

Aporta antecedentes.

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE”), en autos caratulados “*Consulta de Microsoft Chile Limitada sobre Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática de la Dirección de Compras y Contratación Pública*”, **Rol NC N°486-2021**, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N°2 y 31, N° 1 del DFL N°1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973 (“DL 211”), aporto antecedentes a este H. Tribunal en estos autos.

Este H. Tribunal recibió, con fecha 18 de enero de 2021, una consulta de la empresa Microsoft Chile Ltda. (“Microsoft” o “Consultante”) que solicita su pronunciamiento sobre 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 la Resolución N°29 de 20 de noviembre de 2020 de la Dirección de Compras y Contratación Pública (“ChileCompra”), se ajustan o no al DL 211.

Con fecha 28 de enero de 2021, este H. Tribunal dictó la resolución que dio inicio al procedimiento no contencioso contemplado en el artículo 31 del DL 211 respecto de la solicitud formulada por Microsoft. Asimismo, ofició a esta Fiscalía, a ChileCompra, a Google Chile Limitada, a Apple Chile Comercial Limitada, y a IBM de Chile S.A.C., a fin de que éstos aportaren antecedentes<sup>1</sup>.

En atención a lo anterior y para recabar los antecedentes necesarios para la elaboración de este aporte de antecedentes<sup>2</sup>, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación con fecha 4 de febrero de 2021, ejerciendo las facultades establecidas en el artículo 39 del DL 211. Esta presentación se estructura de la siguiente forma:

---

<sup>1</sup> Copia fiel de esta resolución fue enviada a esta Fiscalía con fecha 1 de febrero de 2021. Oficio Ord. N°17, del H. Tribunal, de 1 de febrero de 2021.

<sup>2</sup> Investigación Rol N°2647-21 FNE.

## ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES.....	2
A.	Regulación vigente.....	2
B.	Licitación de convenios marco anteriores para la adquisición de bienes y servicios similares .....	4
C.	Licitación del convenio marco objeto de la presente consulta.....	6
II.	LA CONSULTA DE MICROSOFT .....	9
A.	Incorrecta definición de cada categoría de producto o servicio licitado.....	9
B.	Selección de un proveedor por gama licitada en la Categoría N°1 .....	12
C.	Definición de precios mínimos y precios máximos.....	16
D.	Cláusula de la nación más favorecida .....	18
III.	CONCLUSIONES.....	20

### I. ANTECEDENTES

#### A. Regulación vigente

1. El convenio marco es un procedimiento administrativo de contratación realizado por ChileCompra para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las instituciones públicas sujetas a la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley de Compras Públicas”), en la forma, plazo y demás condiciones que se establezcan en los respectivos convenios<sup>3</sup>.
  
2. Los convenios marco se encuentran regulados por la citada ley y por el Decreto N°250 de 2004 del Ministerio de Hacienda (“Reglamento de Compras Públicas”). Adicionalmente, se encuentran las Directivas N°5 de 2006 y N°15 de 2017 de ChileCompra, que contienen instrucciones no vinculantes sobre cómo los organismos públicos deben seleccionar productos y servicios en el portal electrónico de ChileCompra, y también recomendaciones para la realización de grandes compras.
  
3. Este mecanismo de contratación propende al ahorro de recursos estatales, pues busca poner a disposición de los organismos públicos un conjunto de bienes y servicios que adquieren frecuentemente, sin la necesidad de incurrir en el costo administrativo de realizar un procedimiento de compra para cada adquisición<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019)*, Informe Final, 120.

<sup>4</sup> *Ibid.*, extraído de Nancy Barra y Gabriel Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.1. Convenio Marco.

4. En este procedimiento de contratación es posible distinguir dos etapas. La primera corresponde a la suscripción del convenio por parte de ChileCompra, donde se seleccionan los proveedores que serán parte del catálogo del convenio mediante un procedimiento de licitación pública. Por su parte, en la segunda etapa el comprador público adquiere los bienes o servicios directamente con los proveedores que resultaron previamente adjudicados en el respectivo convenio.
5. A partir de los convenios marco que se encuentran vigentes, se conforma un catálogo con la descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los proveedores que fueron adjudicados.
6. De esta forma, en la segunda etapa, los organismos públicos están obligados a revisar tal catálogo y adquirir el producto a través de este antes de llamar a una licitación pública, privada o un trato directo<sup>5</sup>. Esta regla no es obligatoria para las municipalidades y para las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública en situaciones calificadas<sup>6</sup>. Sin embargo, si una institución obtiene por cuenta propia condiciones más ventajosas para la adquisición de bienes o servicios respecto de aquellas establecidas en los convenios marco, puede celebrar el contrato sin necesidad de utilizar el convenio suscrito por ChileCompra<sup>7</sup>. Estas condiciones más ventajosas deben corresponder a situaciones objetivas, sustanciales y demostrables por la entidad<sup>8</sup>.
7. Es importante destacar que en la normativa no existe una regla de selección o adjudicación para el comprador, que determine con quién se debe hacer la operación en caso de existir más de un proveedor en un determinado lote. Por tanto, la elección de proveedores, dentro de los que ingresaron al convenio marco, es de carácter discrecional para los organismos públicos<sup>9</sup>.
8. Dentro de los convenios marco, la normativa vigente<sup>10</sup> contempla el mecanismo de grandes compras, aplicable para las adquisiciones por medio de un convenio marco que sean iguales o superiores a 1.000 UTM, y cuya finalidad consiste en limitar la discrecionalidad de los organismos públicos al utilizar los convenios marco<sup>11</sup>. 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<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 14 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

<sup>6</sup> Artículo 30 literal d) incisos tercero y cuarto de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

<sup>7</sup> Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa* (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 299.

<sup>8</sup> Ibid. 300.

<sup>9</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019)*, Informe Final, 245.

<sup>10</sup> Este procedimiento de contratación está regulado en el artículo 14 bis del Reglamento de Compras Públicas.

<sup>11</sup> Claudio Moraga, *Contratación Administrativa*, (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 301.

<sup>12</sup> Ibid. 303.

9. A continuación, se realizará una breve descripción de los convenios marco suscritos por ChileCompra en que licitaron productos y servicios relacionados a tecnologías de la información y licencias de software de ofimática que son objeto de la presente consulta.

