market allocation), and the minimum price or maximum discount (price fixing) that will be tendered by those firms who are designated as the losers of the bid, in order to ensure that the pre-determined winner, does indeed triumph. Hence, when all is said and done for the most part the rigging of a bid in response to a public tender is concerned with familiar questions of price fixing and market allocation”.

Unidos¹¹⁰ y Europa¹¹¹. De hecho, un acuerdo de no cobrar una tarifa inferior a la fijada es un cartel¹¹², y la circunstancia de que una autoridad haya promovido ese precio mínimo no quita la posibilidad de que tal cartel exista¹¹³, aunque las empresas podrían ver disminuidas sus multas¹¹⁴. Ni siquiera el Reglamento de la Unión Europea que permite acuerdos de transferencia de tecnología acepta que se fijen precios mínimos de reventa¹¹⁵.

De este modo, las Bases están diseñadas de forma tal que los incentivos estarían puestos para que ninguno de los oferentes se esfuerce por competir agresivamente en precios, pues el ofertar bajo el precio mínimo establecido por la DCCP haría inadmisibles las ofertas.

Más todavía, al imponer precios mínimos, la lógica indica que el OAE no necesariamente estaría comprando más barato, sino que podría llegar a pagar un sobreprecio¹¹⁶. Además, exigir un precio mínimo no necesariamente va de la mano con asegurar una calidad mínima. Para ello es necesario definir claramente el requisito técnico y posteriormente evaluarlo. En esta misma línea se ha pronunciado la FNE:

“(…) la exigencia de un precio mínimo como la observada en esta Licitación podría impactar negativamente la competencia económica entre oferentes, considerando además que el aseguramiento de estándares de calidad puede realizarse, de mejor manera, a través del establecimiento de criterios técnicos de evaluación o admisibilidad. En efecto, y tal como ha destacado la literatura, en licitaciones donde el precio y la calidad son variables relevantes, el comprador obtiene una utilidad esperada superior al realizar evaluaciones por medio de reglas de asignación de puntajes por atributos, en vez de fijar un precio

¹¹⁰ “Dr. Miles vs John Park” (1911); “USA vs Colgate” (1919). La imposición de precios máximos de reventa no es contrario a la libre competencia, como sí podría serlo un acuerdo de precios o la imposición de precios mínimos. “Spray Rite vs Monsanto” (1984). Los acuerdos para fijar de precios son contrarios a la libre competencia, especialmente si se trata de precios mínimos.

¹¹¹ Commission Decision (83/546/EEC) Cast Iron and Steel Rolls OJ [1983] L 317/1, [1984] 1 CMLR 694. Commission Decision (86/399/EEC) Belgian Roofing felt OJ [1986] L 232/15 Commission decision upheld in Case 246/86 Belasco v EC Commission [1991] 4 CMLR 96. See also Vitamins (2003/2/EC) OJ [2003] L 6/1, para 590; Commission Decision Citric Acid (2002/742/EC) OJ [2002] L 239/18, para 82. Commission Decision (69/202/EEC) VVVF OJ [1969] L 168/22, [1970] CMLR D1. Commission Decision (72/478/EEC) GISA OJ [1972] L 303/45, [1973] CMLR D125. Commission Decision (82/896/EEC) AROW/BNIC OJ [1982] L 379/1, [1983] 2 CMLR 240–Case 123/83 Bureau National Interprofessionnel du Cognac v Clair [1985] ECR 391, [1985] 2 CMLR 430. Commission Decision AROW/BNIC. Commission Decision (92/444/EEC) Scottish Salmon Board OJ [1992] L 246/37. Commission Decision (93/438/EEC) CNSD OJ [1993] L 203/27. Commission Decision (95/188/EC) Coapi OJ [1995] L 122/37. Commission Decision of 2 October 2001, Sodium Gluconate, I Case COMP/36756.

¹¹² OJ [2003] L 6/1, [2003] 4 CMLR 1030. Commission Decision (2003/674/EC) Methionine OJ [2003] L 255/1. Commission Press Release IP/02/1585, 30 October 2002. Case AT.39965 – Mushrooms.

Siete empresas americanas participaban en licitaciones del servicio de transporte con el Ministerio de Defensa, con posturas más elevadas al precio mínimo acordado adjudicándose fraudulentamente los contratos con sobrepagos. Así, en contratos de transporte de los años 2001 y 2002, el Ministerio de Defensa pagó importantes sobrepagos. Bundeskartellamt Activity Report 2005/2006, pp. 45-46

¹¹³ El acuerdo es anticompetitivo sin perjuicio de que haya sido sometido a una consulta ante la autoridad porque distorsiona la competencia. Commission Decision (82/896/EEC) AROW/BNIC OJ [1982] L 379/1, [1983] 2 CMLR 240–Case 123/83 Bureau National Interprofessionnel du Cognac v Clair [1985] ECR 391, [1985] 2 CMLR 430. BNIC v Clair [1985] ECR 391, para 22.

