

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 73/2022

Santiago, once de agosto dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 486-21

CONSULTANTE: Microsoft Chile Limitada

OBJETO: Determinar si 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 Resolución N° 29, de 20 de noviembre de 2020, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, se ajustan al Decreto Ley N° 211.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Consultante:

Microsoft Chile Limitada (“Microsoft” o “Consultante”);

b) Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones en este expediente:

1. Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”);
2. Dirección de Compras y Contratación Pública (“ChileCompra”);
3. Inversiones TIC Manager’s Limitada (“TIC”); y,
4. HCL Technologies Chile SpA (“HCL”).

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A folio 17, el 18 de enero de 2021, Microsoft solicitó determinar si las bases de licitación pública aprobadas y contenidas en la Resolución N° 29, de 20 de noviembre de 2020 (en adelante, las “Bases”), del convenio marco para la adquisición de licencias de *software* de ofimática y sus servicios de instalación y migración (“Convenio Marco”), de ChileCompra, se ajustan o no al Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) y, adoptar en su caso las medidas preventivas que se indicará Microsoft es una empresa tecnológica multinacional dedicada al desarrollo, licenciamiento y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

soporte de productos de *software* y dispositivos electrónicos; y, a la provisión de servicios y productos “en la nube”, de soporte y consultoría, entre otros. Entre ellos, está el sistema operativo Microsoft Windows; las dos *suites* de ofimática Microsoft Office y, en la nube, Microsoft 365 y los navegadores Internet Explorer y Microsoft Edge.

1.1. La Consultante indica que sus productos de ofimática los comercializa directamente y a través de terceros distribuidores y socios de negocios, a cuatro tipos de usuarios: hogares; negocios (pequeñas y medianas empresas, y colegios); mundo corporativo (grandes empresas); y el Estado.

1.2. Asevera que el diseño de las Bases podría afectar la libre competencia en términos de participación de oferentes, como también en el proceso de evaluación y adjudicación. Ello debido a que algunas cláusulas dificultarían la participación, disminuyendo artificialmente el número de postulantes; incentivarían la existencia de subsidios cruzados; y fomentarían conductas anticompetitivas por parte de quien resulte adjudicatario de una gama.

1.3. En concreto, Microsoft sostiene que las Bases (i) no describen adecuadamente los productos y servicios que se licitarán y los estandariza artificialmente; (ii) no evalúan con puntaje los aspectos técnicos de los productos destinados a la ofimática, como si fuesen bienes y servicios estandarizados; (iii) establecen restricciones que pueden afectar el número de oferentes y adjudican a un único proveedor cada una de las gamas, lo que restringe la posibilidad de que se efectúen sucesivas licitaciones entre adjudicatarios de una misma gama; (iv) exigen precios mínimos y máximos, que los hacen públicos; e, (v) imponen una suerte de cláusula de nación más favorecida, en el sentido que compromete al adjudicatario a mantener en el Convenio Marco las mejores condiciones comerciales de entre todos sus otros clientes.

1.4. Explica que el Convenio Marco tiene por objeto que los funcionarios de la administración pública accedan a diversas aplicaciones de ofimática, como planillas de datos y *software* de correo, entre otras. Para ello, las Bases considerarían dos categorías a licitar: Categoría 1, que incluiría licencias de *software* de ofimática; y Categoría 2, que incluiría los servicios de instalación y migración para licencias de *software* de ofimática.

1.5. Respecto de la Categoría 1, la Consultante detalla que los *software* de ofimática incluyen aplicaciones para necesidades típicas de una oficina, como trabajar en la redacción de un documento, enviarlo por correo electrónico o comentarlo en una reunión *online*, por lo que comprenden un procesador de textos,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

Para ello, estos tipos de *software* se ofrecerían en tres modalidades:

- a) Modalidad local, que significa que el *software* es instalado en un único dispositivo, generalmente de carácter perpetuo, lo que requiere pagar el monto total de la licencia. Estos no se actualizan automáticamente y pueden utilizarse sin acceso a *internet* (V.gr. Microsoft Office Standard; Microsoft Office Profesional Plus).
- b) Modalidad nube o *cloud* en la que requieren de una suscripción de usuario y conexión a *internet*. Bajo esta, el usuario puede conectarse desde diversos dispositivos y se actualizan frecuentemente (V.gr. Microsoft 365; Google Workspace).
- c) Modalidad híbrida, donde las licencias también requieren una suscripción para el uso de las aplicaciones en la nube y a nivel local en los equipos, de modo que pueden funcionar con y sin conexión a *internet*, y se actualizan al estar con conexión (V.gr. Microsoft 365).

1.6. Por lo anterior, la Consultante señala que los *software* de ofimática no son homogéneos ni sustitutos perfectos entre sí, ni tampoco serían estandarizables o intercambiables. Así, existirían diferencias entre los tipos de *software* ofrecidos por distintos proveedores e incluso entre un mismo proveedor, en términos de niveles, precios por volumen, número de aplicaciones, garantía, soporte, seguridad y privacidad, costos de mantenimiento, reemplazo, implementación, entrenamiento y actualización, destacando que los *software* de ofimática pueden ser complementarios dependiendo del número de aplicaciones contratadas, lo que favorecería el *multi-homing*.

1.7. En relación con la Categoría 2, la Consultante expone que las diferencias entre adquirir una licencia y suscribirse a ella tiene consecuencias en el segundo servicio que se licita en las Bases, es decir, en la instalación y migración de licencias de ofimática, que incluye la configuración, implementación, soporte y capacitaciones.

1.8. Al respecto, menciona que los costos de migración son distintos según si se adquiere una licencia o una suscripción; y el tipo de suscripción existente y a la cual se migrará.

1.9. Luego, Microsoft describe la regulación de los convenios marco, en que mediante una licitación pública se habilita a uno o más proveedores a ofrecer una

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lista de bienes o servicios a los órganos de la Administración del Estado, sujetos a la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley N° 19.886” o “Ley de Compras Públicas”).

1.10. Así, las entidades públicas contratantes deben suscribir contratos directamente con los proveedores adjudicados, mediante la emisión de una orden de compra, lo que facilita la ejecución de las compras públicas y reduce los costos de transacción.

1.11. Señala que, de acuerdo con el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Compras Públicas (“Reglamento de Compras Públicas”), solo pueden exceptuarse del uso del convenio marco las entidades públicas si obtuvieren condiciones más ventajosas con un proveedor fuera del convenio.

1.12. A continuación, Microsoft describe el mercado relevante del producto, como el de los bienes y servicios licitados, vale decir: (i) el mercado de licencias de *software* de ofimática; y (ii) el mercado de servicios de instalación y migración para licencias de *software* de ofimática; en ambos casos para su adquisición por los órganos de la Administración del Estado. A su vez, indica que estos bienes y servicios en el sector privado constituirían un mercado conexo.

1.13. En cuanto al mercado relevante geográfico, sostiene que es nacional y el mercado relevante temporal sería según la adjudicación del Convenio Marco, esto es, un año renovable, con posibilidad de prórroga y contratos que se celebren por uno, dos y tres años.

1.14. Luego, Microsoft se refiere a cinco cláusulas de las Bases que podrían afectar la libre competencia y que se detallan en lo que sigue.

a) Las Bases no definirían correctamente cada categoría de producto o servicio

1.15. Con respecto a la Categoría 1, Microsoft señala que esta considera la licitación del suministro y el servicio de adopción de *software* licenciado de ofimática y que las Bases contemplan cinco gamas diferenciadas, según el uso de herramientas de ofimática y colaboración, seguridad que ofrecen y la posibilidad de instalarse o encontrarse exclusivamente en la nube. Agrega que cada gama distingue (i) un precio por tramos según cantidad de usuarios; y (ii) un precio anual por usuario dependiendo de la duración del contrato; y que existe una obligación de ofertar en todos los tramos de usuarios.

1.16. Los problemas que detecta la Consultante en esta Categoría son que la oferta económica no contiene más información que el espacio para completar el precio según tramos por cantidad de usuarios y duración del contrato, y que existen dos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

gamas que permiten solo una oferta (nube o nube e instalable). Por otra parte, cuestiona que la oferta técnica –cuyo incumplimiento permite declarar inadmisibles la oferta– no asigna puntaje a la evaluación de los requisitos que se exigen, ni especifica funcionalidades adicionales o permite comparar características, de modo que las Bases se limitan al contenido de las herramientas básicas requeridas. Finalmente, critica que solo existen dos definiciones de seguridad –estándar y avanzada–, sin que sean descritas o comparadas, pese a su relevancia.

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.

(Consulta, p.14)

1.17. En la Categoría 2, la Consultante critica la denominación en las Bases del porcentaje de “usuarios adoptados” por su poca claridad, como también destaca la información relativa a la cantidad de implementaciones del *software* de ofimática que debe presentar el oferente, y se menciona que las Bases dejen abierta a la entidad contratante la definición de muchos elementos relevantes para ofertar.

1.18. Luego, Microsoft explica que el proceso de preguntas y respuestas revelaría que existe un problema en las Bases, pues una buena parte de las preguntas tuvieron por objetivo precisar las categorías licitadas y su forma de adjudicación, y que las respuestas solo ordenaron remitirse a las Bases o dieron lugar a confusiones en los conceptos empleados en estas.

1.19. Asimismo, la Consultante destaca que en varias ocasiones solicitó a ChileCompra la entrega de definiciones o la inclusión de un glosario, atendido la confusión generada por los términos empleados o la redacción de algunas cláusulas de las Bases.