**B. Licitación de convenios marco anteriores para la adquisición de bienes y servicios similares**

*i. Convenio Marco de hardware, licencias de software y recursos educativos digitales, de 2014 / Primer convenio marco “relacionado”*

10. El año 2014 ChileCompra licitó y agrupó una serie de productos y servicios relacionados a tecnologías de la información que antes estaban contenidos en distintos convenios marco. Las tres categorías de productos licitados en esa oportunidad fueron hardware, licencias de software y recursos educativos digitales. De esta forma, en este convenio marco se licitaron productos similares a aquellos adjudicados en el convenio marco objeto de la presente consulta, encontrándose entre ellos las licencias de software.
11. El proceso de admisibilidad consistió fundamentalmente en establecer si los productos ofertados contenían la información requerida en la ficha electrónica y sus respectivos anexos, y que ellos efectivamente correspondiesen a los tipos de productos solicitados. Cabe destacar que los productos solicitados en las bases se describieron a nivel específico de marca y modelo.
12. Una vez que se determinaron las ofertas admisibles, ChileCompra procedió a evaluarlas. La evaluación económica tenía una ponderación del 85%, mientras que los criterios técnicos y otros completaban el restante 15%. ChileCompra adjudicaría la licitación a todos los oferentes cuyos productos obtuvieran 80 puntos totales o más. Más del 70% de las empresas que participaron de la licitación lograron ser adjudicadas y formar parte del convenio marco<sup>13</sup>.
13. Por otra parte, las bases exigían que las condiciones comerciales de los productos del convenio marco se mantuvieran vigentes durante toda su duración, salvo modificaciones acordadas, y que los proveedores mantuvieran las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes fuera del convenio marco respecto a los productos adjudicados en él<sup>14</sup>.
14. En este convenio marco se licitaron una serie de licencias de software de ofimática que fueron descritos en un anexo adjunto -cómo ya se indicó- a nivel de modelo y marca<sup>15</sup>. En este sentido, cada producto se distingue según su marca y características particulares. Para cada número identificado (ID) de los productos singularizados por ChileCompra, los proveedores podían

---

<sup>13</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019)*, Informe Final, 196.

<sup>14</sup> Bases de licitación pública ID 2239-7-LP14 para Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales, 24.

<sup>15</sup> Véase el documento Excel adjunto a la licitación pública ID 2239-7-LP14 denominado “Paleta de productos”.

realizar sus ofertas, sin perjuicio de la posibilidad de poder incorporar nuevos productos distintos de los descritos, con un límite de tres productos adicionales por oferente<sup>16</sup>.

15. Tan solo en lo relativo a licencias de software, existen actualmente más de 4.000 productos distintos en el catálogo del convenio marco, cada uno con marcas y características diversas. A modo de ejemplo, en la tienda se encuentra disponible la “*Licencia Microsoft Project Online with Project Pro for Office 365 unidad*”<sup>17</sup>, y la “*Licencia Microsoft Project Online Professional for Students Unidad*”<sup>18</sup>, cada una con un identificador distinto y con diferentes proveedores que ofrecen estos productos.
16. De esta manera, se puede apreciar que en este convenio marco se licitaron productos diferenciados por marca, produciéndose una competencia solamente entre distribuidores de un producto particular (intra-marca), pero no entre productos sustitutos (inter-marca).

*ii. Convenios Marco de data center y servicios asociados de 2013 y 2015 / Segundo convenio marco “relacionado”*

17. ChileCompra llevó a cabo en 2013 la licitación pública de este convenio marco<sup>19</sup>, licitándose las categorías de servicios de *data center*, incluyendo *hosting*, *housing* y servicios asociados, y de Software como Servicio y Plataforma como Servicio<sup>20</sup>.
18. De esta forma, en este convenio marco se licitaron productos similares a aquellos adjudicados en el convenio marco objeto de la presente consulta, encontrándose entre ellos los servicios tecnológicos de software “en la nube”.
19. Los criterios de evaluación consistieron en condiciones técnicas, con un 50% de ponderación, y el precio con el 50% restante. ChileCompra adjudicaría por categoría a aquellos proveedores que se encontrasen dentro del 80% mejor evaluado. No obstante, los que hubieran obtenido 80 puntos o más, aunque no se encontrasen en la situación anterior, también serían adjudicados<sup>21</sup>.
20. En el presente convenio marco, únicamente se podían ofertar los productos licitados dispuestos por ChileCompra en el anexo N°4 de las bases<sup>22</sup>. A diferencia del convenio marco de la sección

<sup>16</sup> Bases de licitación pública ID 2239-7-LP14 para Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales, 11.

<sup>17</sup> Disponible en: <https://www.mercadopublico.cl/TiendaFicha/Ficha?idProducto=1330899>

<sup>18</sup> Disponible en: <https://www.mercadopublico.cl/TiendaFicha/Ficha?idProducto=1627052>

<sup>19</sup> Bases de licitación aprobadas por la Resolución N°69 del 27 de noviembre de 2012 de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Luego, fueron parcialmente modificadas por la Resolución N°48 del 14 de junio de 2013 de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

<sup>20</sup> Bases de licitación pública ID 2239-17-LP11 para Convenio Marco de Data Center y servicios asociados.

<sup>21</sup> Ibid. 19.

<sup>22</sup> Ibid. 9.

i) anterior, en este caso el listado de productos no distinguía los ítems por marca, sino únicamente según características como capacidad o servicios incluidos.

### C. Licitación del convenio marco objeto de la presente consulta

21. Las bases de licitación del convenio marco objeto de la presente consulta fueron aprobadas por resolución el 20 de noviembre de 2020. En este proceso se licitaron dos categorías de productos y servicios distintos. Por un lado, licencias de software de ofimática y de servicios de instalación (“Categoría N°1”) y por el otro, servicios de migración para licencias de software de ofimática (“Categoría N°2”).
22. De acuerdo con lo señalado en las bases de licitación, dentro de la Categoría N°1 se consideraron el correo electrónico, procesador de textos, hoja de cálculos o planilla de cálculos, programa de presentación, gestor de bases de datos, gestor de información personal, agenda o calendario, cliente de correo electrónico y herramientas colaborativas<sup>23</sup>. A su vez, esta categoría contemplaba cinco gamas diferentes estandarizadas, distinguiéndose según la capacidad de almacenamiento, nivel de seguridad, y si se encuentran exclusivamente en la nube o son instalables<sup>24</sup>. De esta manera, en la descripción de los productos a ofertar se podía observar una estandarización de éstos, no haciéndose referencias a marcas o modelos en específico, sino que a definiciones genéricas<sup>25</sup> que permitían una competencia “inter-marca” o entre productos sustitutos.
23. Por su parte, la Categoría N°2 se refería a servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática, contemplando la configuración, implementación, soporte, capacitaciones, entre otros, que son necesarios para implementar las licencias de software de ofimática<sup>26</sup>.
24. Los requerimientos técnicos de las licencias de software de ofimática estaban desarrollados en un anexo de las bases de licitación y, en caso de que una oferta no cumpla con tales requisitos, sería considerada inadmisibles<sup>27</sup>.
25. Por su parte, los precios ofertados por gama debían ser iguales o superiores a los precios mínimos referenciales publicados en las bases, e iguales o inferiores a los precios máximos referenciales. De esta forma, existía una banda de precios que determinaba cuáles ofertas serían

---

<sup>23</sup> Bases de licitación pública ID 2239-28-LR20 para el Convenio Marco de Adquisición de Licencias de Software de Ofimática y Servicios de Instalación y Migración para Licencias de Software de Ofimática, anexo N°7, 59.