¹¹⁴ Commission Decision (1999/271/EC) Greek Ferries OJ [1999] L 109/24.

¹¹⁵ No 316/2014 artículo 4(2)(b) de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. El Reglamento de la Unión Europea que permite acuerdos de transferencia de tecnología, no permite acuerdos que persigan la restricción de la capacidad de una parte de determinar sus precios al vender productos a terceros, sin perjuicio de la posibilidad de imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

¹¹⁶ La adecuada inversión de los fondos públicos no es una materia de competencia del TDLC. Sentencia N° 114/2011 relativo a los registros públicos de proveedores.

mínimo con estándares mínimos de calidad definidos. Por lo mismo, las autoridades de competencia suelen desaprobado esta clase de restricciones¹¹⁷.

Por lo demás, las Bases que establecen un precio mínimo no necesariamente garantizan calidad y pueden excluir injustificadamente algunos oferentes, constituyendo una barrera a la entrada.

Por otra parte, los precios máximos también pueden considerarse como anticompetitivos si se acredita que con ellos se produce un daño efectivo a la competencia¹¹⁸⁻¹¹⁹. Si bien el revelar la disposición a pagar del licitante evita que las ofertas excedan del presupuesto de la entidad contratante (según los cálculos de la DCCP), es posible que, habiendo podido obtenerse precios mejores, no se obtengan dado que la tendencia será a acercarse al rango máximo del precio al que está dispuesto a pagar el licitante¹²⁰.

En cuanto al precio máximo, si se aceptara incluirse, podría ser conveniente no transparentarlo en las Bases. A este respecto, la OCDE ha señalado que *“El precio máximo de reserva sólo debe utilizarse si se basa en profundas investigaciones del mercado y los funcionarios están convencidos de su alto nivel de competitividad. El precio de reserva no debe publicarse, sino mantenerse en confidencialidad en el expediente o depositarlo en otra autoridad pública”*¹²¹.

Finalmente, un tema que se relaciona con la fijación de precios mínimos y máximos consiste en que las Bases, en la práctica, dificultarían la participación de un número relevante de distribuidores. Si bien las Bases no se refieren a proveedores específicos, a partir de su diseño el Estado podría estar buscando contratar al fabricante (marca) y no los distribuidores; por otro lado, se exigiría ofertar en cada gama para el total de usuarios. Esto es consistente con el hecho de que para la Categoría 1 se quiera seleccionar a un solo proveedor por gama, según se explicó *supra*.

Esto es relevante, pues en relación con los criterios para la evaluación de los oferentes, la Directiva N°24 recomienda considerar criterios de evaluación inclusivos (por ejemplo, pequeñas y medianas empresas)¹²². Es importante evitar cualquier tipo de trato preferencial para cierta categoría o tipo de proveedor¹²³, lo que en las Bases no se estaría cumpliendo.

En suma, no existirían justificaciones razonables y proporcionales para la cláusula de precios mínimo y máximos, y sí riesgos de libre competencia asociados a ellos.

¹¹⁷ FNE, Resolución de archivo investigación Rol N°2598-20; p.6.

¹¹⁸ “USA Petroleum vs Arco” (1990). No es condenable la imposición de precios máximos de reventa si no se acredita un daño efectivo a la competencia.

¹¹⁹ “En principio, la fijación de un precio máximo es lícita ya que el distribuidor puede libremente fijar un precio inferior, pero deja de serlo si dicho límite es tan bajo que le priva de esa libertad. Esta práctica también puede dar lugar a acuerdo de precios.” (Consulta CTI, Fensa-Madems. Dictamen N°122 de 1976 de la Comisión Preventiva Central).

¹²⁰ Comisión Nacional de la Competencia de España. “Guide on Public Procurement and Competition”; pp.18-19. Disponible en: http://www.icnblog.org/wp-content/uploads/2011/03/GUIA_CONTRATACION_EN_v31.pdf. [Fecha última consulta: 13 de enero de 2020].

¹²¹ Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública. OECD 2012; p 9.

¹²² Directiva N°24; p. 23.

¹²³ Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública. OECD 2012; p 10.