1.20. Atendida la falta de claridad en el diseño como en las definiciones particulares de las Bases, Microsoft considera que éstas podrían excluir injustificadamente a potenciales oferentes, o hacer que sus ofertas fueran sobre o subvaloradas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.21. Posteriormente se destaca que la Directiva N° 24 de ChileCompra establece la necesidad de definir adecuadamente el requerimiento de compra, de modo de poder recibir ofertas orientadas a las expectativas del órgano comprador, como también, la Directiva N° 32 que consagra el principio de seguridad de la nube que busca garantizar que los riesgos asociados al almacenamiento de los datos de usuarios y ejecución de sus aplicaciones son comprendidos y gestionados adecuadamente. Se agrega que la Directiva N° 24 identifica dentro de estos procesos licitatorios los riesgos de mala formulación del requerimiento técnico de compra y amenazas a la libre competencia.

b) Las Bases no contemplarían una fase de evaluación técnica

1.22. A continuación, Microsoft expone que para quienes cumplan los requisitos administrativos, las Bases establecen una sola etapa para la apertura y evaluación de ofertas, la que recae exclusivamente sobre la oferta económica. En el caso de la Categoría 1, los criterios y ponderaciones corresponden al precio promedio para la gama que pondera un 95% y el cumplimiento de las formalidades que pondera un 5%.

1.23. Por su parte, para la Categoría 2, los criterios y ponderaciones corresponden a: (i) el precio ponderado del servicio que representa un 50%, (ii) los usuarios adoptados para el *software* de ofimática con un 30%, (iii) la cantidad de implementaciones para el *software* de ofimática con un 15%, y (iv) el cumplimiento de requisitos formales con un 5%.

1.24. La Consultante menciona que el proceso de preguntas y respuestas revela que existe un problema en las Bases y que demuestra que ChileCompra no consideró aspectos técnicos en la evaluación, como seguridad, privacidad y calidad. Agrega que las Bases podrían infringir el D.L. N° 211 puesto que ellas deberían evaluar que los requerimientos técnicos se cumplan para contribuir con la claridad y objetividad del proceso y así, maximizar la competencia entre oferentes. Por el contrario, según Microsoft, evaluar exclusivamente la variable económica, no permitiría una adecuada competencia en otras variables importantes; acrecentaría el riesgo de que en el futuro existan renegociaciones debido a la falta de especificidad del componente técnico; y podría incentivar la existencia de subsidios cruzados, pues un oferente podría ofertar un precio más bajo en la Categoría 1, por ejemplo, y recuperar la pérdida en otras actividades conexas, como la Categoría 2.

c) Las Bases adjudicarían el Convenio Marco a un proveedor por gama

1.25. Microsoft señala que, para la Categoría 1 –licencias de *software* de ofimática–, las Bases ordenan adjudicar al oferente que obtenga el mayor puntaje ponderado

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para la respectiva gama y que, ante un empate, se adjudicará a quien ofertó primero. Lo anterior implicaría que pueda haber un solo adjudicatario por cada gama y no por cada producto. La Categoría 2 –servicios de instalación y migración para licencias de *software* de ofimática–, por otra parte, se adjudicaría a los cinco oferentes con mayores puntajes ponderados en cada gama. Según la Consultante, esta diferenciación en el número de adjudicatarios por gama no tendría justificación, mientras que el criterio temporal de asignar al primero que oferte no sería un mecanismo objetivo ni técnicamente fundado.

1.26. Agrega que las Bases permitirían que, en procesos de grandes compras, participen en la licitación todos los proveedores adjudicados en la Categoría 1, independiente de la gama que se hayan adjudicado individualmente. Microsoft señala que esto redundaría en que se pueda adjudicar a un proveedor distinto en la Categoría 1, lo que presenta un problema de coherencia y permitiría que, a lo sumo, participen dos oferentes en la licitación de gran compra.

1.27. Ello, a su juicio, reduciría sustancialmente la competencia que se puede promover dentro de dicho proceso, pues al adjudicar solo a un proveedor por gama en la Categoría 1, las Bases suprimirían la posibilidad de una nueva competencia entre los mismos participantes adjudicados en el Convenio Marco e incentivarían el trato directo como única alternativa para contratar los productos, cuestión que sería contraria a recomendaciones del Banco Interamericano de Desarrollo acerca de utilizar el mecanismo de gran compra para generar nueva competencia.

1.28. La Consultante expone que en el proceso de preguntas y respuestas se hizo presente que estos criterios podrían afectar la posibilidad de participar a un mayor número de actores y que, por tanto, se restringiría la competencia. Sin embargo, las respuestas de ChileCompra no serían satisfactorias, pues señalarían erróneamente que las licencias de ofimática en la nube son servicios estandarizables, e incluso reconocerían que el diseño de la licitación busca la competencia para entrar al Convenio Marco, pero no al interior de este.

1.29. Según Microsoft, adjudicar a un solo proveedor por gama en la Categoría 1 podría infringir el D.L. N° 211, pues se excluiría injustificadamente a un número relevante de competidores, impidiéndose la competencia *ex post* al interior de los seleccionados dentro del Convenio Marco. Esto podría generar un riesgo de abuso por parte de un proveedor, que podría disminuir la calidad del bien o servicio; y también podría generar incentivos a recurrir a tratos directos, que es lo que se pretende evitar.

d) Las Bases incluirían precios mínimos y máximos públicos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.30. La Consultante menciona que las Bases establecen precios mínimos y máximos referenciales públicos. Esto habría sido consultado en la etapa de preguntas y respuestas, a lo que ChileCompra habría respondido que se buscó propender a la eficacia, eficiencia y calidad en la contratación pública, y a que la autoridad goza de la facultad legal para suscribir convenios marcos. Microsoft critica esto ya que eliminaría los incentivos para una competencia en precio y podría restringir la participación de algunos proveedores relevantes, en particular, cuando no se evalúan otras variables que no sean el precio.

1.31. Puntualiza que la existencia de precios mínimos podría infringir el D.L. N° 211 porque podría reducir la competencia entre fabricantes y distribuidores y facilitar la colusión, al operar como un precio mínimo de reventa al cual podrían acceder los distribuidores de los fabricantes –restricción que sería materia sensible en el derecho de competencia–; y que los participantes no tendrían incentivos para competir agresivamente en precios, pues su oferta bajo el precio mínimo sería declarada inadmisibles. Además, agrega que, atendido el plazo y tipo de contrato, no parece existir un problema de maldición del ganador.

1.32. Acerca de los precios máximos, argumenta que estos también pueden considerarse anticompetitivos, pues revelar la disposición a pagar del contratante, podría generar que los participantes oferten cerca del rango máximo del precio, pudiendo haber ofertado precios menores. Por ello, considera que habría sido prudente no transparentarlo en las Bases.

e) Las Bases contemplarían una suerte de Cláusula de Nación Más Favorecida

1.33. Microsoft hace referencia a una sección de las Bases que establece que “[e]l 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”, y que “[c]ualquier mejora en las condiciones de compra para un comprador deberán extenderse a todos los compradores” (Consulta, p. 37).

1.34. Esto habría sido cuestionado en la etapa de preguntas y respuestas y ChileCompra se habría limitado a responder que no observa impactos en la competencia. Para Microsoft, en cambio, estas cláusulas podrían infringir el D.L. N° 211, pues (i) en vez de bajar los precios, pueden incentivar a que se mantengan o suban, ya que quien ofrece un descuento a un tercero también debe considerar el costo de bajar el precio al beneficiario de la cláusula, reduciendo sus incentivos a ofrecer menores precios; (ii) pueden facilitar la coordinación de precios de los oferentes, al hacerlos públicos y facilitar su monitoreo; y (iii) disminuyen los incentivos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a participar en la licitación, al tener que considerar extender al beneficiario cualquier ajuste de precios a terceros.

1.35. Adicionalmente, Microsoft critica estas cláusulas, porque las Bases no se hacen cargo de las diferencias entre el mercado público y el privado, que podrían justificar que los proveedores ofrezcan condiciones distintas, sin que constituya una discriminación arbitraria.

1.36. Finalmente, Microsoft propone que se tomen las siguientes ocho medidas preventivas respecto de las Bases: (i) que contengan una descripción adecuada de cada bien o servicio licitado, con detalles técnicos para comprender exhaustivamente la necesidad que deben cubrir; (ii) que se incorporen criterios técnicos relevantes y razonables, como seguridad, protección de datos, retención de datos luego de terminado el contrato, entre otros; (iii) que sean lo más claras posibles en su diseño y definiciones particulares, para que no existan varias interpretaciones o se subvaloren las ofertas; (iv) que contemplen una primera fase de evaluación técnica y una fase posterior de evaluación de las ofertas económicas; (v) que se establezcan las categorías contempladas en el Convenio Marco que podrán ser adjudicadas a más de una empresa, eliminando la adjudicación a un único proveedor por gama; (vi) que permitan la participación de distintos oferentes en cada gama, según distintos rangos de usuarios y no todos en conjunto; (vii) que prohíban la publicación de precios mínimos y máximos; y (viii) que eliminen la cláusula de nación más favorecida.

1.37. A folio 50, Microsoft acompañó un informe preparado por la empresa de inteligencia de mercado International Data Corporation, singularizado como “*Estudio del Mercado Chileno de Software para ofimática sector público y comercial*”. A folio 95, realizó una presentación complementaria a su consulta, señalando distintas consideraciones que estima se deben tener presente por este Tribunal y que dicen relación con los antecedentes aportados por los intervinientes al proceso. A folio 185, la Consultante acompañó las nuevas bases 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, relativas a la Licitación ID 2239-4-LR22, publicadas con fecha 20 de mayo de 2022, que es el convenio marco posterior al que se revisa en este proceso.

C. RESOLUCIÓN QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

2. El 28 de enero de 2021, a folio 67, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211. En la resolución se ordenó oficiar a: la FNE; ChileCompra; Google Chile Limitada; Apple Chile Comercial Limitada; e IBM de Chile

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

S.A.C.; a fin de que estos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS DE LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

3. A folio 53, aportó antecedentes ChileCompra, quien señaló que la Consulta, más que procurar la defensa de la libre competencia, busca defender los intereses comerciales de la Consultante que se han visto amenazados con los cambios implementados por ChileCompra en aplicación de las recomendaciones formuladas por la FNE en su Estudio de Mercado sobre Compras Públicas, de noviembre de 2020, disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Fin-al-EM05.pdf> (en adelante, “Estudio de Compras Públicas”), que persiguen hacer más eficientes y competitivas las licitaciones de convenios marco.