<sup>24</sup> Ibid. 14.

<sup>25</sup> A modo de contraste, en el Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales de 2014, las bases exigen la especificación de la marca, unidad y modelo del fabricante en el caso de las licencias de software.

<sup>26</sup> Bases de licitación pública ID 2239-28-LR20 para el Convenio Marco de Adquisición de Licencias de Software de Ofimática y Servicios de Instalación y Migración para Licencias de Software de Ofimática, 15.

<sup>27</sup> Ibid. 7.

válidas. Los productos fuera de esta banda de precios serían descartados y no continuarían en el proceso de evaluación<sup>28</sup>.

26. Luego del análisis de la admisibilidad de las ofertas, la evaluación se realizaría en una sola etapa de evaluación económica<sup>29</sup>. Cabe destacar que únicamente se admitiría una sola oferta por participante en cada gama, y que los oferentes únicamente podían ofertar los productos dispuestos y detallados por ChileCompra en las bases de licitación, no pudiéndose incorporar productos no contemplados en forma previa al convenio marco<sup>30</sup>. Para la evaluación de la oferta económica se consideró el precio ofertado para cada gama, diferenciándose a su vez por el número de usuarios cubierta por la solución de informática y la extensión de la vigencia del contrato<sup>31</sup>.
27. En cuanto a los criterios de evaluación, en la Categoría N°1 existían dos reglas: (i) precio promedio para la gama, con una ponderación de 95%; y (ii) cumplimiento de requisitos formales, con una ponderación de un 5%<sup>32</sup>.
28. Luego, en la Categoría N°2 existían cuatro criterios: (i) precio ponderado por servicios, con una ponderación de 50%; (ii) usuarios adoptados para el software de ofimática, con una ponderación de 30%; (iii) cantidad de implementaciones para el software de ofimática, que pondera un 15%, y; (iv) cumplimiento de requisitos formales, con una ponderación de 5%<sup>33</sup>.
29. De acuerdo con las bases de licitación, ChileCompra adjudicaría el convenio marco en la Categoría N°1 al oferente con el mayor puntaje ponderado para la respectiva gama. En consecuencia, las bases de licitación contemplaban que existiría un solo ganador en cada una de las cinco gamas de la Categoría N°1. Por su parte, en la Categoría N°2 se adjudicaría a los cinco oferentes que obtuvieron los mayores puntajes ponderados para los servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática a un software de ofimática en particular<sup>34</sup>. Cabe señalar que ChileCompra se reservó el derecho de declarar desierta la licitación cuando no se presentaren ofertas o cuando éstas no resultaren convenientes a sus intereses<sup>35</sup>.
30. En las bases de licitación de este convenio marco, al igual que en las bases de licitación de los convenios marco relacionados que se analizaron en las secciones i) y ii) anteriores, existen ciertas similitudes. Entre ellas, se exige que las condiciones comerciales de los productos se mantengan vigentes salvo modificaciones acordadas bilateralmente, y que los proveedores

---

<sup>28</sup> Ibid. 8.

<sup>29</sup> Ibid. 15.

<sup>30</sup> Ibid. 15-16.

<sup>31</sup> Ibid. Anexo N°5, 56.

<sup>32</sup> Ibid. 17-18.

<sup>33</sup> Ibid. 18-20.

<sup>34</sup> Ibid. 21.

<sup>35</sup> Ibid. 20.

mantengan las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes fuera del convenio marco, con respecto a los productos dentro de él<sup>36</sup>.

31. Asimismo, esta licitación contempla un procedimiento especial para el mecanismo de grandes compras para la Categoría N°1 del convenio marco. Al adjudicarse solo un proveedor por cada gama licitada, se permite que proveedores adjudicados en gamas superiores y/o equivalentes participen del proceso de gran compra, con el objeto de permitir que exista competencia al utilizarse esta modalidad. De esta forma, en el caso de iniciarse una gran compra de una licencia de software de ofimática de gama 2 “Nube”, puede permitirse la participación de los proveedores adjudicados en la otra categoría de la gama 2 (“Nube e Instalable”), y en las dos categorías de la gama 3.
32. De acuerdo con lo señalado en las bases de licitación, este convenio tendrá una vigencia de 12 meses contados desde la total tramitación de la resolución de adjudicación, existiendo la posibilidad de prorrogarse únicamente por el tiempo en que se procede a un nuevo proceso de licitación, o se defina una nueva modalidad de compra para estos tipos de producto, no pudiendo ser por un periodo superior a 6 meses<sup>37</sup>.
33. Sin perjuicio de estas similitudes, también, podemos observar una serie de cambios en la licitación de este nuevo convenio marco, los que a juicio de Microsoft -según se verá- serían problemáticos desde el punto de vista competitivo e infringirían lo dispuesto en el DL 211.
34. A modo de resumen, los principales cambios introducidos en este convenio marco fueron los siguientes: (i) la evaluación era casi únicamente por precio, evaluándose los requisitos técnicos en la etapa de admisibilidad; (ii) se realizó una estandarización de los productos licitados, describiendo técnicamente estos productos, pero no señalando una marca o modelo en específico, sino en base a sus funcionalidades, intentando así favorecer la competencia entre marcas o entre productos sustitutos y no entre distribuidores de una marca; (iii) se contempló la existencia de un solo adjudicado por gama en la Categoría N°1, fortaleciendo así de manera inédita la competencia por entrar al convenio marco; (iv) se establecieron precios mínimos y máximos en la oferta económica; y (v) se estableció una duración del convenio marco de un año, lo que es sustancialmente menor en comparación con el plazo de los convenios anteriores.

---

<sup>36</sup> Ibid. 23.

<sup>37</sup> Ibid. 45.

## II. LA CONSULTA DE MICROSOFT

35. Microsoft centra la consulta en la existencia de una serie de cláusulas en las bases de licitación que, a su juicio, generarían obstáculos a la libre competencia. En palabras de la Consultante, éstas *“podría[n] afectar la libre competencia tanto en lo que se refiere a la participación de oferentes como en lo tocante al proceso de evaluación y adjudicación de la licitación a la que se refieren tales Bases, principalmente porque algunas cláusulas, tanto por sí solas como en conjunto, dificultarían la participación de los oferentes en esta licitación, disminuyendo artificialmente su número, incentivarían la existencia de subsidios cruzados y fomentarían conductas anticompetitivas de quien se adjudique una gama del Convenio Marco”*<sup>38</sup>.
36. En particular, Microsoft señala que existen básicamente cuatro aspectos problemáticos en las bases de licitación pública del convenio marco que podrían afectar la libre competencia, a saber: (i) una incorrecta definición de cada categoría de producto o servicio licitado; (ii) la selección de un proveedor por gama; (iii) la definición de precios mínimos y precios máximos; y (iv) una cláusula de la nación más favorecida. Estos puntos serán analizados, por separado, desde una óptica de libre competencia, en la sección que sigue.