III.5. Las Bases contemplan una suerte de cláusula de nación más favorecida

Las Bases contemplan además una especie de *cláusula de nación más favorecida*, en los siguientes términos:

“El adjudicatario se compromete a mantener en Convenio Marco, las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes respecto de los bienes y/o servicios pertinentes a este Convenio Marco, incluidas las ofertas que realice en sus tiendas físicas o electrónicas. En caso de que un comprador detecte que el precio en la tienda física o electrónica de un determinado proveedor es menor que el precio publicado en la tienda electrónica, habiendo ya emitido una orden de compra en relación a este producto, el adjudicatario deberá, mediante nota de crédito u otro medio, ajustar el valor de la orden de compra emitida, respetando el menor precio encontrado”¹²⁴.

En esta misma línea, disponen las Bases que “[c]ualquier mejora en las condiciones de compra para un comprador deberán extenderse a todos los compradores”¹²⁵. Asimismo, el contrato tipo contenido en las Bases incluye como una de las causales para que la DCCP proceda al bloqueo de fichas de productos en la tienda electrónica del Convenio Marco, la siguiente:

“En caso de detectar que el proveedor adjudicado no mantiene las condiciones más ventajosas a través de la tienda electrónica que esta Dirección disponga para que los organismos públicos puedan adquirir los productos, o que en el mercado las condiciones económicas son más favorables que al contratar a través de este convenio, la DCCP bloqueará aquellos productos que luego de comparar los precios resulten ser menos convenientes, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 10.4 de las bases de licitación. El tiempo de éste se extenderá hasta que el proveedor refleje dicho valor como un precio permanente dentro del convenio y no por medio de una oferta especial. Adicionalmente, la DCCP podrá solicitar facturas que avalen el precio ofrecido, las cuales deberán ser legibles en su totalidad”¹²⁶.

III.1.2. El proceso de preguntas y respuestas devela que existe un problema en las Bases

Varias de las consultas realizadas en el período de preguntas y respuestas cuestionan la inclusión de esta cláusula de nación más favorecida¹²⁷. A este respecto, la DCCP se limitó a responder que con ello “no se observan impactos a la libre competencia”¹²⁸, sin ahondar de modo alguno en por qué, a su juicio, ello sería efectivo.

¹²⁴ Punto 10.3, p. 23, de las Bases, y cláusula 5 del Anexo N°8 (Formato de contrato tipo Convenio Marco).

¹²⁵ Punto 10.8, p. 30, de las Bases; y cláusula 10.VIII del Anexo N°8 (Formato de contrato tipo Convenio Marco).

¹²⁶ Cláusula 15.2.1., p.74, del Anexo N°8 (Formato de contrato tipo Convenio Marco) de las Bases. En el mismo sentido, punto 10.4, p. 25, de las Bases, que señala que “(...) las ofertas de los adjudicatarios podrán ser bloqueadas de las fichas de los productos en la tienda electrónica cuando no correspondan a precios más convenientes dentro de Convenio Marco en comparación con los precios de mercado. Para ello, la DCCP podrá monitorear, a lo menos una vez al año, los precios de los productos de este Convenio Marco, bien sea contrastando con los precios del sitio de venta del mismo proveedor a particulares, mediante cotizaciones de terceros por productos idénticos; a través de reportes de ahorro y/o informes de comportamiento de los precios de Convenio Marco vs. la industria”.

¹²⁷ Véase, al efecto, preguntas N°s. 188, 205, 486, entre otras.

¹²⁸ Véase, al efecto, la respuesta a la pregunta N°486.

III.4.3. La actual redacción de las Bases podría infringir el DL 211

Como el H. Tribunal bien sabe, las cláusulas de la nación más favorecida permiten que los beneficiarios de éstas reciban los mejores precios del mercado. En general, estas cláusulas se incluyen cuando quien ofrece el producto o presta el servicio tiene una posición monopólica, de modo que el beneficiario **(i)** se asegura que no estará siendo discriminado; y, **(ii)** evita renegociar los precios, ajustándolos a los de mercado, sobre todo en un contrato de largo plazo.

Sin embargo, las autoridades de libre competencia han indicado que estas cláusulas pueden tener los siguientes efectos anticompetitivos:

- (i)** En vez de bajar los precios, pueden incentivar a que éstos se mantengan o suban, pues quien ofrece un descuento a un tercero debe considerar el costo de rebajar el precio al beneficiario de la cláusula. Por lo tanto, se reducen los incentivos a menores precios y el proveedor tiende a ofrecer mayores precios en el agregado. Esto se daría especialmente en los casos en que la entidad beneficiada por la cláusula posea una participación de mercado relevante, pues en ese caso la rebaja obligatoria tendría un impacto mayor en el oferente.
- (ii)** Pueden facilitar la coordinación de precios de los oferentes, ya que hace públicos los precios y facilita el monitoreo de éstos¹²⁹.
- (iii)** Disminuye los incentivos a participar de la licitación, pues el oferente deberá considerar que cualquier ajuste de precios debe ser extendido al beneficiario de la cláusula, que en este caso cubre una porción no menor de la demanda.

