

GOBIERNO DE CHILE
 MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS
 DIRECCION GENERAL DE OBRAS
 PUBLICAS

REF: Deniega parcialmente entrega de información
 relativa a solicitud que indica, conforme lo dispone la Ley
 N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE PARTES R E C I B I D O
--

SANTIAGO, 13 FEB 2018
 RESOLUCIÓN EXENTA DGOP N° 639
 VISTOS:

TRAMITADA 13 FEB 2018 OFICINA DE PARTES DIREC. GRAL. DE OBRAS PUBLICAS
--

CONTRALORIA GENERAL TOMA DE RAZON R E C E P C I O N		
DEPART. JURIDICO		
DEPT. T. R. Y REGISTRO		
DEPART. CONTABIL.		
SUB. DEP. C. CENTRAL		
SUB. DEP. E. CUENTAS		
SUB. DEPTO. C. P. Y BIENES NAC.		
DEPART. AUDITORIA		
DEPART. V. O. P., U. y T.		
SUB. DEPTO. MUNICIP.		
REFRENDACION		
REF. POR \$ _____		
IMPUTAC. _____		
ANOT. POR \$ _____		
IMPUTAC. _____		
DEDUC. DTO. _____		

N° Proceso 11720955

- Las necesidades del Servicio.
- La presentación efectuada en la Oficina de Información y Atención Ciudadana MOP, por don Agustín Bulnes Del Valle, a través del Formulario N° 96969 de fecha 29 de diciembre de 2017.
- Lo dispuesto en la Ley de Transparencia de la función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, N°20.285
- El Decreto Supremo N° 13 de 2009, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento de la Ley N°20.285, de 2008.
- La Instrucción General N°10 del Consejo para la Transparencia, publicada en el Diario Oficial el 17 de diciembre de 2011.
- Lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° del DFL 1/19.653 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- En uso de las facultades establecidas en el DFL MOP N° 850, de 1997, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos.
- La Resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija las Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.
- D.S. MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164 DE 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- El D.S. MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- Resolución del Consejo para la Transparencia de los Amparos C1345-14, C977-15, C3066-15 y C4243-16.
- Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 2997-16-INA.


 Constanza Ojeda Cid
 Abogada
 DGOP

CONSIDERANDO

- Que con fecha 29 de diciembre de 2017, se recibió la solicitud de información pública N° 96969, cuyo tenor literal es el siguiente:

"se adjunta documento referente a embalse catemu", el cual contiene una presentación que fue recibida en la Oficina de Partes de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas con fecha 28 de diciembre, en la que solicita en lo principal solicita "Disponga se certifique la circunstancia de haberse entregado las copias de los denominados "Antecedentes Referenciales" N° 1, N° 2 y N° 4, relativos al proyecto "Embalse Catemu" en oportunidades diferentes a los distintos Licitantes, bajo el apercibimiento del artículo N° 257 del Código Penal".

En el primer otrosí requiere lo siguiente: *"Solicito a Ud. Disponga se me entregue copia de:*

- a) Todas las preguntas que se hayan suscitado durante el presente proceso de Licitación, así como las respuestas que la Coordinación que Ud. dirige haya entregado.*
 - b) Copia autorizada del cuaderno donde consta y se lleva registro de la entrega de los "Antecedentes Referenciales" del proyecto denominado "Embalse Catemu".*
 - c) Copia de los "Antecedentes Referenciales" N° 3, denominado "Planos Expropiaciones Embalse Catemu", cuyo autor es la Dirección de Obras Hidráulicas" –en adelante, DOH-, del año 2016.*
 - d) Copia de los "Antecedentes Referenciales" N° 5, denominado "Especificaciones Instrumentación Geotécnica y Estaciones Fluviométricas, Meteorológicas y Telemetría Embalse Catemu", cuyo autor es la DOH, del año 2016 y,*
 - e) Copia del informe denominado "Determinación de Reglas Operacionales para Embalses Priorizados en el Plan de Grande Embalses DOH, Modelo Operacional Embalse Catemu", cuyo autor es la Universidad de Chile, del año 2017, sobre el cual se hace referencia en la página N° 300, subtítulo N° 2.4.3.7.1 "Descripción de la Regla de Operación del Embalse Catemu", sección Antecedentes, Tablas N° 12, N° 13 y N° 14."*
- Que, respecto de la información solicitada, cabe indicar primeramente que las Concesiones de Obra Pública, se encuentran reguladas en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas (MOP) N° 900, que fijó el texto refundido, coordinado, y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas y en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 956 de 1997 del MOP, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en adelante el Reglamento.
 - Las Bases de Licitación (BALI) están definidas en el artículo tercero, número 4 del Reglamento de la Ley de Concesiones como: *"Conjunto de normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas con que se hace el llamado a licitación y que forman parte del contrato de concesión"*. Dichas bases, constituyen un instrumento fundamental en toda concesión. Al respecto podemos mencionar, a modo ejemplar, que el artículo 7 de la Ley de Concesiones, establece los factores para evaluar una oferta, pero remitiéndose a los criterios y parámetros que establezca el MOP en las BALI, en las cuales se regula de forma específica las condiciones y criterios del proyecto.
 - El Llamado a licitación, se regula en el Capítulo 3 *"De las licitaciones", "Otorgamiento de la Concesión y Formalización del Contrato"* de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Asimismo, el Reglamento establece normas para la *"Licitación y Adjudicación"* en el Título III. El artículo 14 número 1 del Reglamento define el llamado a licitación como *"el acto por el cual el Director General de Obras Públicas, por sí o mediante delegación en el Director del Servicio o en los Secretarios Regionales Ministeriales de las regiones donde se realice el proyecto, invita a los*