3.1. ChileCompra indica que los precios adjudicados revelan que las reformas ejecutadas permitirán que el Estado obtenga ahorros importantes en relación con el convenio anterior, y habría podido constatar en ellos un 51% de descuento respecto de los precios promedio tope y de un 65,5% de ahorro según “shoppeo” por gamas y productos similares de Microsoft. A continuación, ChileCompra presenta un resumen con los antecedentes de la industria y del convenio marco anterior singularizado “Convenio Marco de Hardware 2239-7-LP14”, vigente entre el 27 de marzo de 2015 hasta el 27 de marzo de 2021. Indica que, durante 2020, el monto total transado en licencias de *software* fue de \$48,9 millones de dólares estadounidenses, donde el 25% correspondió a licencias de ofimática y relacionados (\$12,2 millones de dólares estadounidenses).

3.2. Señala que el antiguo convenio marco tenía multiplicidad de licencias de *software*, no solo de ofimática; y que en dicho convenio marco no existe competencia entre marcas, lo que se refleja en una presencia casi exclusiva de Microsoft, que concentró el 95% de la venta de licencias de ofimática.

3.3. Luego, agrega que el diseño del nuevo convenio marco se basa en las recomendaciones emitidas tanto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) en su Informe “*Public Procurement in Chile. Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements*” así como por el Estudio de Compras Públicas de la FNE. Indica que lo que esencialmente se busca al aplicar tales recomendaciones es la estandarización de los productos y la eficiencia (más competencia y mejores precios).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.4. En cuanto a las Bases objeto de la Consulta, indica que estas fueron tomadas de razón por la Contraloría General de la República, y que, habiéndose realizado la apertura, se recibieron 69 ofertas.

3.5. Respecto al resultado de la Licitación, en la Categoría 1 “Licencias de Ofimática” habrían resultado adjudicadas tres marcas distintas –Microsoft, Google y Zimbra– con precios muy ventajosos comparados con el anterior convenio marco y con las condiciones de mercado en general.

3.6. A continuación, indica que el mercado relevante definido por la Consultante concluye erróneamente que la Administración del Estado contaría con poder de mercado respecto del cual podría abusar, por cuanto su demanda se limitaría bajo el convenio marco consultado hasta un 6% de la demanda a nivel nacional.

3.7. En consecuencia, a su juicio, la circunstancia de que el Estado no cuente con poder de mercado constituiría por sí sola una razón suficiente para descartar la presencia de cualquier riesgo anticompetitivo asociado a las cláusulas contenidas en las Bases.

3.8. Considera que los problemas de competencia a los que alude la consulta promovida por Microsoft no son tales e indica que las cláusulas de las Bases que a juicio de la Consultante podrían afectar la libre competencia no generan dichos problemas competitivos, por lo que corresponde que todas las medidas propuestas por Microsoft sean rechazadas por improcedentes. Para sostener aquello, responde y desarrolla los aspectos que Microsoft considera problemáticos.

3.9. En relación con que las Bases no definirían correctamente cada categoría de producto o servicio, argumenta que no sería efectivo que los productos y sus gamas no se encuentren definidos técnicamente. Indica que la determinación de gamas respondió a un trabajo previo de revisión de 72 fichas de licencias de ofimática presentes en el antiguo convenio marco, aún vigente, donde se seleccionaron cinco gamas basadas en las funcionalidades de acuerdo a los siguientes criterios (i) adquisiciones realizadas en el convenio marco vigente, (ii) necesidades específicas de los organismos públicos, (iii) solicitudes de adquisición de licencias aprobadas en evaluación de proyectos de tecnologías de la información, y (iv) contrastación de las cinco seleccionadas con la oferta de mercado para las distintas marcas, y el diseño fue sometido a la revisión de expertos en estas materias de la División de Gobierno Digital del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, y Dirección de Presupuestos. Adicionalmente, las gamas resultantes se contrastaron con los principales productos del mercado.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.10. Por ello, señala que debe rechazarse la imputación de la Consultante, en cuanto a que las Bases no definirían técnicamente los servicios a requerir, ya que lo que en realidad sucede es que la definición de los servicios atiende a las funcionalidades esperadas del producto y no a características descriptivas específicas.

3.11. En cuanto a lo indicado por la Consultante, en el sentido que las Bases consultadas contradecirían las directivas emitidas por ChileCompra, lo refuta terminantemente e indica que, si se analizan con detención dichas directivas, puede apreciarse que lo que se recomienda es que en el requerimiento se defina correctamente el problema o necesidad que se espera resolver con la contratación y no la solución misma, la que debiera ser propuesta por los oferentes.

3.12. En lo que respecta a que las Bases no contemplarían una fase de evaluación técnica, ChileCompra indica que las Bases consultadas cumplieron con las condiciones expuestas por la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 4.273 de 2018, en cuanto a que los aspectos técnicos fueron considerados como requisitos de admisibilidad y no como criterios de evaluación, lo que no significa que aquellos aspectos hayan sido omitidos, como lo sugiere erróneamente la Consultante. Por lo demás, indica que el diseño cumpliría con lo que este Tribunal habría considerado como el ideal en la materia; al efecto, cita la Resolución N° 63/2021, c. 53°.

3.13. A continuación, rebate la imputación de la Consultante respecto de que, al evaluar exclusivamente la oferta económica, se fomentarían futuras renegociaciones ex post por la falta de especificidad del componente técnico. Así, ChileCompra indica que no se está omitiendo la consideración de los elementos técnicos, ya que estos igualmente están presentes en el proceso, pero en calidad de requisitos de admisibilidad y no de criterios de evaluación.

3.15. Indica que la actual licitación representa un cambio sustancial en relación con el antiguo modelo de evaluación y adjudicación, cambio que ha permitido que en una misma licitación compitan marcas como Google y el mismo Microsoft. A través del modelo implícito en esta nueva licitación, se da cumplimiento a las recomendaciones que en este sentido ha formulado tanto la OCDE como la FNE.

3.16. Respecto de que las Bases restringirían la competencia al adjudicar el Convenio Marco a un proveedor por gama y en particular, que en la Categoría 1 se adjudique a un solo adjudicatario por cada gama, con lo que a juicio de la consultante se restringiría la competencia, ChileCompra indica que existen varias razones para sostener que, contrariamente a lo señalado por la Consultante, las presentes bases

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incentivan la competencia. El hecho que se adjudique a un proveedor por gama se traduce en que existirá en la licitación una intensa competencia en la entrada, que es precisamente lo que ha recomendado la FNE en el Estudio de Compras Públicas. De los datos que se encuentran públicamente disponibles, se puede apreciar que en la Categoría 1 se presentaron 57 ofertas con productos válidos, correspondientes a distintas marcas. De esos oferentes sólo tres resultaron adjudicados en dicha Categoría, lo que explica que los precios ofertados sean sustancialmente más bajos que los existentes en el anterior convenio marco. Por lo tanto, en la licitación actual los efectos de la mayor competencia en la entrada son fácilmente apreciables.

3.17. Al respecto, ChileCompra indica que, al existir un proveedor por gama, la Consultante cuestiona que en un proceso de grandes compras no habría real competencia. Al respecto, señala que el Convenio Marco cuenta con tres mecanismos para promover la competencia durante su vigencia: (i) ChileCompra puede crear fichas correspondientes a productos nuevos no adjuntados en el Convenio Marco tanto de oficio como a solicitud de los proveedores adjudicados, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases, (ii) los proveedores pueden solicitar adherir a fichas de productos catalogados indicando los precios de esos productos, los que deben ser más ventajosos que los catalogados, y (iii) los proveedores adjudicados pueden participar en procesos de Grandes Compras con gamas superiores y/o equivalentes al requerimiento hecho por la autoridad.

3.18. A juicio de ChileCompra, otro aspecto que hace que este Convenio Marco sea competitivo y menos exclusorio que el convenio marco anterior, es que su vigencia se extiende tan sólo a un año, por lo que los proveedores que no hubiesen resultado adjudicados en este proceso podrían resultar igualmente adjudicados en un próximo proceso, siempre y cuando sus ofertas sean lo suficientemente competitivas.

3.19. En cuanto a que las Bases exigirían precios mínimos y máximos, y además los harían públicos, lo que según la Consultante no se justificaría, ChileCompra argumentó que la racionalidad detrás del establecimiento de precios mínimos o, más bien, de descuentos máximos, fue evitar la recepción de ofertas temerarias, deliberadamente bajas, cuyo objetivo sea manipular los resultados de la adjudicación, a fin de obtener situaciones indebidamente ventajosas durante la ejecución del Convenio Marco.

3.20. Referente al precio mínimo para la Categoría 1, ChileCompra argumenta que este nació de la información correspondiente a la mejor oferta presentada por Microsoft al Ministerio de Salud en el proceso de consulta al mercado RFI 50-47-19-

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RF19. MSLI LATAM presentó una propuesta por \$47,16 dólares estadounidenses (55% de descuento). Señala que en el mercado privado se pueden encontrar ofertas especiales temporales por hasta 80% de descuento en soluciones similares y que, para permitir competencia en ese escenario, se aplicó un 70% de descuento sobre los precios de lista de las principales soluciones (precio de lista en valor neto de \$104,76 dólares estadounidenses), lo que permitía un margen de acción de 15% respecto del precio obtenido por el Ministerio de Salud.

3.21. Referente al precio máximo, indica que este se habría determinado aplicando a los precios de lista de las licencias indicadas en el Anexo N° 7 de las Bases y los descuentos ofertados en procesos de grandes compras para compras colaborativas (compras conjuntas) en el convenio marco de *hardware*, licencias de *software* y recursos educativos digitales. Al respecto, para determinar dichos precios máximos, ChileCompra se puso en el escenario hipotético de un solo adjudicatario en la Categoría 1, sin competencia en el convenio (a través de las grandes compras) y sin existencia de descuentos.

3.22. Añade que el escenario anticipado por la Consultante, en cuanto a que los precios mínimos y máximos inhibirían la competencia, definitivamente no se materializó, por cuanto, como se ha señalado, se recibieron 69 ofertas, correspondientes a seis marcas distintas y en condiciones económicas muy ventajosas, según se ha explicado precedentemente.