Además, la cláusula de nación más favorecida contemplada en las Bases no se hace cargo de las diferencias que existen entre el mercado público y el privado y que, legítimamente, podrían justificar que los proveedores ofrezcan condiciones comerciales distintas a uno y otro tipo de clientes sin que ello configure una práctica de discriminación arbitraria. Como se reconoce en el Dictamen N° 24, los OAE tienen menos flexibilidad que un cliente del sector privado. No pueden someter las diferencias del contrato a un arbitraje; no pueden eximir o limitar la responsabilidad del proveedor si incumple; no es opcional la aplicación de multas o garantías; no puede establecer por contrato de indemnizaciones a favor del proveedor en caso de término anticipado¹³⁰, entre otras diferencias.

Lo anterior es relevante, pues siendo el mercado público uno de volúmenes significativos, es probable que la existencia de esta cláusula desincentive a bajas de precios en el mercado privado,

¹²⁹ Pinar Akman. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*; p. 6: “*They provide reassurance to buyers who might be faced with certain risks in investing in a relationship with the particular seller and thereby facilitate trade that would not otherwise take place. In contrast, they may also be a mechanism that facilitates the fixing of prices and collusion, as well as the foreclosure of the market due to the impossibility of agreeing better deals with potential entrants than the deal with an incumbent whose contract contains an MFC clause with an important input supplier*”.

¹³⁰ Directiva N°24; p. 9.

considerando que ello deberá extenderse automáticamente al primero. De este modo, la cláusula en cuestión podría estar distorsionando la competencia en un mercado conexo.

IV.

Competencia del H. Tribunal para conocer de esta Consulta

De acuerdo con la jurisprudencia de este H. Tribunal y de la Excm. Corte Suprema, este H. Tribunal tiene competencia para conocer de los hechos, actos o contratos ejecutados o por celebrarse de un OAE, tanto por la vía contenciosa como no contenciosa:

“[l]as normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el H. Tribunal el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción”¹³¹.

En particular, respecto del análisis de bases de licitación públicas el H. Tribunal ha indicado que “(...) las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello”¹³². Más todavía, el H. Tribunal ha destacado que, el Estado “al licitar los servicios no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace también en representación de otros –los chilenos y habitantes de Chile en general”¹³³.

Además, el H. Tribunal no sólo tiene competencia para ordenar condiciones que no infrinjan la libre competencia, sino que además podría promoverla. Así, la prevención efectuada en la Resolución N° 58/2019 proponía asegurar una entrada más frecuente de nuevos operadores a la plataforma de DCCP¹³⁴, lo que es consistente con la doctrina que sostiene que el rol de las autoridades de libre competencia en esas materias resulta clave:

“La existencia de un proceso licitatorio no implica la ausencia de un rol para la autoridad antimonopolios. Ella debe estar presente para cautelar que el proceso sea competitivo y en algunas ocasiones velar para que el diseño del objeto subastado y del mecanismo de asignación busquen la maximización de bienestar y no otro objetivo que pudiera perseguir, por ejemplo, una autoridad sectorial que lleva el proceso”¹³⁵.

Ahora bien, conforme con la jurisprudencia del H. Tribunal en estas materias, al analizar el diseño de bases de licitación en esta sede se debe procurar la mantención de *mínimas condiciones de rivalidad*, lo que “se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros

¹³¹ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N°6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del H. Tribunal N°100/2010. En el mismo sentido se pronunció el H. Tribunal en Sentencia N°138/2014, considerandos 7° y 13°, Sentencia N°114/2011, Sentencia N°121/2012, Sentencia N°132/2013, Sentencia N°157/2017, Resolución N°50/2017.

¹³² H. Tribunal, Sentencia N°138/2014, considerando 13°.

¹³³ H. Tribunal, Sentencia N°132/2013, considerando 19°.

¹³⁴ “Si lo que se busca es fomentar la libre competencia, es de su parecer que sería mejor introducir cambios al Convenio Marco vigente, que permitan una entrada más frecuente de nuevos operadores a la plataforma de ChileCompra, siempre que cuenten con los requisitos para ello”.