### A. Incorrecta definición de cada categoría de producto o servicio licitado

37. Como primer cuestionamiento al proceso de licitación objeto de esta consulta, Microsoft afirma que las bases no definen correctamente cada categoría de producto y servicio licitado por ChileCompra. En este sentido, señala que *“la falta de claridad en las Bases, tanto en su diseño como en sus definiciones particulares, puede excluir a potenciales oferentes, sea porque éstos queden injustificadamente fuera o bien porque decidan no postular, considerando el riesgo que implica la falta de claridad del componente técnico y las múltiples interpretaciones que pueden hacerse por los proponentes sobre esta materia.”*<sup>39</sup> Adicionalmente, argumenta que las ambigüedades detectadas pueden afectar en una sobre o sub-valoración de la oferta por parte de los proveedores.
38. En particular, respecto a la Categoría N°1, la Consultante señala que el error consiste en que las bases tratarían como bienes sustitutos o estandarizados a las distintas licencias de software sean estas locales, en la nube o híbridas. Microsoft ofrece para cada una de estas modalidades distintos tipos de licencias cuyo nivel de aplicaciones varía según la suscripción, la garantía, el soporte, y las funcionalidades mejoradas de seguridad y privacidad<sup>40</sup>. Por tanto, en su opinión, no es posible estandarizar todas estas características particulares de cada licencia en una sola

<sup>38</sup> Consulta de Microsoft Chile ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de enero de 2021, 1.

<sup>39</sup> Ibid. 18.

<sup>40</sup> Consulta de Microsoft Chile ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de enero de 2021, 4.

gama. Microsoft estima, en buenas cuentas, que el listado de productos licitados por ChileCompra debería ajustarse a su propia y particular oferta de soluciones de ofimática.

39. Conforme a lo declarado por ChileCompra, los requerimientos técnicos del convenio marco objeto de la presente consulta, a diferencia de aquellos establecidos en los convenios marco anteriores, se describieron genéricamente para así permitir la competencia entre marcas de acuerdo a lo recomendado por esta Fiscalía en su estudio de mercado sobre compras públicas. En este sentido, las definiciones fueron funcionales sobre lo que se esperaba de los productos para que así distintas marcas pudieran competir para adjudicarse la licitación<sup>41</sup>. Adicionalmente, ChileCompra señala que las especificaciones técnicas de cada una de las gamas licitadas en la Categoría N°1 tienen su origen en un estudio de las necesidades levantadas por los distintos organismos públicos y que, adicionalmente, fueron aprobadas por un comité técnico de la Dirección de Presupuestos.
40. Para competir en esta licitación, Microsoft participó indirectamente a través de distribuidores y socios de negocios o *partners*<sup>42</sup>. Consultado sobre el diseño de las bases, uno de los distribuidores de Microsoft que participó de esta licitación señaló que los requerimientos técnicos de cada gama de la Categoría N°1 estaban claros<sup>43</sup>. Por su parte, otro de los distribuidores de Microsoft que también participó en esta licitación expresó que los conceptos utilizados en las especificaciones técnicas de cada gama debían interpretarse según lo que “se entiende en el mercado”, razón por la cual no tuvieron problemas para poder participar. De la misma forma, Google LLC (“Google”), que también participó indirectamente a través de socios en esta licitación, sostuvo que los requerimientos técnicos de la Categoría N°1 estaban claros y que las dudas que tuvieron durante el proceso fueron respondidas por ChileCompra en la etapa de preguntas y respuestas. Así también expresó, que por primera vez, gracias a cómo estaban diseñadas las bases de licitación, habían podido participar en un proceso de compra de licencias de ofimática del Estado<sup>44</sup>.
41. Como es de público conocimiento, con fecha 4 de marzo de este año finalizó el proceso de evaluación del convenio marco objeto de la presente consulta. En la siguiente tabla podemos observar cuántos proveedores participaron en cada gama, cuántos pasaron el examen de admisibilidad y cuál fue el proveedor seleccionado como ganador en cada gama.

<sup>41</sup> Toma de declaración FNE a Microsoft Chile, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

<sup>42</sup> Consulta de Microsoft Chile ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de enero de 2021, 2 y Toma de declaración FNE a Microsoft Chile, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

<sup>43</sup> Toma de declaración FNE a Entel, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

<sup>44</sup> Toma de declaración FNE a Google LLC, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

**Tabla N°1: Proceso de Evaluación Convenio Marco**

Gama	Ofertas	Ofertas admisibles	Proveedor adjudicado	Producto
Gama 1	20	13	Optimiza Seguridad SpA	Zimbra Network Estándar
Gama 2	21	14	SoftwareONE Chile SpA	Office 365 EntE1 User+ defender 365P1 User+ M365 Apps for Enterprise + Use
Gama 3	15	9	SoftwareONE Chile SpA	Office 365 EntE1 User + defender 365P1 User
Gama 4	18	11	Orion 2000 SpA	Google Workspace Enterprise Standard
Gama 5	17	10	SoftwareONE Chile SpA	Office 365 entE1 User + defender 365P1 User+ office 365 DtLP User

**Fuente:** Elaboración propia con información del Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración de licencias de software de ofimática, de 2020.

42. De acuerdo con lo señalado anteriormente, es posible concluir que los requerimientos técnicos establecidos por ChileCompra en esta licitación se justificaban y no parecían ser arbitrarios. El hecho que se hayan definido genéricamente las distintas gamas de la Categoría N°1 se explica por el objetivo de la entidad licitante de generar mayor competencia en la primera etapa del convenio marco. Adicionalmente, tanto los participantes que ofertaron productos Microsoft como Google señalaron que las especificaciones técnicas de cada gama licitada se encontraban claras, por lo que no es posible concluir que éstas hayan generado una barrera a la entrada.
43. En la misma línea, un promedio de 18 proveedores participó en cada gama y 11 proveedores en promedio pasaron la etapa de admisibilidad. Del total de 33 ofertas inadmisibles, tan solo el 27% quedó fuera por no cumplir con los requisitos técnicos ya que el producto no constituía una licencia de ofimática, y un 15% debido a que los productos no pertenecían a la gama a la cual se estaba ofertando.
44. El nuevo diseño de licitación elaborado por ChileCompra, además, se encuentra en línea con las recomendaciones realizadas por esta Fiscalía en su Estudio de Compras Públicas y la OCDE en su informe sobre los convenios marco en Chile<sup>45</sup>. En este sentido, los convenios marco deberían ser utilizados para incorporar bienes que tengan un alto grado de estandarización, sean de uso común y reiterado en muchas reparticiones públicas. Así, entonces, los bienes y/o servicios deberían configurarse en relación con las características objetivas estandarizadas como en este caso y no como productos particulares con marca, tal como ocurría en los anteriores convenios marco de licencias de ofimática.