3.23. Finalmente, y en relación al mismo punto indicado por la Consultante respecto a que la fijación de precios mínimos y máximos, en la práctica, dificultaría la participación de un número relevante de distribuidores, lo que constituiría una discriminación arbitraria, indica que dos de los principios esenciales del sistema de compras públicas son los de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases, y que si se analizan las Bases del Convenio Marco consultado, no puede sino concluirse que en ellas se respetan ambos principios, no existiendo ningún tipo de barrera de entrada que afecte a fabricantes o distribuidores. Ambos pueden participar en igualdad de condiciones.

3.24. Sobre que las Bases impondrían una suerte de “cláusula de nación más favorecida” que podría incidir en las dinámicas de competencia de la totalidad de la industria, debe señalarse que la misma Consultante reconoce que las cláusulas que disponen la mantención de las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes y la extensión de cualquier mejora en las condiciones de compra realizada para un comprador respecto de los demás compradores, permitirían que los beneficiarios de estas reciban los mejores precios del mercado y admiten que estas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cláusulas suelen incluirse cuando quien ofrece el producto o preste el servicio tiene una posición monopólica, de modo que el beneficiario se asegura que no será discriminado.

3.25. ChileCompra sostiene que dichas condiciones serían precisamente las que se darían en la especie y que la llevaron a incorporar dichas cláusulas en las Bases. Argumenta que, atendida la posición monopólica de Microsoft en las ventas al Estado, las cláusulas antes señaladas buscan romper con ese monopolio, a fin de que distintas marcas compitan en igualdad de condiciones, ofreciendo precios más ventajosos o a lo menos equivalente a los existentes en el mercado. Lo que sería procedente, a su juicio, sería aceptar pasivamente que las empresas puedan cobrar precios más onerosos y ofrecer condiciones menos ventajosas a los órganos de la Administración del Estado.

3.26. Menciona ChileCompra que, a juicio de la Consultante, las cláusulas cuestionadas disminuirían los incentivos a participar de la licitación, sin entregar mayores antecedentes que sustenten dicha información. ChileCompra señala que bastaría con reiterar los resultados de la apertura donde se constató la recepción de 69 ofertas, correspondiente a seis marcas distintas, para sostener que la Consultante se equivoca, pues, en los hechos se habría demostrado que se generó una amplia competencia en las distintas marcas presentes en el mercado.

3.27. Por último, sobre el cuestionamiento de que las citadas cláusulas no se harían cargo de las diferencias supuestamente existentes entre el mercado público y el privado, y que, según él, 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; señala que ante un incumplimiento contractual los proveedores no quedarían en la indefensión, al existir la posibilidad de impugnar dichos procesos ante el Tribunal de Contratación Pública, así como acudir ante los tribunales ordinarios.

3.28. Posteriormente, ChileCompra acompañó nuevos antecedentes a folio 79, con el objeto de demostrar los siguientes puntos: (i) favorecimiento de la competencia con las reglas del Convenio Marco ID 2239-28-LR20, y (ii) mayor eficiencia en precio y ahorros en los recursos públicos durante la vigencia del mismo Convenio Marco. A continuación, ChileCompra indica que Microsoft presentaba una participación promedio del 94% del monto total transado en el convenio anterior del año 2020.

3.29. Señala que en el convenio actual del año 2021 la participación de Microsoft habría disminuido a 58% dejando un 42% a productos de Google. En virtud de su análisis, constata que, en el convenio actual se obtuvo un ahorro promedio del 68%

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y un total acumulado de \$1.542.914 dólares estadounidenses para los meses de abril a junio de 2020 y 2021 respecto de los valores transados en el convenio anterior. Agrega que la comparación de los precios adjudicados en este convenio con los precios de mercado de los productos empresariales de Microsoft resultaría también positiva. Los datos, a su juicio, indicarían que con los precios adjudicados de este convenio se produciría un ahorro aproximado de 78% en relación con los precios de mercado.

3.30. De este modo, en opinión de ChileCompra los resultados del Convenio Marco ID 2239-8-LR20, además de ser demostrativos de una sana competencia entre proveedores, beneficiarían a los organismos compradores en cuanto pueden obtener ahorros tanto en la gestión administrativa para la contratación de bienes estandarizados, como en los precios ofertados en el catálogo, todo lo que resguarda los intereses y recursos públicos.

3.31. Agrega que el comportamiento del Convenio Marco ID 2239-8-LR20 desde que entró en vigencia a la fecha ha sido demostrativo de exitosos resultados tanto en términos de competencia como de eficiencia y ahorros para el Estado, pues no solo no ha inhibido la competencia, sino que la ha fomentado, por cuanto: (i) se habría producido una alta participación de oferentes durante la licitación; (ii) la adjudicación por gama de producto y tener sólo un adjudicado por gama generaron competencia en la entrada al convenio tanto entre marcas como distribuidores; y (iii) el convenio actual no se inclina a una sola marca (Microsoft) como el anterior.

3.32. En síntesis, indica que, producto de la competencia señalada, se ha potenciado la eficiencia generándose mayores ahorros para el Estado, por cuanto: (i) existiría un ahorro promedio de 68,62% respecto a valores transados para las respectivas gamas y (ii) respecto del mercado se alcanza un descuento promedio de 78,81% para las respectivas gamas, cifra superior a lo conseguido en el convenio anterior donde se alcanzó un 32,63% de descuento promedio respecto de los precios de lista.

4. A folio 55, aportó antecedentes TIC Manager's Limitada, distribuidor de *software* multimarca en el mercado local y representante de WPD Office, eM Client, Icewarp y Ninox, marcas ligadas a ofimática.

4.1. Acerca del concepto de ofimática, TIC menciona que los *software* de ofimática incluyen cuatro *suites* básicas: planillas de cálculo, procesadores de texto, gestores de presentaciones y convertidores de formato PDF. Agrega que las herramientas colaborativas y la telemática son tecnologías nuevas y en muchos casos, separadas de la ofimática por las fábricas de *software*. Luego, TIC considera que las Bases

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bloquean la posible participación de representantes de soluciones en la nube, como Dropbox, Zoom y Bitfender, quienes no podrían haber participado a menos que se unieran temporalmente a otros proveedores.

4.2. Señala que las Bases desalentaron e impidieron la participación de importantes fabricantes del rubro, porque las condiciones técnicas y respuestas a las preguntas por parte de ChileCompra habrían sido ambiguas, evasivas y habrían denotado resistencia a obtener mejores soluciones de ofimática, toda vez que los proveedores debían referenciarse con productos de Microsoft y Google.

4.3. Además, menciona que las Bases exigían a los oferentes un acceso, mediante licencias adicionales, al sistema operativo de marca Microsoft, lo que habría maximizado el riesgo de participar, toda vez que el precio promedio de una licencia adicional al año corresponde a un 86% del precio adjudicado en la Gama 1 por la marca Zimbra. Según TIC estas licencias adicionales son un mero acceso a un sistema operativo de una marca en específico y no forman parte de la ofimática.

4.4. Por otra parte, considera que la composición de las gamas podría haber logrado un mayor beneficio, si se tiene en cuenta que la mayoría de los usuarios utiliza solo tres funciones básicas: procesador de texto, planilla de cálculos y gestor de presentaciones, por lo que podría haberse hecho una gama con estas exclusivamente. Agrega que la mayoría de las instituciones ya cuentan con soluciones de correo electrónico, almacenamiento y telemática, por lo que se estaría incurriendo en un doble costo al incluirlas en una misma gama junto a las demás soluciones de ofimática.

4.5. Adicionalmente, considera que las referencias a la privacidad de los datos en las Bases son poco claras y no relevaron las reglas de acceso y seguridad de los datos de sus usuarios. A su vez, criticó la banda de precios, que habría fomentado las especulaciones en el mercado.

4.6. Por lo anterior, TIC considera que debieran modificarse las futuras bases relativas al objeto del Convenio Marco, para garantizar la libre concurrencia de los oferentes, y solicita al Tribunal que le permita participar en consultas sobre los próximos procesos de licitación.

5. A folio 60, aportó antecedentes HCL Technologies Chile SpA ("HCL"), quien se describe como una entrante al mercado de tecnologías en Chile. Opera el negocio de *software* relacionados con la colaboración y ofimática, con un portafolio de productos, entre ellos, de gestión de correo electrónico (HCL Domino); bases de datos y aplicaciones (HCL Domino y Domino Volt); *chat* y reuniones en línea (HCL Sametime); procesador de texto, hoja de cálculo y presentaciones (HCL Connections

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Docs); y de colaboración (HCL Connections). Indica que sus productos vienen con un soporte nativo en la nube, es decir, están preparados para ser desplegados en nube pública o privada y disponibles localmente. HCL sostiene que participa en el mercado relevante objeto de la licitación en consulta, en particular, por medio de su producto HCL Notes.

5.1. Con respecto a las Bases, HCL menciona que contienen elementos que impiden la competencia *ex ante*:

- a. Falta de exigencia de interoperabilidad, lo que ignora los costos de encierro o *lock-in*

5.2. HCL considera que las Bases no son congruentes con el principio de interoperabilidad, que debiera predominar en licitaciones públicas de tecnología, esto es la capacidad de transferir y mostrar datos entre sistemas. Explica que los costos de *lock-in* suelen generar dependencia del usuario de un solo proveedor o tecnología, alzando los costos de cambio, de forma tal que hagan prácticamente imposible migrar a otro sistema. Considera que se ve afectada por el *lock-in* pues en las Bases faltarían criterios de competitividad, por lo que podrían generar un bloqueo al ingreso de entrantes.

5.3. Luego, señala que las compras públicas que generan dependencia tecnológica implican, en el largo plazo, un pago de sobreprecio. Esta dependencia podría darse al nombrar marcas específicas, como harían las Bases al mencionar como ejemplo del tipo de producto que buscan a Office 365 de Microsoft. HCL propone como solución que se incluya en las Bases el concepto de interoperabilidad y se elimine el requisito de compatibilidad, esto último es la capacidad de un programa para funcionar dentro de un sistema existente.