¹³⁵ Harrison, Rodrigo y Muñoz, Roberto. Política de Competencia en Procesos de Licitación de Bienes y Recursos. En: H. Tribunal. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Op. Cit. pp.375-397.

agentes económicos; **(ii)** establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, **(iii)** limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases”.¹³⁶ Iguales condiciones son aplicables, *mutatis mutandi*, al ámbito de las compras públicas¹³⁷.

Las cláusulas y exigencias incluidas dentro de determinadas bases de licitación no sólo deben ser analizadas por separado, sino también como un todo, pues es posible que, si bien individualmente éstas no sean capaces de disuadir a determinados proponentes a participar, en conjunto sean capaces o tengan la aptitud de afectar la competencia, por ejemplo, al restringir el número potencial de oferentes de la licitación. De este modo, en su conjunto las Bases deben contemplar sólo requisitos objetivos y razonables para así no establecer restricciones infundadas a la competencia¹³⁸.

En otras palabras, el H. Tribunal puede analizar si “*las cláusulas de las bases administrativas infringen las normas de defensa de la libre competencia, restringiendo la participación, en igualdad de condiciones, de competidores a los procesos licitatorios en cuestión o impidiendo la selección del competidor más eficiente (Sentencia N° 37/2006, consideración decimocuarta)*”. Asimismo, “*si las exigencias impuestas por las bases de licitación reducen o pueden reducir sin fundamento el número de oferentes que puedan participar en un proceso de contratación*”¹³⁹.

Por otro lado, la licitación debe cumplir con el estándar de restringir en menor medida la participación de oferentes de cualquier tamaño. En palabras del H. Tribunal: “*Que, por lo tanto, a juicio de este Tribunal, el diseño de la licitación podría haber sido realizado de forma tal que restringiera en menor medida la participación de oferentes de cualquier tamaño, pudiendo eventualmente existir fórmulas alternativas que favoreciesen una mayor participación de proponentes idóneos, ampliando las oportunidades para competir, en este caso, ‘por la cancha’*”¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

En este caso, las Bases sometidas a Consulta no estarían garantizando las mínimas condiciones de rivalidad necesarias, tanto en la competencia en la fase del Contrato Marco –pues los problemas expuestos en la §III *supra* podrían desincentivar la participación de eventuales interesados o excluirlos arbitrariamente–; y, tampoco permitirían la competencia entre adjudicatarios del Contrato Marco, al restringir su número a uno o, a lo sumo y en el mejor de los casos, a dos.

En línea con lo anterior, si no existen justificaciones técnicas, objetivas y transparentes, que no sean discriminatorias ni arbitrarias, sería recomendable incluir los estándares equivalentes, de modo de no limitar innecesariamente el número de potenciales oferentes de la licitación. Lo anterior es consistente con lo indicado por el H. Tribunal al resolver que “*(...) en general, una licitación que*

¹³⁶ H. Tribunal. Sentencia N° 138/2014, considerando 17°.

¹³⁷ H. Tribunal. Resolución N° 58/2019.

¹³⁸ H. Tribunal. Resolución N° 58/2019.

¹³⁹ H. Tribunal. Sentencia N° 132/2013, considerando 20°. Aquí el H. Tribunal cita, entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideraciones 4°, 25° y 26°; Sentencia N° 77/2008, consideraciones 24° a 34°, 36°, 41° a 49° y 55°; Sentencia N° 92/2009, consideraciones 33°, 34°, 36° y 46°; Sentencia N° 105/2010, consideraciones 52°, 59° y 64°; Resolución N° 7/2005, consideraciones 4° a 8° y 12°; Resolución N° 13/2006, consideraciones 12° y 13°.

¹⁴⁰ H. Tribunal. Sentencia N° 105/2010. Considerando 64°

¹⁴¹ H. Tribunal. Sentencia N° 34/2005. Considerando 4°. “*(...) en general, una licitación que contenga exigencias que reducen sin fundamento el número de empresas que puedan participar, o que no cumpla con condiciones de transparencia, es contraria a libre competencia, puesto que, por un lado, excluye en forma injustificada a eventuales competidores y, por otro, como consecuencia de lo anterior, puede llevar a que los usuarios deban pagar una tarifa mayor*”.

contenga exigencias que reducen sin fundamento el número de empresas que puedan participar, o que no cumpla con condiciones de transparencia, es contraria a libre competencia, puesto que, por un lado, excluye en forma injustificada a eventuales competidores y, por otro, como consecuencia de lo anterior, puede llevar a que los usuarios deban pagar una tarifa mayor”¹⁴².