<sup>45</sup> OCDE. «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017), 11-12. Disponible [aquí](#).

45. Cabe destacar que este nuevo convenio marco implicó una mejora sustancial respecto al anterior, puesto que permitió por primera vez la existencia de competencia entre marcas o por productos sustitutos en este mercado, lo que en la práctica se tradujo en la entrada de distintos actores que antes no podían participar en la venta de licencias de ofimática al no estar incluidas sus marcas en los convenios anteriores.
46. Así, es posible observar que los efectos de este nuevo diseño de convenio marco de ChileCompra se vieron reflejados en los excelentes resultados obtenidos respecto al precio de las ofertas adjudicadas, que en promedio se encuentran en torno a un 65% más bajo que en el anterior convenio marco.

### **B. Selección de un proveedor por gama licitada en la Categoría N°1**

47. Como segundo argumento, Microsoft sostiene que la selección de un ganador en la Categoría N°1 tendría efectos anticompetitivos y que no existiría justificación alguna para establecer una diferencia entre el número de eventuales adjudicatarios entre ambas categorías.
48. Respecto a la adjudicación en la primera etapa de la Categoría N°1, en lugar de licitar por marca de un producto en particular y seleccionar a todos los proveedores que cumplan con un puntaje mínimo -como se hizo en los convenios marcos anteriores-, se optó por seleccionar a un oferente por una gama estandarizada, obligando a que se compitiera intensamente en precio para resultar adjudicatario. Esta es, seguramente, la innovación más relevante de esta licitación de convenio marco. Por su parte, en la categoría de servicios de migración e instalación de licencias de software de ofimática se seleccionaron a cinco ganadores.
49. De acuerdo con la Consultante, este punto de las bases de licitación podría infringir la libre competencia, puesto que excluiría injustificadamente a un número relevante de competidores, impidiendo una competencia ex post dentro del convenio marco, lo que generaría eventualmente un riesgo de abuso por parte del proveedor adjudicado, quien podría disminuir la calidad del bien o servicio y, por otro lado, un incentivo a los organismos públicos a incurrir en tratos directos<sup>46</sup>.
50. Así, en relación al primer argumento esgrimido, Microsoft señala que, con este nuevo diseño que permite seleccionar solo a un oferente por gama, no se podría utilizar competitivamente el mecanismo de gran compra. De igual manera, argumenta que hay un problema de coherencia, en la medida que, en el proceso de grandes compras que puede iniciarse una vez vigente el convenio marco, es posible que resulte adjudicatario un proveedor de una gama distinta, con el fin de aumentar la competencia. La Consultante sostiene que, con todo, en el mejor de los casos,

<sup>46</sup> Consulta de Microsoft Chile ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de enero de 2021, 29 y 30.

participarían dos oferentes en una licitación de gran compra, lo que “*reduciría sustancialmente la competencia que puede promover ese proceso*”<sup>47</sup>.

51. Asimismo, Microsoft plantea que la FNE, en su Estudio de Compras Públicas, recomendó una mayor utilización del mecanismo de gran compra. Sin embargo, al adjudicarse solamente a un proveedor por gama en la Categoría N°1, las bases eliminarían la posibilidad de su uso, incentivando además el trato directo como única opción para contratar productos que no puedan sustituirse por el único adjudicado<sup>48</sup>.
52. Nos detenemos en este punto toda vez que, de manera totalmente errónea, Microsoft asevera que esta Fiscalía sería supuestamente contraria a una competencia vigorosa en la primera etapa de una licitación para adjudicarse un convenio marco, ya que con ello se pondría en riesgo la competencia en la segunda etapa o a través de grandes compras dentro de un convenio marco. La frase del Estudio de Compras Públicas de esta Fiscalía que fue elegida por la Consultante para sostener su argumento ha sido citada fuera de todo contexto, ignorando claramente el sentido y las conclusiones de su Informe Final.
53. En efecto, basta leer cualquier sección relevante del referido estudio para verificar que, de hecho, uno de los puntos principales que esta Fiscalía recomienda es que los convenios marco sean modificados para privilegiar que exista una competencia robusta para entrar a ellos. En ningún pasaje del estudio de esta Fiscalía se esgrime que el buen funcionamiento de las grandes compras sea preferible a la competencia por entrar al convenio marco. En relación a las grandes compras, el único planteamiento realizado es que, justamente en el evento de no existir una primera etapa competitiva en un convenio marco, resultaría deseable utilizar este mecanismo en mayor medida para “compensar” la falta de mayor competencia “por la cancha”.
54. De esta forma, para esta Fiscalía la preocupación planteada por Microsoft a este respecto carece de fundamento. Al contrario de lo señalado por la Consultante, este nuevo formato ideado por ChileCompra permitió por primera vez la existencia de competencia real para entrar al convenio marco, una competencia “por la cancha”, que tuvo como resultado un precio sustantivamente inferior al que ChileCompra había obtenido anteriormente para la misma clase o tipo de productos.
55. Este efecto, estimamos, está explicado en gran parte por el diseño de las bases de licitación que fijaron los estándares mínimos de calidad en la etapa de admisibilidad para que luego solo existiera competencia en precio, lo que va en línea por lo recomendado explícita y reiteradamente por esta Fiscalía en su Estudio de Mercado sobre Compras Públicas<sup>49</sup>. En este sentido, también es importante recalcar que esta es la primera vez que, en una licitación de convenio marco, la

---

<sup>47</sup> Ibid. 28.

<sup>48</sup> Ibid. 30.

<sup>49</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019)*, Informe Final, 23, 191, 241, 242.

selección para entrar al convenio marco no operó meramente como un filtro formal de proveedores.

56. De acuerdo con lo señalado en el Informe Final del Estudio de Compras Públicas, un diseño de selección que no priorice la competencia en la primera etapa se traducirá inevitablemente en menores esfuerzos por parte de los proveedores en las condiciones comerciales ofertadas<sup>50</sup>. Así en este nuevo convenio marco es posible constatar empíricamente que, producto de las mayores presiones competitivas enfrentadas por los actores de este mercado, se produjo una baja significativa en los precios de los bienes y servicios licitados.
57. En relación con los efectos en el precio, vemos preliminarmente que éstos disminuyeron de forma significativa en este nuevo modelo de licitación. En efecto, si comparamos los precios para cada gama, apreciamos que en promedio el nuevo precio es 3,1 veces menor al precio promedio pagado en el convenio marco de 2014. En la siguiente tabla podemos observar la variación de precios por gama.