- b. Falta de definición del mercado relevante entendido como el de “ofimática”

5.4. HCL critica que las Bases no definan con exactitud el concepto de “ofimática”, al utilizar expresiones como “etcétera”, y considera que esta omisión limitaría las tecnologías que se estarían licitando sin justificación objetiva y que no sería lo suficientemente amplia para incluir productos innovadores, tales como HCL Connections. Asimismo, replica su crítica anterior a la mención de productos de Microsoft como ejemplos en las Bases y argumenta que esto podría incentivar al incumbente a usarlas en su favor, ofreciendo productos en los que aún no es dominante, como Microsoft Teams y extendiendo su posición de dominio en otros productos de ofimática.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c. El diseño de las Bases favorecería al actor dominante del mercado, el Convenio Marco no sería el mecanismo idóneo para efectuar la adjudicación, y los efectos anticompetitivos de los convenios marco

5.5. HCL reitera que ChileCompra muestra favoritismo por Microsoft –actor que sería reconocido como dominante mundialmente– al señalarlo como ejemplo en las Bases. Esto haría que Microsoft tuviera las mayores posibilidades de adjudicarse la licitación y dificulta que el mercado pueda desafiarse. Por lo anterior, HCL también critica el mecanismo del Convenio Marco porque no fomentaría la competencia en la industria.

5.6. Indica que lo anterior habría quedado de manifiesto en la adjudicación del Convenio Marco, pues en la mayoría de las gamas de la Categoría 1 se adjudicó a proveedores de licencias de Microsoft 365 y solo en dos gamas se adjudicó a otras soluciones, como Google (Gama 3) y Zimbra (Gama 1). En la Categoría 2, por otra parte, solo se adjudicó a oferentes de licencias de Microsoft 365 y a un proveedor de licencias Zimbra. Según HCL esto daría cuenta de que el proceso de licitación resultó ineficaz para cautelar la competencia y para desafiar la posición de mercado que tienen los actores dominantes en la actualidad.

5.7. Finalmente, HCL solicitó a este Tribunal que (i) sugiera los parámetros y condiciones mínimas que se deberán cumplir en futuras licitaciones de tecnología para que se fomente en ellas la libre competencia y que tengan como principio rector la interoperabilidad; (ii) sus sugerencias se enmarquen dentro de este procedimiento o bien que el Tribunal inicie un expediente de recomendación normativa o dicte instrucciones generales en la materia, señalando las condiciones de competencia que debieran cumplirse; (iii) deje sin efecto la licitación pública del Convenio Marco; y (iv) modifique la redacción de las Bases, con nuevos términos y condiciones que promuevan la competencia, y ordene que se realice nuevamente la licitación con dicho texto.

6. A folio 66, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica, que concluyó que las Bases, en línea con las recomendaciones de su Estudio de Compras Públicas, se ajustan al D.L. N° 211 y que los problemas detectados por Microsoft no son tales, pues generaron más competencia para entrar al Convenio Marco, lo que se traduce en importantes ahorros para el Estado.

6.1. En primer lugar, la FNE presenta un resumen de la regulación vigente en materia de compras públicas y, en particular, respecto de los convenios marco. Explica que este proceso de contratación se desarrolla en dos etapas: (i) la suscripción de un convenio por parte de ChileCompra, donde se seleccionan los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proveedores que serán parte de un catálogo del convenio; y (ii) la etapa en que un comprador público adquiere los bienes o servicios directamente con los proveedores que resultaron previamente adjudicados en el convenio. En esta última etapa, explica la Fiscalía, los organismos públicos están obligados a revisar el catálogo y adquirir el producto a través de este antes de llamar a una licitación (pública o privada) o a contratar mediante trato directo, salvo si obtiene por cuenta propia condiciones más ventajosas, de manera objetiva, sustancial y demostrable. Asimismo, la elección concreta de uno de los proveedores adjudicatarios en el convenio marco es discrecional del organismo adquirente.

6.2. Luego, explica que el Reglamento de Compras Públicas (artículo 14) contempla un mecanismo de grandes compras, para las adquisiciones por medio de un convenio marco, que sean iguales o superiores a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales. Este tiene la finalidad de limitar la discrecionalidad de los organismos públicos al utilizar los convenios marco. En este procedimiento se hace competir en una licitación dentro del convenio marco a proveedores adjudicados que estén en las mismas categorías del producto demandado, resultando ganador el que provea el menor precio y evitando así una elección discrecional.

6.3. Añade la FNE una descripción de los convenios marco, previos a aquel objeto de la Consulta, en que se licitaron productos y servicios relacionados a tecnologías de información y licencias de *software* de ofimática y concluye que existen similitudes y diferencias con la última licitación de ChileCompra.

6.4. Respecto de las similitudes, destaca que se mantuvo la exigencia de que las condiciones comerciales de los productos se mantengan vigentes, salvo modificaciones acordadas bilateralmente; y que los proveedores deben mantener las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes fuera del convenio marco, para los productos dentro de este. Acerca de los principales cambios introducidos a esta nueva licitación, menciona que: (i) la evaluación se centró casi exclusivamente en el precio, pues los requisitos técnicos debían ser revisados en la etapa de admisibilidad; (ii) se estandarizaron los productos licitados según sus características técnicas, sin menciones a una marca o modelo específico, a fin de favorecer la competencia *inter-marca*; (iii) se estableció que debía adjudicarse a un único proveedor por gama en la Categoría 1, de modo de fortalecer la competencia por entrar al Convenio Marco; (iv) se establecieron precios mínimos y máximos en la oferta económica; y (v) se fijó una duración del Convenio Marco de un año, esto es, un periodo sustancialmente menor al de las licitaciones anteriores.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.5. Posteriormente, la Fiscalía analiza los cinco aspectos que según Microsoft serían problemáticos. Sobre la supuesta incorrecta definición de cada categoría de producto o servicio licitado y, en particular, que la Categoría 1 consideraría erróneamente que los bienes serían sustitutos o estandarizados, la Fiscalía atribuye a Microsoft el propósito de que la licitación se ajuste a su propia y particular oferta de ofimática.

6.6. La FNE explica que, a diferencia de los procesos licitatorios anteriores, en las Bases se describieron genéricamente los requisitos técnicos, sin exigir una marca o modelo específico en particular, para así permitir la competencia entre productos sustitutos, de acuerdo con las recomendaciones del Estudio de Compras Públicas. La FNE señala que, según ChileCompra, las especificaciones técnicas de cada gama de la Categoría 1 fueron objeto de análisis según las necesidades levantadas por los distintos organismos públicos y aprobadas por un comité técnico de la Dirección de Presupuestos.

6.7. Luego, la FNE indica que Microsoft participó en la licitación indirectamente, por medio de distribuidores y socios de negocios, y que, conforme a la información que recopiló en su investigación, uno de estos distribuidores señaló que los criterios técnicos estaban claros y otro distribuidor, que los conceptos utilizados en las especificaciones técnicas se debían interpretar según lo que “se entiende en el mercado”, de modo que no habría tenido problemas para participar.

6.8. Por otra parte, se refiere a la declaración de Google LLC, quien también participó indirectamente e hizo referencia a la claridad de los requisitos técnicos de la Categoría 1, además de que le hicieron posible participar en un proceso de compra de licencias de ofimática del Estado.

6.9. La FNE menciona que el 27% de las ofertas declaradas inadmisibles quedaron fuera por incumplir requisitos técnicos, porque el producto ofertado no era una licencia de ofimática; y un 15% debido a que los productos no correspondían a la gama ofertada.

6.10. La Fiscalía concluye que los requerimientos técnicos establecidos en las Bases se justificaban y no parecen ser arbitrarios, sino que buscaron generar mayor competencia en la primera etapa del Convenio Marco, lo que se logró en la práctica, permitiendo la entrada de actores que antes no podían participar en la venta de licencias de ofimática, por comercializar marcas no incluidas en los anteriores convenios marcos, y logrando adjudicaciones a ofertas con precios 65% más bajos que el anterior convenio marco, en promedio.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.11. Sobre la selección de un solo proveedor por gama en la Categoría 1, para la Fiscalía, la opción de adjudicar a un solo oferente permitió que se compitiera más intensamente en precio para la adjudicación del Convenio Marco y que por primera vez permitió una existencia real de competencia *por la cancha*, lo que redundó en la obtención de precios sustantivamente menores, por lo que la preocupación planteada por Microsoft carece de fundamento.

6.12. Luego, indica que Microsoft se equivoca al sostener que la Fiscalía habría recomendado una mayor utilización del proceso de grandes compras; y que la Consultante habría citado el Estudio de Compras Públicas fuera de contexto. Por el contrario, aclara que el único planteamiento del referido estudio acerca de las grandes compras fue que en el evento de no existir una primera etapa competitiva en un convenio marco, resultaría deseable utilizar este mecanismo (grandes compras) en mayor medida para “compensar” la falta de mayor competencia “por la cancha”.

6.13. La FNE también menciona que es incorrecta la aseveración de Microsoft en torno a una supuesta imposibilidad de utilizar el mecanismo de gran compra en el Convenio Marco, pues las Bases establecerían expresamente que en los casos que las adquisiciones sean superiores a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales procederá una gran compra en la que podrá ofertar no sólo el proveedor de la gama que fue adjudicado previamente, sino que los proveedores de las otras gamas.

6.14. Por otra parte, respecto del riesgo alegado por Microsoft acerca de que generar competencia *por la cancha* en la primera etapa del Convenio Marco, descuidando la competencia en la cancha, podría conllevar un riesgo de abuso por parte del proveedor adjudicado en una gama específica –como entregar un peor servicio o producto luego de la adjudicación– la Fiscalía señala que no existen antecedentes para sospechar que sea una posibilidad real. Para concluir esto, la entidad considera que los requerimientos técnicos fueron definidos en las Bases para efectos de admisibilidad; que las licencias de *software* de carácter estándar no pueden ser empeoradas por el proveedor; y que el riesgo se mitiga con la garantía de fiel cumplimiento del contrato establecida en las Bases.

6.15. Finalmente, la Fiscalía considera incorrecto lo sostenido por la Consultante respecto a que la licitación generaría un incentivo adverso a aumentar los tratos directos. Al efecto, la FNE indica que la regulación sectorial establece la obligación de utilizar el convenio marco y sus causales de excepción.