En palabras de la OCDE, lo recomendable al momento de diseñar procesos de licitación pública es:

- “Fomentar la competencia maximizando la participación de proveedores potenciales:
1. Estableciendo requisitos de participación transparentes, no discriminatorios, y que no limiten injustificadamente la competencia;
 2. Diseñando, en la medida de lo posible, especificaciones y bases de licitación que se centren en el rendimiento funcional, concretamente en los logros a alcanzar, en lugar de en la manera de hacerlo, para atraer al mayor número de oferentes a la licitación, incluso a los proveedores de productos sustitutos;
 3. Permitiendo, cuando proceda, participar a empresas de otros países u otras regiones del país en cuestión; y
 4. Cuando sea posible, permitir la participación de empresas más pequeñas, aun cuando no puedan presentar ofertas por la totalidad del contrato”¹⁴³.

De ahí que, lo solicitado en esta Consulta es que el H. Tribunal analice las Bases; determine si los problemas detectados efectivamente pueden afectar la competencia en el proceso de licitación del Convenio Marco, pudiendo con ello infringir el DL 211; y, en su caso, determine las medidas que deberá adoptar la DCCP para subsanar los riesgos, promoviendo así la existencia de condiciones mínimas de rivalidad en el proceso.

VI.

Medidas preventivas

H. Tribunal, Microsoft estima que a la luz de los problemas de libre competencia expuestos, sería necesario adoptar al menos las siguientes medidas preventivas:

- (i) Que las Bases contengan una descripción adecuada de cada bien o servicio licitado, incluyendo todos los detalles técnicos que sean necesarios para comprender a cabalidad la necesidad que requiere ser cubierta en cada uno.
- (ii) Incorporar criterios técnicos que se consideren relevantes y razonables (tales como seguridad, políticas de uso aceptables, protección de datos para los servicios *online*, limitación al uso y finalidad de los datos de los clientes, notificaciones previas al término de las funcionalidades, retención de datos luego de terminado el contrato, entre otros).
- (iii) Procurar que las Bases sean lo más claras posibles tanto en su diseño como en sus definiciones particulares para que no existan múltiples interpretaciones o una subvaloración de las ofertas a presentar por parte de los proponentes. Ejemplo de lo anterior, es incorporar una

¹⁴² Sentencia N°34/2005. Considerando 4º. En el mismo sentido, véase, Sentencia N°105/2010. Considerando 64º.

¹⁴³ OCDE, Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, 2012; p. 2.

definición precisa y acabada de conceptos tan relevantes como los de *Seguridad Estándar* y *Seguridad Avanzada*¹⁴⁴.

(iv) Ordenar que las Bases contemplen una primera fase de evaluación técnica, que permita definir un listado de proponentes habilitados, y una posterior fase de evaluación de las ofertas económicas presentadas por estos últimos, que, como se ha dicho, debiese considerar como factor de adjudicación el menor precio. Esto, con el objeto de que se evalúen en su mérito las materias técnicas por una parte y los criterios económicos por otra, para disminuir las posibilidades de discrecionalidad y que la DCCP se asegure de adjudicar el Convenio Marco a aquellos proveedores que mejor cumplan con las necesidades técnicas y económicas de los OAE.

(v) Establecer en las Bases que las categorías contempladas en el Convenio Marco podrán ser adjudicadas a más de una empresa, eliminando la adjudicación de un único proveedor por gama. Esto, con el objeto, entre otras cosas, de fomentar la competencia y diseñar el mecanismo de licitación de una manera consistente con los principios aplicables a las *grandes compras* de conformidad con la Ley de Compras.

(vi) Permitir la participación de distintos oferentes en cada gama según distintos rangos de usuarios y no todos en conjunto.

(vii) Prohibir la publicación de precios mínimos y máximos en las Bases.

(viii) Ordenar la eliminación de la cláusula de nación más favorecida de las Bases.

VII.

Cumplimiento de requisitos de admisibilidad de la Consulta

La Consulta sometida a conocimiento del H. Tribunal reúne los requisitos necesarios para iniciar la tramitación de un asunto no contencioso en los términos referidos por el artículo 18 N°2 del DL 211.

VII.1. La materia propuesta corresponde a un asunto no contencioso

La materia sometida a consulta al H. Tribunal consiste en determinar si las Bases se ajustan o no al DL 211. En palabras de la Excma. Corte Suprema, con esta Consulta “*sólo se ha pedido que el Tribunal emita un pronunciamiento de calificación o determinación de la eventual disconformidad entre unas disposiciones singulares y a la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto*”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Otros ejemplos son conceptos tales como caso fortuito o fuerza mayor, citados en las Bases Administrativas, “1.7 Plazos de la Licitación” (p. 10), que deberían ser especificados dentro de lo que fuere posible. Por otro lado, deben regularse claramente aspectos de propiedad intelectual de las bases de datos, softwares, y cualquier otro producto generado con ocasión de la prestación del servicio licitado.