interesados para que, sujetándose a las bases de licitación, formulen ofertas”.

- Las BALI del proyecto de concesión de obra pública denominado *“Concesión Embalse Catemu”* en el artículo 1.2.2 número 2 define Anteproyecto Referencial de la siguiente manera: *“Corresponden a los antecedentes entregados por el MOP a los Licitantes, con el objeto de señalarles, en carácter indicativo, los lineamientos necesarios para que el Concesionario desarrolle los Proyectos de Ingeniería de Detalle, según se indica en el artículo 1.4.3 de las presentes Bases de Licitación y que forman parte de la Concesión”.*
- El proyecto denominado *“Concesión Embalse Catemu”*, considera la construcción, mantención y operación del embalse, que se ubicará a unos 14 km al norte de la localidad de Catemu, comuna de Catemu, Región de Valparaíso. El proyecto busca abastecer principalmente las necesidades de riego con un volumen total de 180 millones de m³ de capacidad, inundando una superficie total de aproximadamente 500 hectáreas. Se contempla la construcción de un muro principal de tipo CFRD (*Concrete Face Rockfill Dam*), es decir, se define como un muro de enrocados y/o gravas permeables, compactado con una pantalla de hormigón en el paramento de aguas arriba, de 1.200 m de largo y 65 m de altura aproximada. Además incluye un canal alimentador de 25 km que permitirá la conducción de aguas desde la cuenca del río Aconcagua hasta el Embalse, permitiendo aumentar los recursos hídricos que es posible almacenar con una seguridad de riego del 85%. Se estima que esta obra beneficiará 26.530 hectáreas y 3.236 predios.
- En la actualidad, se encuentra en pleno desarrollo el proceso de licitación del proyecto denominado *“Concesión Embalse Catemu”*, en virtud del procedimiento administrativo reglado establecido en el Título III del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Así, las BALI fueron dictadas por la Resolución DGOP N° 100 de fecha 12 de septiembre de 2017, siendo Tomadas de Razón por la Contraloría General de la República con fecha 8 de noviembre de 2017. Posteriormente, se realizó el llamado a licitación el día 15 de noviembre de 2017 y se emitió la Circular Aclaratoria N°2 de fecha 24 de enero, la cual fijó la recepción de ofertas y apertura de ofertas técnicas para el día 31 de mayo de 2018 a las 12 horas, y apertura de ofertas económicas se fijó para el día 28 de junio de 2018 a las 12 horas. Una vez realizada la evaluación de las ofertas económicas, la Comisión de Evaluación levantará un acta de calificación que será entregada al DGOP, quien dentro del plazo de validez de la oferta, comunicará por escrito al licitante que obtuvo el puntaje mayor, por medio de carta certificada, la intención de adjudicarle la concesión y posterior dictación del Decreto Supremo de Adjudicación. De esta manera, **el proceso licitatorio está inconcluso, no habiéndose recibido y tampoco abierto aún las ofertas técnicas y económicas, ni adjudicado la concesión,** y por tanto, no se ha perfeccionado el proceso licitatorio.
- Respecto de la presentación del ciudadano, es importante tener presente algunos aspectos del proceso licitatorio de la *“Concesión Embalse Catemu”*. En primer lugar, de conformidad al numeral 1.4.3 de las BALI, los Antecedentes Referenciales allí indicados *“(…) serán puestos a disposición de los Licitantes y/o Grupos Licitantes por el MOP y que serán entregados en las oficinas ubicadas en calle Merced 753, 7º piso, Santiago de Chile (...)”*. A su vez, de acuerdo al llamado a licitación publicado en el Diario Oficial de 15 de noviembre de 2017, se señaló expresamente *“ENTREGA DE BASES DE LICITACIÓN Y ANTECEDENTES TÉCNICOS: Las Bases de Licitación y los antecedentes técnicos del proyecto podrán ser retirados por los Licitantes y/o Grupos Licitantes, en calle Merced N°753, piso 7, Santiago, a partir del tercer día hábil de la presente publicación, previo pago de las citadas Bases en la Dirección de Contabilidad y Finanzas del Ministerio de Obras Públicas, ubicada en calle Morandé N°71, piso 1, de 9:00 a 14:00 horas, en día hábil. El valor a pagar por las Bases de Licitación será de \$300.000.- + IVA”*.