**Tabla N°2: Comparación de precios entre los Convenios Marco 2014 y 2021**

Gama	Precio 2014	Precio Mínimo 2021	Variación precio (veces)
Gama 1	20	13	2,2
Gama 2	21	14	4,7
Gama 3	15	9	2,3

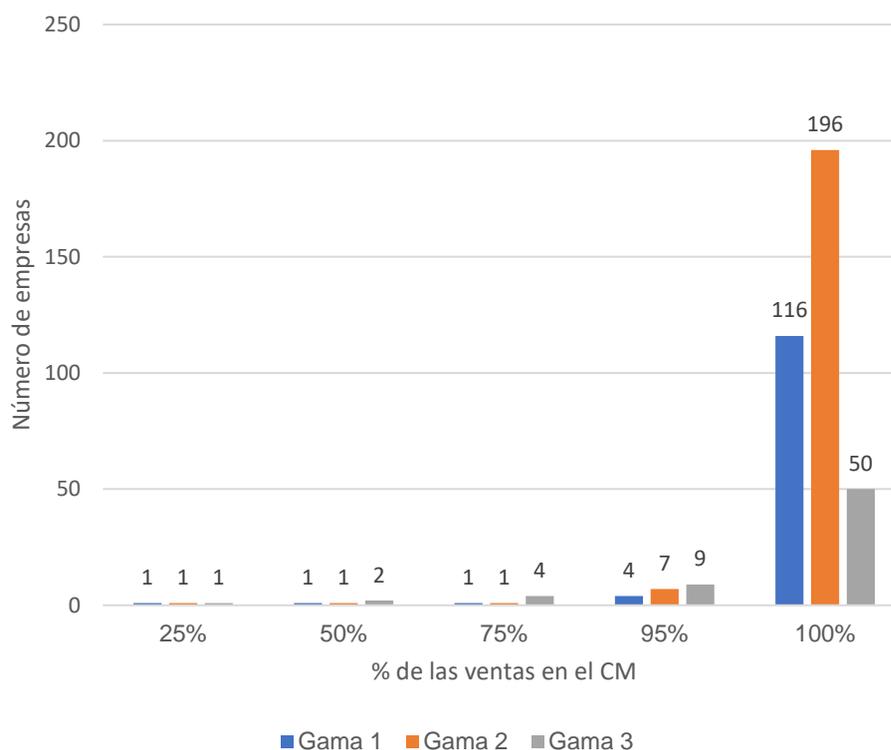
**Fuente:** Elaboración propia en base a datos del Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales de 2014, proporcionada por ChileCompra.

**Nota:** Los precios corresponden al costo anual por usuario y están expresados en dólares.

58. Adicionalmente, de acuerdo con los datos entregados por ChileCompra, si bien el convenio marco de 2014 permitió la entrada de muchos proveedores (196 empresas en total), el número de empresas que efectivamente vendió estos productos fue significativamente menor. Como vemos en el Gráfico 1, para las gamas 1 y 2 el 75% de las ventas las hizo una sola empresa en cada una. Para la gama 3, fueron 4 empresas. Esto nos indica que, pese a que el convenio marco anterior permitió la entrada de un gran número de proveedores, dicho ingreso fue meramente formal, puesto que, en los hechos, las ventas se realizaron por un número muy reducido de ellos.

<sup>50</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019)*, Informe Final, 197.

**Gráfico N°1: Concentración de proveedores en el Convenio Marco de 2014**



**Fuente:** Elaboración propia en base a datos del Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales de 2014, proporcionada por ChileCompra.

**Nota:** El campo 100% corresponde al total de empresas que participan del mencionado convenio marco.

59. Respecto a lo señalado por Microsoft sobre la imposibilidad de utilizar el mecanismo de gran compra en este nuevo convenio marco, ello también parece ser incorrecto en la mayoría de los casos. En primer término, las bases de licitación establecen expresamente que en los casos que las adquisiciones sean superiores a 1000 UTM 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.
60. Adicionalmente, como se señaló anteriormente, esta Fiscalía recomendó utilizar en mayor medida las grandes compras en los convenios marco cuya primera etapa no hubiere sido competitiva, donde no hubiere habido competencia por entrar al convenio marco, para que así se pudiera generar competencia en la segunda etapa. Sin embargo, en este caso concreto, al ser la primera etapa competitiva, las grandes compras, si bien posibles e incluso obligatorias en ciertos casos, tal como ya se señaló, no cumplen de la misma manera con el efecto disciplinador de precios pretendido en ausencia de una competencia “por la cancha”.
61. En relación al argumento esgrimido por la Consultante en cuanto a que generar competencia “por la cancha” en la primera etapa del convenio podría generar un riesgo de abuso por parte del proveedor adjudicado, al entregar un peor servicio o producto luego de la adjudicación, estimamos que no existen antecedentes que permitan sospechar que esta es una posibilidad real. Ello se debe a que los requerimientos técnicos de la calidad del bien o servicio fueron

explícitamente definidos en las bases como un requisito de admisibilidad y, por otro lado, a que las licencias de softwares, al ser productos de carácter estándar por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser empeoradas en cuanto a su calidad por parte de un proveedor<sup>51</sup>.

62. Finalmente, la Consultante argumenta que la licitación podría generar un incentivo adverso puesto que aumentarían los tratos directos de los organismos públicos. Consideramos que esto también es incorrecto, puesto que los órganos del Estado están legalmente obligados a consultar el catálogo de convenio marco en aquellos casos en que el bien o servicio se encuentre disponible. Por ello, tanto las licencias de ofimática como los servicios de migración deben ser adquiridos por esta vía. La excepción a esto es que concurra alguna de las causales expresamente establecidas en la regulación para realizar una contratación directa. Adicionalmente, la posibilidad que un organismo público compre por fuera del convenio marco existe tanto en este nuevo convenio marco como también en los anteriores, ya que las bases en nada afectan a lo señalado en nuestra legislación vigente respecto a las causales de trato directo.

### C. Definición de precios mínimos y precios máximos

63. El tercer aspecto problemático que tendrían las bases elaboradas por ChileCompra -según Microsoft- es que contenían bandas de precios a las que debían ajustarse las ofertas para cada categoría licitada. A juicio de la Consultante, este hecho podría constituir una infracción al DL 211 en la medida que a partir de ellos se podría reducir la competencia entre fabricantes y distribuidores y, así, potencialmente facilitar ilícitos anticompetitivos. Asimismo, respecto al precio mínimo sostiene que podría operar en la práctica como un precio mínimo de reventa al cual podrían acceder los distribuidores de los fabricantes.
64. Resulta pertinente aclarar, para lo que fuere concerniente, que no parece correcto afirmar que estos precios mínimos y máximos operen como un tipo de restricción vertical en este caso, toda vez que quien está determinando el precio de venta no es un actor de mercado aguas arriba respecto de quien lo vende, sino un organismo público que es el comprador y que no tiene participación en el mercado de licencias de ofimática<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> De todas formas, cualquier riesgo en estos casos se encuentra mitigado por la garantía de fiel cumplimiento del contrato establecida en las bases de licitación. Así, en el caso que exista incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que impone el Convenio Marco por parte de uno de los proveedores adjudicados la Administración podrá cobrar la boleta de garantía por fiel cumplimiento del contrato.