¹⁴⁵ Causa Rol N°1324-2015 considerando 7°.

Microsoft no tiene conocimiento de que exista alguna controversia jurídica ya sea a partir de esta misma Consulta o en otro procedimiento recaído sobre esta misma materia. Así como fue señalado por la Excm. Corte Suprema, en los asuntos no contenciosos “*la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto a precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar*”¹⁴⁶. Además, “*parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución*”¹⁴⁷.

VII.2. Los hechos, actos o contratos es uno por celebrarse

El acto consultado son las Bases del Convenio Marco.

El plazo para la recepción de ofertas no ha vencido, por cuanto el 5 de enero pasado se amplió el término de cierre de recepción de ofertas hasta el 3 de febrero de 2021¹⁴⁸. De este modo, no ha existido aún un proceso de selección o adjudicación por el cual el H. Tribunal podría declararse incompetente¹⁴⁹.

Así, el H. Tribunal puede analizar y pronunciarse respecto de las Bases, por cuanto existe en este caso en particular una posibilidad objetiva y efectiva de que con ellas se esté infringiendo el DL 211.

VII.3. Interés legítimo

Microsoft tiene interés legítimo en la materia objeto de esta Consulta, por cuanto está directamente relacionada con las Bases del Contrato Marco, al ser un agente económico que comercializa los bienes y servicios que son objeto del Convenio Marco. Así se cumple plenamente con el estándar establecido, en el sentido de que “*el acto le afecte de alguna forma*”¹⁵⁰.

VII.4. Se solicita fijar condiciones preventivas

Las medidas propuestas por Microsoft al H. Tribunal constituyen disposiciones meramente preventivas y están “*destinadas a evitar infracciones a la libre competencia, y no a juzgar responsabilidad*”¹⁵¹.

En conclusión, esta Consulta cumple plenamente lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del DL 211.

¹⁴⁶ Causa Rol N°4797-2008 referida en la sentencia causa Rol N° 1324-2015 considerando 5°

¹⁴⁷ Causa Rol N°346-2013 referida en la sentencia causa Rol N° 1324-2015 considerando 5°

¹⁴⁸ Resolución N°02, 5 de enero de 2021. ID 2239-28- LR20.

¹⁴⁹ H. Tribunal, Resolución de término de 27 de diciembre de 2018 en la causa Rol N° 451-2018 considerando 4°. “*que este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias acaecidas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases administrativas y técnicas (sentencia Rol N° 13972-2013, considerando noveno), cuestión que sería de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública*”.

¹⁵⁰ Causa Rol N° 4384-2008 referida en la sentencia causa Rol N°1324-2015 considerando 8°.

¹⁵¹ Causa Rol N°1324-2015, considerando 7°.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, y de lo dispuesto en los artículos 18 N°2, 31 y demás normas pertinentes del DL 211 y normativa citada,

AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESPETUOSAMENTE PIDO: tener por iniciado el presente asunto no contencioso y, sobre la base de los antecedentes de hecho, jurídicos y económicos desarrollados en esta presentación, determinar las condiciones con los que deberían cumplir las bases de licitación pública del “*Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática*” aprobadas mediante la Resolución N°29 de 20 de noviembre de 2020 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, para cumplir adecuadamente con la normativa de defensa de la libre competencia, ordenando la adopción de las medidas preventivas señaladas en lo principal de esta presentación o, en subsidio, las que el H. Tribunal estime como adecuadas.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañados los documentos que a continuación se listan, adjuntos a esta presentación:

1. Copia de la Resolución N°29, de fecha 20 de noviembre de 2020, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que “*Aprueba bases de licitación pública para el convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática*”.
2. Copia del Anexo N°1 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Declaración jurada sin deudas previsionales*”.
3. Copia del Anexo N°2 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Declaración jurada sin conflictos de interés*”.
4. Copia del Anexo N°3 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Declaración para Uniones Temporales de proveedores (UTP)*”.
5. Copia del Anexo N°4 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Declaración prácticas antisindicales (UTP)*”.
6. Copia del Anexo N°5 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Anexo Oferta Económica*”.