6.16. Sobre la definición de precios mínimos y máximos y su supuesto efecto anticompetitivo, para la FNE es incorrecto aseverar que tales fijaciones de las Bases

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operen como una restricción vertical, pues quien determina el precio de venta no es un actor del mercado aguas arriba ni participa en el mercado de licencias de ofimática. Agrega que las restricciones verticales presuponen una interacción entre agentes económicos independientes y situados en diferentes niveles de la cadena de producción y que puntualmente la fijación de precios mínimos de reventa se refiere, en general, a restricción *intra-marca*, mientras que los precios máximos de reventa consisten en la fijación por parte del proveedor del precio máximo de venta minorista.

6.17. Por otra parte, menciona que ChileCompra señaló haber realizado un análisis objetivo de precios de mercado y de los descuentos mínimos y máximos obtenidos por el Estado en grandes compras, por lo que los precios se establecieron considerando aquello.

6.18. Luego, sostiene que en la licitación hubo 69 ofertas (de las cuales, la mayoría fueron de distribuidores de Microsoft), por lo que se diluye el riesgo levantado por la Consultante de que la banda de precios constituye una barrera a la entrada, dado que ChileCompra consideró que se trata de un número exitoso, que sobrepasó sus expectativas.

6.19. Ahora bien, la Fiscalía no descarta que la banda de precios máximos sí haya afectado a un número indeterminado de empresas que pudieron haber participado y no lo hicieron, aunque menciona que la mayoría de las ofertas se mantuvo bajo ese máximo, de modo que el precio obtenido por ChileCompra no se habría visto afectado. Con respecto al precio mínimo, la Fiscalía estima que sí pudo haber tenido un efecto en el precio final, pero no en el número de participantes, y que podría haber operado como una restricción para que se presentaran ofertas aún más bajas, lo cual no obsta que se hayan podido generar ahorros significativos. Concluye que no es posible afirmar que el establecimiento de precios mínimos y máximos por parte de la entidad licitante haya tenido efectos anticompetitivos.

6.20. Sobre la cláusula de nación más favorecida, la Fiscalía no considera que los riesgos potenciales de este tipo de cláusulas se hayan verificado, pues hubo un alto número de participantes y un buen resultado en cuanto a precio. Esta conclusión sería compartida por oferentes que participaron en la licitación (entre ellos distribuidores de Microsoft), como Sonda, SoftwareOne y Entel.

6.21. La FNE precisa que la literatura en torno a las cláusulas de nación más favorecida se encuentra dividida, pues si bien, por un lado, reducirían los incentivos del vendedor a bajar los precios a los posibles competidores, facilitarían la colusión, configurarían una barrera a la entrada y aumentarían el poder de mercado aguas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

abajo, por otro lado, presentarían beneficios, pues resolverían el problema de “*hold up*” al incentivar al proveedor a otorgar las mejores condiciones posibles al comprador, reducirían retrasos en las transacciones al no tener que esperar el comprador mejores ofertas, disminuirían costos de transacción y dificultarían la discriminación de precios. Agrega que la autora citada por Microsoft –Pinar Akman– concluye en el artículo referido por la Consultante, que la cláusula de nación más favorecida no es *a priori* anticompetitiva.

6.22. A folio 93, la FNE complementó su informe acompañando piezas del expediente de su investigación Rol N° 2647-21, que fundó sus conclusiones.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

7. A folio 84, consta la citación a audiencia pública, cuya publicación en el Diario Oficial se efectuó el 13 de diciembre de 2021, según consta a folio 89, llevándose a efecto la audiencia el 11 de enero de 2022, a las 9:30 horas.

8. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante, de la FNE, ChileCompra y HCL, según consta en el certificado de folio 105.

F. ANTECEDENTES ADICIONALES REQUERIDOS POR EL TRIBUNAL

9. Con posterioridad a la audiencia pública, a folio 122, en virtud de la facultad conferida en el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211, el Tribunal ordenó de oficio a Microsoft y a las empresas Google Chile Limitada y Zextras S.R.L. informar el número de licencias distribuidas en Chile de *software* de ofimática, el número de usuarios que hizo uso de dichas licencias y los ingresos totales obtenidos por concepto de ventas. A folio 171 Microsoft dio cumplimiento a lo ordenado.

10. Asimismo, a folio 152, se ordenó a ChileCompra informar el número de licencias distribuidas en Chile y el valor total de las órdenes de compra de dichas licencias, en relación con los órganos de la Administración del Estado. A folio 164 ChileCompra dio cumplimiento a lo ordenado.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

1. La Consulta tiene por objeto que este Tribunal se pronuncie acerca de si las Bases relativas al Convenio Marco para la adquisición por parte de los órganos de la Administración del Estado de licencias de *software* de ofimática –esto es, el conjunto de programas informáticos que se emplean frecuentemente en oficinas para generar o editar textos, presentaciones y datos, entre otros– y sus respectivos servicios de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

instalación y migración, aprobadas por la Resolución N° 29 de ChileCompra, de 20 de noviembre de 2020, se ajustan al D.L. N° 211.

2. Las Bases corresponden a un procedimiento licitatorio de convenio marco para la compra de licencias de ofimática clasificándolas de cinco formas, a saber: (i) *Gama 1 (nube)* y (ii) *Gama 2 (nube)*, que incluyen herramientas de ofimática y colaboración en la nube, entendiéndose esto último por aquellas licencias que permiten al usuario conectarse y desconectarse desde diversos dispositivos y desde cualquier ubicación, pero solamente en la medida que esté conectado a *internet* (Consulta, p. 4). Luego, define la (iii) *Gama 2 (nube e instalable)*, (iv) *Gama 3 (nube)*, y (v) *Gama 3 (nube e instalable)*, considerándose que la Gama 3 agrega seguridad avanzada de información. Las herramientas de ofimática requeridas comprenden un correo electrónico, procesador de textos, hoja de cálculos o planilla de cálculos, programa de presentación, gestor de bases de datos (aunque opcional), gestor de información personal, agenda o calendario y herramientas colaborativas. Para las gamas 2 y 3 de tipo nube se requiere adicionalmente de un cliente de correo electrónico instalable. Así, en la medida que el número de la gama aumenta, más necesidades de ofimática satisface (ver Anexo N° 7, folio 1, pp. 59-60).

3. Cada una de las cinco categorías puede ser adjudicada únicamente a un solo oferente. Por otro lado, también se licitan por separado los servicios de instalación y migración de licencias, otorgando su adjudicación a un máximo de cinco oferentes para cada tipo de *software* de ofimática en particular (folio 1, p. 21).

4. Las principales objeciones planteadas por la Consultante dicen relación con que 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, bajo el supuesto de que se tratarían de bienes y servicios estandarizados; (iii) establecen 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; (iv) fijan precios mínimos y máximos, que son además 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.

5. Considerando los pronunciamiento de este Tribunal recaídos sobre el contenido de bases de licitación aprobadas por órganos de la Administración del Estado (Resoluciones N° 50/2017, N° 58/2019, N° 71/2022 y N° 72/2022), y que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ChileCompra actúa como licitante y demandante de los bienes y servicios singularizados en las Bases, se debe evaluar si puede afectar la libre competencia en el mercado, para lo cual es necesario: (i) que ChileCompra cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintos a los que existirían en una situación de competencia; (ii) que actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra o incurriendo en prácticas que afecten o tiendan a afectar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación; y (iii) que las exigencias que incorpore en las bases de licitación no tengan una justificación objetiva ni razonable.

6. Dado lo anterior, a continuación, en la sección B se define el mercado relevante, y en la sección C se analiza si ChileCompra tiene poder de compra en dicho mercado relevante.

B. MERCADOS RELEVANTES EN LOS QUE INCIDEN LAS BASES OBJETO DE LA CONSULTA

7. Respecto al mercado relevante del producto, la Consultante indicó que este corresponde a los bienes y servicios licitados (folio 17, p. 12), postura que también fue compartida por ChileCompra (folio 53, pp. 5-6), sin que exista contradicción en este punto entre ambas partes. Ello concuerda además con lo analizado por este Tribunal en otras ocasiones (v.gr., Resolución N° 71/2022; Sentencias N° 114/2011 y N° 168/2019), y en el contexto de una licitación como la que se revisa, al emplearse el Convenio Marco, una de las formas en que el Estado establece reglas para el suministro de bienes o servicios, los órganos estatales actúan como agentes económicos, esto es, demandando bienes y servicios, y no como entes reguladores que asignan derechos o recursos escasos de manera monopólica y por un periodo de tiempo determinado. Considerando entonces que lo que se demanda son, por un lado, las licencias de *software* de ofimática y, por otro, sus respectivos servicios de instalación y migración, el mercado relevante a definir se entiende como “*aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados*” (Sentencia N° 168/2019, c. 10°-11°).

8. En cuanto a su alcance, la Consultante circunscribe los mercados relevantes al de licencias de *software* de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de *software* de ofimática, en ambos casos “*para su adquisición por OAE [órganos de la Administración del Estado]*”, correspondiendo el sector privado a un mercado distinto pero conexo a los propuestos (folio 17, pp. 12 y 38). Otro elemento adicional que agrega es que las Bases “*cometen el error de tratar como bienes sustitutos a las diferentes modalidades de licencias de ofimática, sin reconocer que,*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por su naturaleza, son bienes altamente diferenciados" (folio 17, p. 12; y pp. 5, 6 y 19). De esta forma, cuestiona que se consideren como sustitutos sus productos con los de otros postulantes.

9. En contraposición, ChileCompra sostuvo que el mercado relevante comprende como demandantes no sólo a las entidades públicas, sino que además a las empresas privadas (folio 53, pp. 5-6 y 21-22), incluyendo de esta forma al sector privado. Por último, tanto la FNE como las empresas TIC y HCL, no ahondaron en una definición de mercado relevante.

10. Debido a las posturas de las aportantes antes descritas, para establecer una definición más acabada del mercado relevante resulta necesario determinar: (i) si el sector privado debe incluirse o no junto al sector público; y, (ii) si la diferenciación entre licencias de ofimática es tal que no puedan ser agrupadas en el mismo mercado relevante del producto.