<sup>52</sup> En este sentido, las restricciones verticales presuponen una interacción entre agentes económicos independientes y situados en diferentes niveles de una cadena de producción, como por ejemplo entre fabricantes y distribuidores. Son estos acuerdos los que regulan las condiciones con que se compran, venden o revenden determinados productos o servicios. A su vez, la fijación de precios mínimos de reventa, en general se refiere a la restricción intra marca donde el proveedor establece al distribuidor el precio mínimo de venta minorista del producto. Por su parte, los precios máximos de reventa consisten en la fijación por parte del proveedor del precio máximo de venta minorista. Véase Fiscalía Nacional Económica, Guía para el análisis de restricciones verticales (2014), 4.

65. De acuerdo a lo señalado por ChileCompra, la banda de precios respondía a un análisis objetivo de los precios de mercado. Dicho análisis se configura mediante un estudio de los descuentos mínimos y máximos obtenidos por el Estado en las grandes compras de licencias de ofimática, el que se encontraba entre un 25% y un 60% del precio lista que las distintas marcas tienen en su página web. Así argumentan que por ello se estableció que el descuento mínimo, que fijaría el precio máximo, fuera de un 20% y el máximo descuento, que fijaría el precio mínimo, se estableció en un 70%, del precio lista, puesto que más allá de eso estiman que podrían presentarse ofertas irreales<sup>53</sup>. Respecto a este último punto, ChileCompra señaló que en otras licitaciones de convenio marco proveedores presentaron ofertas irreales para asegurarse la adjudicación con el objetivo de vender su cupo a un tercero después<sup>54</sup>.
66. Así, de acuerdo a lo señalado por ChileCompra, las bandas de precios establecidas en la actual licitación de convenio marco no suponían una arbitrariedad, sino que, por el contrario, respondían a un estudio objetivo de los precios presentes en el mercado.
67. Se ha mencionado por la Consultante que esta regla de la licitación constituye una barrera a la entrada para los competidores<sup>55</sup>, debido a que excluiría injustificadamente a algunos oferentes. Sin embargo, en esta licitación hubo una entrada de sesenta y nueve ofertas -la mayoría de las cuales fueron de distribuidores de Microsoft-, lo que constituye un número relevante que pareciera diluir la preocupación por el efecto en disuadir la entrada de competidores que podría tener la banda de precios establecida en la licitación. Desde la mirada de la entidad contratante, este número fue muy exitoso y sobrepasó las expectativas que se tenían al momento de licitar<sup>56</sup>.
68. En relación con el posible efecto del precio máximo impuesto en la licitación de este convenio marco, vemos que la mayoría de las ofertas se han mantenido por debajo del precio máximo, lo que sugiere que este precio límite no supuso una restricción activa a la mayoría de las empresas participantes. No se puede descartar la posibilidad de que esta condición sí haya afectado a un número indeterminado de empresas que potencialmente pudieron haber participado y que no lo hicieron debido al precio máximo.
69. Sin perjuicio de lo anterior, este precio máximo estuvo lejos de los menores precios ofertados, lo que sugiere que, incluso si esta condición de las bases dejó fuera a potenciales oferentes, el precio obtenido por ChileCompra no se habría visto afectado.
70. Respecto al precio mínimo, esta Fiscalía estima que sí pudo haber tenido un efecto en el precio final, pero no en el número de participantes. Como vemos en la Tabla 3, en la licitación de la Gama 2 y 4, el 17% y el 20% de las ofertas, respectivamente, estuvieron muy cercanas al precio mínimo, así como un 28% y un 33%, respectivamente, que estuvo a una diferencia de menos del

<sup>53</sup> Toma de declaración FNE a ChileCompra, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

<sup>54</sup> Toma de declaración FNE a ChileCompra, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

<sup>55</sup> Consulta de Microsoft Chile ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de enero de 2021, 36.

<sup>56</sup> Toma de declaración FNE a ChileCompra, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

10%. Esto sugiere que el precio mínimo podría haber operado como una restricción para los oferentes que postularon con los precios más bajos, lo que podría implicar que los precios obtenidos en el nuevo convenio marco pudieron haber sido más bajos aún, lo cual no obsta que se hayan podido generar ahorros significativos, tal como señalamos anteriormente.

**Tabla N°3: Porcentaje de ofertas cercanas a la banda de precios**

Diferencia precio mínimo y máximo	Gama 1	Gama 2	Gama 3	Gama 4	Gama 5
Igual precio mínimo	0%	17%	0%	20%	0%
Diferencia menor a 5%	0%	22%	0%	27%	0%
Diferencia menor a 10%	0%	28%	0%	33%	0%
Igual precio máximo	12%	11%	0%	7%	0%
Diferencia menor a 5%	29%	11%	0%	7%	0%
Diferencia menor a 10%	29%	17%	21%	7%	20%

**Fuente:** Elaboración propia en base a datos del Convenio Marco de Hardware, Licencias de Software y Recursos Educativos Digitales de 2014, proporcionada por ChileCompra.

**Nota:** Hemos usado el precio máximo reportado por ChileCompra para las ofertas anuales. Por más de un año los resultados no varían de forma significativa.

71. Así, reiteramos que, en base a los antecedentes tenidos a la vista y recabados durante el periodo de investigación, no es posible afirmar que el establecimiento de precios mínimos y máximos por parte de la entidad licitante haya tenido efectos anticompetitivos. El precio máximo no parece haber causado una restricción activa a la mayoría de los oferentes y, si bien el precio mínimo pudo haber influido en la eficiencia de la licitación en el sentido de alcanzar precios más bajos para el Estado, probablemente no tuvo efectos en la cantidad de competidores en el proceso. Por lo demás, cabe señalar que esta regla establecida por ChileCompra no restringió de manera alguna la participación de distribuidores de Microsoft.

#### **D. Cláusula de la nación más favorecida**

72. Por último, la Consultante se refiere a una cláusula de la licitación que caracteriza como una cláusula de la nación más favorecida. En ella, el adjudicatario de la licitación se compromete a mantener en el convenio marco las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes

respecto a los bienes y/o servicios licitados fuera de éste. Así “cualquier mejora en las condiciones de compra para un comprador deberá extenderse a todos los compradores<sup>57</sup>”.