7. Copia del Anexo N°6 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Carta del fabricante*”.
8. Copia del Anexo N°7 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Oferta técnica*”.
9. Copia del Anexo N°8 del Convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática titulado “*Formato de contrato tipo Convenio Marco*”.
10. Copia de la Resolución Exenta N°014B, de fecha 7 de enero de 2021, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que “*Aprueba respuestas a la licitación pública de convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática, ID 2239-28-LR20*”.
11. Copia de la Resolución N°02, de fecha 5 de enero de 2021, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que “*Modifica bases administrativas y amplía plazo de cierre de recepción de ofertas en la licitación pública de convenio marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática, ID 2239-28-LR20*”.
12. Copia de la Resolución Exenta N°571B, de fecha 1 de diciembre de 2015, de la Dirección de Compras y Contratación Pública que “*Aprueba Directiva de Contratación Pública N°24 Instrucciones para la contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información*”.
13. Copia de la Resolución Exenta N°619B, de fecha 26 de noviembre de 2018, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que “*Aprueba Directiva de Contratación Pública N°32 Recomendaciones para la contratación de servicios en la nube*”.
14. Copia de la Resolución N°98, de fecha 29 de septiembre de 2014, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que “*Aprueba bases tipo de licitación pública para Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales*”.

Sírvase el H. Tribunal: tener por acompañados los documentos antes indicados.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004, y en atención a la necesidad de obtener certeza jurídica sobre el hecho o acto objeto de esta consulta –el que no ha sido ejecutado o concluido a esta fecha, al no haberse presentado ofertas– solicito al H. Tribunal ratificar expresamente que la licitación “*Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática*”, cuyas bases fueron aprobadas mediante la Resolución N°29 de 20 de noviembre de 2020 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, no podrá ejecutarse o

concluirse, incluyendo la recepción de ofertas el próximo 3 de febrero del presente, sino hasta obtener un pronunciamiento del H. Tribunal respecto de la conformidad de tales bases con el Decreto Ley N°211 de 1973 sobre Defensa de la Libre Competencia, suspendiéndose en consecuencia el proceso licitatorio a contar de la fecha en que se admita a tramitación la presente consulta.

En subsidio de lo anterior, solicito ratificar expresamente que, sin perjuicio de la recepción de las ofertas el próximo 3 de febrero del presente, la referida licitación no sea adjudicada sino hasta que el H. Tribunal emita un pronunciamiento sobre la conformidad con la libre competencia de las bases consultadas.

Sírvase el H. Tribunal: acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: Mi personería para comparecer en representación de Microsoft Chile Limitada consta en escritura pública de fecha 18 de agosto de 2017, otorgada en la 37° Notaría de Santiago de doña Nancy de la Fuente Hernández, cuya copia vigente se acompaña en este acto.

Asimismo, se acompaña copia de escritura pública de 8 de julio de 2019, otorgada en la 37° Notaría de Santiago de doña Nancy de la Fuente Hernández, que contiene la junta extraordinaria de accionista en virtud de la cual se transformó la sociedad Microsoft Chile S.A., pasando a llamarse Microsoft Chile Limitada.

Solicito al H. Tribunal: tener por acreditada mi personería y por acompañado el referido documento.

CUARTO OTROSÍ: Por este acto, designo abogados patrocinantes y confiero poder para actuar en autos a don Benjamín Mordoj Hutter, doña Carolina Oñate Burgos, doña Catalina Íñiguez Morales y doña Fernanda Skewes Urtubia, todos domiciliados, para estos efectos, en calle Orinoco N°90, piso 16, comuna de Las Condes, quienes podrán actuar indistintamente, en forma individual o conjunta, y que firman en señal de aceptación.

Sírvase el H. Tribunal: tenerlo presente.



NOMBRE: SERGIO ANDRÉS RADEMACHER LIZANA
RUT: 9014206-2

Firmado electrónicamente el: 18-01-2021 12:44
ID Transacción:A9729B-9BB55



NOMBRE: CAROLINA ANDREA OÑATE BURGOS
RUT: 16657681-4

Firmado electrónicamente el: 18-01-2021 13:35
ID Transacción:A9732B-98D7C



BENJAMIN
ARIEL MORDOJ
HUTTER
2021.01.18
22:35:14 -04'00'



Firmado digitalmente
por CATALINA JESUS
INIGUEZ MORALES
Fecha: 2021.01.18
13:07:37 -03'00'



Firmado digitalmente
por Fernanda Camila
Skewes Urtubia
Fecha: 2021.01.18
13:19:28 -03'00'



CVE: A9729B
Puede validar este documento en <https://validador.firmaya.cl>
www.bpo-advisors.net