11. En lo que concierne al primer punto, la distinción entre los sectores público y privado, no existen antecedentes en autos que sugieran que la demanda de un órgano de la Administración del Estado posea particularidades especiales que la hagan distinta a la de una entidad privada. Ello, en relación con las características del producto o servicio que requieren, el modo en que pueden adquirirlo y la forma en que eventualmente se utiliza.

12. En este sentido, ambos sectores, público y privado, dan cuenta de tendencias similares respecto de la mayor necesidad de soluciones de tipo nube, en el período comprendido entre enero de 2018 y junio de 2020 (folio 49, pp. 17-18), y todas las ofertas declaradas admisibles en esta licitación incorporaron productos que también son ofrecidos en el sector privado (folio 52, pp. 6-8; y declaración de Sonda S.A., p. 3, agregada por certificado a folio 137). Asimismo, en relación con el modo en que se adquiere el producto, si bien la Directiva N° 24 de ChileCompra, de 1° de diciembre de 2015, establece que *"los órganos públicos tienen menos flexibilidad que un cliente del sector privado"* en la forma de contratación de bienes y servicios tecnológicos (folio 12, p. 9), lo cierto es que cualquiera de las condiciones comerciales utilizadas en las Bases puede ser replicada por el sector privado. De igual forma, se observa que el uso o finalidad de las licencias de *software* y sus respectivas instalaciones o migraciones no difiere cuando se trata de una entidad pública o privada.

13. Lo anteriormente concluido se confirma con el hecho que, ante una reducción en el precio de licencias de *software* de ofimática de proveedores no adjudicados, es posible anticipar que, no solo la demanda del sector privado pudiera ajustarse a dicha competencia en el valor de estas licencias, sino que también la del sector público,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

usando otras modalidades alternativas de compra, fuera de un convenio marco, las que efectivamente se utilizan (folio 126, p. 1, y folio 161). Estas modalidades se conocen como acuerdos complementarios o trato directo, grandes compras, y compras conjuntas (folio 1, pp. 22-23 y 30-33; y, folios 12 y 13), todas contempladas en la Ley de Compras Públicas, al igual que los convenios marco.

14. En lo que concierne a la diferenciación entre la variedad de licencias, cabe señalar que es la valoración de sustitución de parte de los demandantes o consumidores entre los productos o servicios licitados lo que determinará si ellos pertenecen o no al mismo mercado relevante. Al respecto, este Tribunal ha indicado que dicha sustitución *“se refiere a la capacidad o disposición de los consumidores de intercambiar un producto o servicio por otro, en respuesta a un cambio relativo en sus precios”* (Resolución N° 71/2022, párrafo 18).

15. En ese contexto, la Consultante señaló que ChileCompra quiere comparar las licencias para decidir cuál adquirir, pero que *“[d]esafortunadamente, esta actividad que puede realizar un potencial comprador/usuario no la puede realizar ChileCompra, principalmente porque dicho organismo no conoce el volumen ni necesidades técnicas que se requieren por el OAE [órgano de la Administración del Estado]”* (folio 17, p. 19). Sin embargo, ChileCompra, atendido lo dispuesto en el artículo 30 letras a), d) y g) de la Ley de Compras Públicas, tiene como función asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones, y por esta razón, dicha institución se encuentra facultada para determinar las necesidades generales de los órganos de la Administración del Estado y plasmarlas dentro de las bases de licitación que se aprueben.

16. Más aun, si aquello no fuere así, es decir, en caso de que algunos organismos públicos, para satisfacer sus necesidades requieran de productos más específicos (diferenciados) que no fueron contemplados en las Bases, estos organismos de cualquier modo pueden acceder a las modalidades alternativas de compra antes descritas en el párrafo 13, desligándose así del Convenio Marco y, en consecuencia, del mercado que concierne delimitar para efectos de la presente Consulta. Por consiguiente, en este caso particular, la sustituibilidad de las licencias de ofimática se encuentra determinada conforme a las necesidades enunciadas en las Bases, específicamente, en su Anexo N° 7 (folio 1, pp. 59-60).

17. Ahora bien, la información sobre las ofertas de licencias recibidas en la licitación da cuenta que, al menos, en lo que incumbe a las tres gamas, estas pueden apuntar a distintos segmentos de usuarios, considerando los precios de cada una de ellas. En efecto, por ejemplo, el 96,7% de los precios ofertados para la *Gama 1* fueron

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

menores al precio promedio ofertado para la *Gama 2*, y el 95,9% de los precios ofertados para la *Gama 2* fueron menores al promedio de los precios de la *Gama 3* (en base a información publicada por ChileCompra en: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=vFPoRpV96Ugk7xxrV7hnqg==>).

18. Con el fin de dar cuenta de lo anterior, la siguiente Tabla N° 1 muestra para cada una de las gamas, (i) el rango de precios ofertados para licencias de ofimática en base a los percentiles 10 y 90, que comprende la mayoría de las ofertas presentadas, (ii) el promedio entre todos los precios ofertados y (iii) su desviación estándar. Para ilustrar su lectura, se observa que, en la *Gama 1* (que solo se licitó en formato nube), el 80% de los precios ofertados se encuentra en el rango de \$23 a \$55 dólares estadounidenses por licencia, con un precio promedio de \$44,1 dólares estadounidenses y una desviación estándar de 15,9.

Tabla N° 1:
Características de los precios ofertados en la licitación, por gama y tipo de licencia

Gama	Parámetro	Nube	Nube e instalable
<i>Gama 1</i>	Rango de precios ofertados	[\$23,0 - \$55,0]	-
	Media	\$44,1	-
	Desviación estándar	15,9	-
<i>Gama 2</i>	Rango de precios ofertados	[\$43,0 - \$107,0]	[\$68,5 - \$111,0]
	Media	\$84,5	\$94,7
	Desviación estándar	30,6	38,9
<i>Gama 3</i>	Rango de precios ofertados	[\$72,0 - \$180,0]	[\$87,8 - \$184,6]
	Media	\$144,4	\$154,2
	Desviación estándar	49,9	48,2

Nota: Se consideraron todas las ofertas recibidas en la licitación, así como también todos los precios ofertados para cada gama por tramos de usuarios y años de vigencia del contrato, que figuran en el Anexo N° 5 de las Bases (folio 1, pp. 56-57).

Fuente: Elaboración propia a partir de ofertas publicadas por ChileCompra: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=vFPoRpV96Ugk7xxrV7hnqg==>.

19. A partir de la Tabla N° 1 anterior, la desviación estándar muestra que la variación entre los precios ofertados aumenta en la medida que cada gama cubre más necesidades. Asimismo, es posible apreciar que los rangos de precios y medias (precios promedio) difieren entre las tres gamas, pero que, cuando se compara entre licencias de tipo “nube” o “nube e instalable”, dichos rangos se mantienen similares al interior de cada gama. De esta manera, atendida la información disponible en estos autos y a que los precios pueden ser una medida de diferenciación entre productos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o servicios (véase, por ejemplo, Keyte (1995), “*Market Definition and Differentiated Products: The need for a workable standard*”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, N° 3, pp. 697-748), este Tribunal considera que el mercado relevante del producto debe separarse, por lo menos, entre las tres gamas de licencias consideradas dentro de la licitación, constituyendo cada una de dichas gamas un mercado relevante del producto distinto.

20. Por otro lado, en relación con la dimensión geográfica del mercado relevante, la Consultante señaló que, a su parecer, en atención a que el Convenio Marco que se suscribiría abarca a todo Chile, el mercado geográfico es nacional (folio 17, p. 12). Aquello no fue refutado por ChileCompra en sus observaciones presentadas respecto al mercado relevante (folios 53, 79 y 109). Al respecto, el Convenio Marco exige a sus adjudicatarios disponer, para los productos y servicios licitados, de una cobertura a lo largo de todo el país, y las mismas Bases señalan que “[e]l *proponente deberá indicar en la sección ‘Condiciones Regionales’ del formulario, todas las regiones del país*” y que “[l]a *cobertura es a nivel nacional*” (folio 1, pp. 8 y 53). Asimismo, los oferentes tienen que acompañar en sus ofertas la información de una persona de contacto para cada región en Chile, junto a un correo electrónico y número telefónico. Por otra parte, es posible inferir que la licitación requiere que cada oferente se encuentre establecido en Chile, ya que las Bases establecen la necesidad de contar con un Registro Único Tributario, una razón social, y una región y comuna de origen (folio 1, pp. 8 y 53). Si bien pudiera existir la posibilidad de que una empresa extranjera suscriba algún tipo de alianza con un distribuidor o proveedor establecido en el país, para así participar de la licitación, no existen antecedentes en autos que ahonden en qué tan fácil o complejo pudiera ser ello. Considerando todo lo antedicho, el mercado geográfico de los productos y servicios licitados abarca todo el territorio nacional.

21. Finalmente, en lo que concierne a los servicios de instalación y migración de licencias de ofimática, este corresponde a un mercado secundario que, naturalmente, depende del número de licencias adquiridas inicialmente. Si bien, a tal efecto, las Bases pudieran haber otorgado una mayor claridad, a entendimiento de este Tribunal, el Convenio Marco asigna la instalación y migración de licencias a él o los adjudicatarios específicos para este servicio, y también a los adjudicatarios de las licencias para cada gama. En efecto, las Bases indican por un lado que “[e]l *servicio de adopción del software de ofimática debe ser parte del servicio que preste el proveedor de la licencia*” (folio 1, pp. 14-15); y, por otra parte, que “[s]e *adjudicará a los 5 oferentes que obtengan los mayores puntajes ponderados para los servicios de instalación y migración [...] a un software de ofimática en particular*” (folio 1, p. 21).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De modo que, para una determinada marca, licencia o *software* en particular, pueden existir uno o más proveedores que entreguen el servicio de instalación y/o migración.