73. El problema de esta cláusula radica, a juicio de Microsoft, en tres puntos claves, a saber: (i) en que, en vez de una baja de precios, podría incentivar a una mantención o aumento de estos; (ii) en que podría facilitar la coordinación de precios de los oferentes; y (iii) en que disminuiría los incentivos a participar de la licitación, ya que el oferente debería considerar que cualquier ajuste de precios debe ser extendido al beneficiario de la cláusula<sup>58</sup>.
74. Lo anterior -según la Consultante- sería problemático en la medida que no se hace cargo de las diferencias que existen entre el mercado público y el mercado privado, lo que podría justificar una diferencia en las condiciones ofrecidas por los proveedores, sin que ello configure una práctica de discriminación arbitraria. Además, siendo el mercado público uno de volúmenes más significativos, sería probable que la existencia de esta cláusula desincentivara a bajas de precios en el mercado privado, por lo que esta disposición podría distorsionar la competencia en un mercado conexo.
75. Una revisión de la literatura relevante sobre esta materia muestra, sin embargo, que existen visiones contrapuestas en relación con los riesgos de esta cláusula y no una visión unívoca y problemática como la que plantea Microsoft. Por una parte, existen argumentos que establecen efectos positivos a raíz de su aplicación, y por otra, existen posiciones que señalan que esta cláusula podría generar efectos anticompetitivos. Así se ha señalado que los beneficios de la aplicación de esta cláusula serían los siguientes: (i) resolverían el problema de *hold – up* incentivando al proveedor a otorgar las mejores condiciones posibles al comprador; (ii) reduciría los retrasos en las transacciones ya que el comprador no tendría que esperar mejores ofertas; (iii) disminuirían los costos de transacción al incentivar a las partes a suscribir acuerdos de largo plazo; y (iv) dificultaría la discriminación de precios al existir una estandarización de las condiciones<sup>59</sup>. En tanto, dentro de los problemas que podría suscitar la utilización de esta cláusula, se ha planteado que: (i) reduciría el incentivo del vendedor para bajar los precios a los posibles compradores; (ii) facilitaría la colusión; (iii) configuraría una barrera a la entrada; y (iv) aumentaría el poder de mercado en el mercado aguas abajo<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Bases de licitación pública ID 2239-28-LR20 para el Convenio Marco de Adquisición de Licencias de Software de Ofimática y Servicios de Instalación y Migración para Licencias de Software de Ofimática, 30.

<sup>58</sup> Consulta de Microsoft Chile ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de enero de 2021, 38.

<sup>59</sup> Véase respecto a los efectos positivos de esta cláusula a: Pinar Akman, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses” en *Journal of Competition Law and Economic* 12 (2016), 9; Ingrid Vandenborre “Most Favoured Nation Clauses Revisited”, 589; Thale Thuen-Paulsen, *A comparison and an Examination of the Adequacy of the Diverging Approaches taken to MFN-Clauses Across Europe in Online Two-Sided Markets*, 13; Francisco González-Díaz, “The law and economics of most-favoured nation clauses”, en *Competition Law & Policy Debate* Vol.1 No.3 (2015), 35.

<sup>60</sup> Véase respecto a los efectos negativos de esta cláusula: Ingrid Vandenborre “Most Favoured Nation Clauses Revisited” en *European Competition Law Review*, 590; Jonathan Baker y Judith Chevalier. “The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions” en *Antitrust*, Vol. 27, No. 2 (2013), 22; Francisco González-Díaz, “The law and economics of most-favoured nation clauses”, en *Competition Law & Policy Debate* Vol.1 No.3 (2015), 40.

76. De hecho, el artículo de la profesora Pinar Akman, citado parcialmente por Microsoft para argumentar sobre el riesgo de la cláusula, presenta esta visión equilibrada, en el sentido que la cláusula “[...] *can have both procompetitive and anticompetitive effects*”<sup>61</sup>.
77. Este mismo artículo citado por Microsoft concluye que la cláusula de nación más favorecida no es *a priori* anticompetitiva, sino que señala que el análisis de riesgo debe realizarse en relación al efecto potencialmente anticompetitivo, considerando los hechos y los efectos que se produzcan en un caso en particular<sup>62</sup>.
78. Para ChileCompra, la cláusula del convenio marco objeto de la consulta tiene la finalidad de que las empresas cumplan con las condiciones comerciales que tienen en el sector privado, y así evitar que le impongan un precio mayor al Estado<sup>63</sup>.
79. En base a los antecedentes tenidos a la vista, durante el período en que se desarrolló la investigación para el presente informe no es posible para esta Fiscalía afirmar que los riesgos potenciales de una cláusula de este tipo de se hayan verificado. De hecho, el alto número de participantes y el muy buen resultado obtenido en la licitación en cuanto precio, apunta a que los efectos potencialmente nocivos de una cláusula de nación más favorecida posiblemente no se concretaron en este caso particular. Esta conclusión, por lo demás, es compartida por los oferentes que participaron de la licitación -la mayoría de ellos distribuidores de Microsoft-, quienes señalaron que esta cláusula no tuvo efecto alguno en la oferta realizada<sup>64</sup>.

### III. CONCLUSIONES

80. Del análisis realizado por esta Fiscalía, es posible concluir que las bases de licitación del Convenio Marco para la adquisición de licencias de software de ofimática y servicios de instalación y migración para licencias de software de ofimática de ChileCompra se ajustan a lo establecido en el DL 211.
81. Los principales problemas detectados por Microsoft en su consulta en relación con el diseño de las bases, esto es, la estandarización de los requisitos técnicos establecidos en la Categoría N°1 de la licitación del convenio marco y la selección de un ganador por cada gama, son aspectos que a juicio de esta Fiscalía siguen las recomendaciones realizadas en su estudio de mercado de compras públicas y, contrariamente a lo señalado por la Consultante, generan más

<sup>61</sup> Pinar Akman, “A competition Law Assessment of Platform Most-Favoured Customer Clauses, en *Journal of Competition Law and Economics*, 12 (2016), 6.

<sup>62</sup> “It is also crucial that the authorities scrutinize these clauses on the basis of their effects rather than their form since it is clear that their potential to harm competition is fact-dependent”. Pinar Akman, “A competition Law Assessment of Platform Most-Favoured Customer Clauses, en *Journal of Competition Law and Economics*, 12 (2016), 52.

<sup>63</sup> Toma de declaración FNE a ChileCompra, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

<sup>64</sup> Tomas de declaración FNE a Sonda, SoftwareOne y Entel, Investigación Rol N°2647-21, marzo de 2021.

competencia para entrar al convenio, lo que se traduce en importantes ahorros de recursos públicos.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 2, 31 y 32 del DL 211,

**SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:** Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica en el procedimiento de consulta de autos.