22. En conclusión, el mercado relevante en el que inciden las Bases se encuentra conformado, por una parte, por la adquisición o suministro de licencias de *software* de ofimática para sistemas operativos de escritorio, pudiendo segmentarse por cada gama delimitada en las Bases y, por otra parte, por sus respectivos servicios de instalación y migración (dimensión del producto); ambos, dentro de todo el territorio nacional (dimensión geográfica).

C. EVALUACIÓN DE LA EXISTENCIA DE PODER DE COMPRA

23. Como ha resuelto anteriormente este Tribunal (v.gr., Resolución N° 71/2022), luego de determinar el o los mercados relevantes en que inciden las Bases, corresponde evaluar si el ente público, en este caso ChileCompra, cuenta con suficiente poder de compra para que, por medio del Convenio Marco de la licitación que se revisa, pueda abusar de él. En este sentido, si aquello no fuere así, los términos y condiciones contenidos en las Bases, conforme al artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, no tendrían la aptitud de poder infringir la libre competencia.

24. En lo relativo al poder de compra, este corresponde al poder de mercado ejercido por el lado de la demanda (monopsónico), en el que un solo comprador (monopsonio) o un pequeño grupo de compradores (oligopsonio) cuenta con la capacidad de fijar precios, volúmenes o condiciones de compra bajo las cuales adquiere sus productos o servicios, distintos a los que se esperan en una situación de competencia.

25. En tal sentido, este poder difiere cuando es ejercido sin un contrapeso por el lado de la oferta, en cuyo caso se refiere a la posibilidad de reducir el precio o las compras (poder monopsónico), de cuando se funda en la amenaza de llevar a cabo lo anterior, que se relaciona con el poder de negociación. En este último, el eventual poder de mercado que pudiera tener un comprador puede llegar a actuar como contrapeso al de su proveedor. Así, en la compra de un insumo en particular, un monopsonio puede enfrentarse a muchos proveedores y, en el extremo, a un solo vendedor. En ese caso, el efecto adverso del monopsonio pudiera estar limitado por el poder de mercado que ejerce el monopolio, pudiendo llegar a eliminarse completamente (véase, por ejemplo, Campbell (2007), “*Bilateral Monopoly in Mergers*”, en *Anitrust Law Journal*, Vol. 74, N° 3).

26. Pues bien, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal, para determinar si un agente económico –o conjunto de ellos– tiene poder de compra se requiere del análisis de tres condiciones, a saber: (i) una participación significativa de la parte

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

compradora, respecto de todo el mercado o en comparación con el resto de compradores que lo componen; (ii) barreras al ingreso de otros compradores o a la expansión o reingreso de los ya existentes; y (iii) una baja capacidad de los proveedores de sustituir la producción destinada a esa parte compradora por otras alternativas, que usualmente se vislumbra con una oferta inelástica. La suficiencia de estos requisitos dependerá de la medida en que ese agente económico pueda restringir la independencia comercial de sus proveedores, de manera que el ejercicio de este poder de compra no les permita desenvolverse competitivamente en el mercado relevante (véase, entre otros, OECD (2022), *“Purchasing Power and Buyer’s Cartels”*, *Competition Policy Roundtable Background Note*, pp. 9-13; y, Chen (2008), *“Defining buyer power”*, en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 53, N° 2).

27. En relación con el primer requisito, sobre la participación de mercado, resulta necesario analizar información de la participación en compras del agente económico, respecto de todo el mercado, o de alguna medida de concentración que permita compararlo con otros compradores. Para ello, la Consultante acompañó un informe elaborado por la empresa International Data Corporation (folios 49 y 50), el cual muestra una participación decreciente del sector público entre enero de 2018 y junio de 2020, en lo que respecta a las aplicaciones de ofimática compradas tanto por entidades públicas como privadas (con un 17,9% de participación en compras para 2020; folio 49, p. 16, y folio 95, p. 4). Sin embargo, a juicio de este Tribunal, la omisión de la descripción de las fuentes utilizadas para arribar a tales conclusiones no permite determinar a cabalidad la participación efectiva en compras de los órganos de la Administración del Estado en el mercado relevante previamente definido, ni tampoco la incidencia del Convenio Marco en la adquisición de los servicios y productos licitados. Por su parte, ChileCompra estimó que este requisito no se satisface, puesto que *“172.552 funcionarios públicos requerirían licencias de ofimática, lo que representa un 6% de la cantidad estimada de trabajadores [públicos y privados] que requerirían esas soluciones en Chile”* (folio 53, pp. 2-3 y 6; sin haber singularizado ChileCompra el periodo que comprende tal porcentaje).

28. Por esta razón, atendida la ausencia de estadísticas más confiables para un diagnóstico, este Tribunal usó la información de venta de licencias de ofimática de marca *Microsoft* para el sector privado, acompañada por la Consultante (documento adjunto a folio 194); y la información de órdenes de compra del sector público para licencias de ofimática de cualquier marca, acompañada por ChileCompra (folio 166), para el periodo de julio de 2017 a mayo de 2022, en dólares estadounidenses. Puesto que este Tribunal no dispone de las ventas de licencias de otras marcas en el sector privado –por ejemplo, *IBM Notes*, *Google Workspace*, *WPS Office*, y *Zimbra Cloud*,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entre otros (folio 17, p. 4)–, es importante hacer presente que las cuotas resultantes son resultados conservadores ya que, al no incluir todas las marcas, sobre representaría la participación del Estado.

29. Los resultados se pueden apreciar en la Tabla N° 2 de la cual se desprende que entre julio de 2021 y mayo de 2022 el sector privado adquirió entre un 90% y 95% de las compras totales de licencias de ofimática en el país, mientras que el sector público representó entre un 5% y 10% de ellas. Asimismo, dentro de las compras del sector público, se aprecia que aquellas que fueron realizadas vía convenio marco en ese periodo fueron menos de un 5% de ese total.

Tabla N° 2:
Porcentaje de ventas sector público y privado de licencias de ofimática, entre julio de 2017 y mayo de 2022

Sector	2017 julio - 2018 junio	2018 julio - 2019 junio	2019 julio - 2020 junio	2020 julio - 2021 junio	2021 julio - 2022 mayo
Sector privado	[80%-85%]	[80%-85%]	[85%-90%]	[85%-90%]	[90%-95%]
Sector público	[15%-20%]	[15%-20%]	[5%-10%]	[10%-15%]	[5%-10%]
Convenio Marco (*)	[15%-20%]	[15%-20%]	[5%-10%]	[5%-10%]	[0%-5%]

(*) La fila “Convenio Marco” considera tanto el actual (objeto de la Consulta) como antiguo convenio de licencias de ofimática del año 2015.

Fuente: Elaboración propia a partir de información solicitada en virtud de la facultad del artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211, folios 166 y 194 (confidencialidad otorgada según resolución de folio 183).

30. De este modo, es posible concluir que en los últimos cinco años las compras de los órganos de la Administración del Estado han ido decreciendo a lo largo del tiempo respecto del total del mercado y que no han superado un 15% del total de ventas de estos productos. Al mismo tiempo, la adquisición de licencias de ofimática por medio de la modalidad del Convenio Marco ha disminuido en el total de las compras del sector público, siendo menos de un 5% para 2022.

31. Por consiguiente, los órganos de la Administración del Estado no cuentan con una participación significativa en el mercado relevante de autos, ni mediante el uso del Convenio Marco como tampoco de modo general.

32. Por otro lado, también es posible observar que el segundo requisito tampoco se cumple en el caso de autos. A tal efecto, dicha condición debe entenderse como la efectividad de que potenciales compradores vean dificultado o imposibilitado su ingreso a comprar el producto o servicio, que pequeños compradores no puedan aumentar sus compras, o inclusive, la inexistencia de otras vías alternativas de aprovisionamiento que les permitan *reingresar* a comprar productos fuera del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Convenio Marco, sustituyendo las condiciones de compra cuestionadas; situación que no ocurre en la especie.

33. En el caso de autos, la información acompañada por ChileCompra (folio 166) da cuenta que los órganos de la Administración del Estado no se encuentran circunscritos al uso del Convenio Marco. En efecto, y como se adelantó en el párrafo 13, durante el año 2021 los organismos públicos que adquirieron licencias de *software* de ofimática bajo otra modalidad, sea a través de trato directo o realizando una licitación para dichos efectos, constituyeron un 47,6% del total de licencias compradas por el sector público. El porcentaje anterior, ascendió a un 77,1% para el periodo comprendido entre enero y abril de 2022 (de igual forma, a folio 188, pp. 2-3, la Consultante arribó a las mismas estadísticas). De modo que el Convenio Marco no representa por sí mismo una barrera para que los órganos de la Administración del Estado compren estos productos y servicios por otras vías y bajo otros términos y condiciones de compra distintos de aquellos contenidos en las Bases.

34. En ese mismo sentido, de la información anterior, es posible inferir que las alternativas que tienen los proveedores de estas licencias son variadas, con lo cual tampoco se observa la efectividad del tercer requisito, relativo a la incapacidad de los proveedores de sustituir entre compradores sus productos. Por tanto, es posible afirmar que no existe en este caso poder de compra a través del Convenio Marco de ChileCompra del que se pueda abusar.

35. De igual forma, si los órganos de la Administración del Estado por medio del Convenio Marco de ChileCompra no disponen de poder de compra, tampoco podrían tener dicho poder cuando demandan los servicios de instalación y migración de licencias de *software* de ofimática, dadas las características de este mercado secundario descritas en el párrafo 21.

36. Por consiguiente, al concluirse que no existe poder de compra por la parte compradora, las Bases no pueden infringir las disposiciones del D.L. N° 211, en los términos del artículo 18 N° 2, resultando innecesario entrar en el análisis de las objeciones formuladas por la Consultante.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que el asunto consultado por Microsoft Chile Limitada a fojas 17, relativo a la Resolución N° 29 dictada el 20 de noviembre de 2020 por la Dirección de Compras

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y Contratación Pública, que contiene 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, se ajusta al Decreto Ley N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la Consultante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

.

Rol NC N° 486-21.

Pronunciada por los Ministros Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Presidenta(S), Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sr. Rafael Pastor Besoáin. Autorizada por la Secretaria Abogada(S), Sra. Angélica Burmester Pinto