- En cumplimiento de lo anterior, mediante Oficio Ord. N° 1958 de 22 de diciembre de 2017 (adjunto), se notificó a todos los Licitantes y Grupos Licitantes que hasta esa fecha habían adquirido las Bases de Licitación (dentro de los cuales se encuentra el solicitante de la información), que estaban a su disposición y por tanto podían ser retirados desde ese momento, los Antecedentes Referenciales 1, 2 y 4 indicados en el documento. Lo señalado se expresó en los siguientes términos: *“Estos antecedentes podrán ser retirados en la Secretaría de la División de Desarrollo y Licitación de Proyectos de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, ubicada en calle Merced 753, Piso 7, Santiago, en día hábil y horario de oficina”*.
- El mismo procedimiento se siguió para los Antecedentes Referenciales 3 y 5, los cuales se pusieron a disposición para el retiro de los Licitantes y Grupos Licitantes, lo que se comunicó mediante el Oficio Ord. N°0029 de 05 de enero de 2018, en los mismo términos citados en el punto anterior.
- Consistente con lo expuesto, todos los Licitantes y Grupos Licitantes han tenido acceso a la información técnica asociada al proyecto desde una misma fecha, habiendo retirado la documentación más de 14 empresas hasta ahora. Este mecanismo es el mismo aplicado en todos los procesos de licitación en que se requiere que los interesados conozcan los aspectos técnicos de cada proyecto, de manera que obtengan toda la información pertinente para sus ofertas. Por lo tanto, corresponde a cada Licitante y/o Grupo Licitante la responsabilidad de efectuar el retiro de esos antecedentes, pudiendo hacerlo en cualquier día y hora hábil, a partir de la fecha en que se encuentren disponibles. A mayor abundamiento, en los Registro de Entrega de Antecedentes de los Ordinarios Ord. N° 1958 y N°0029 ya mencionados, consta el retiro de los Antecedentes Referenciales por parte de don Agustín Bulnes del Valle.
- Respecto a la solicitud de antecedentes, descrita en el primer otrosí de la presentación del ciudadano, podemos indicar lo siguiente:
 - “a) Todas las preguntas que se hayan suscitado durante el presente proceso de Licitación, así como las respuestas que la Coordinación que Ud. dirige haya entregado”*: las preguntas de los Licitantes y/o Grupos Licitantes que se efectúen durante el proceso de Licitación del Embalse Catemu, serán respondidas como parte del mismo proceso, mediante Circulares Aclaratorias, la cual será puesta a disposición de los Licitantes y Grupos Licitantes. Lo señalado se encuentra regulado en el artículo 18 *“Consultas y Aclaraciones sobre las Bases de Licitación”* del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y el artículo 1.4.5 de las Bases de Licitación.
 - “b) Copia autorizada del cuaderno donde consta y se lleva registro de la entrega de los “Antecedentes Referenciales” del proyecto denominado “Embalse Catemu”*”: se entregará copia del cuaderno donde se registra la fecha de entrega de los Antecedentes Referenciales a los Licitantes y/o Grupos Licitantes.
 - “c) Copia de los “Antecedentes Referenciales” N° 3, denominado “Planos Expropiaciones Embalse Catemu”, cuyo autor es la Dirección de Obras Hidráulicas” –en adelante, DOH-, del año 2016”*: fue puesto a disposición mediante Oficio Ord. N°0029 de 05 de enero de 2018 y retirado por el Sr. Agustín Bulnes del Valle. Sin perjuicio de lo anterior, teniendo presente que el ciudadano compró las BALI, se pondrá a su disposición nuevamente el documento requerido.
 - “d) Copia de los “Antecedentes Referenciales” N° 5, denominado “Especificaciones*

Instrumentación Geotécnica y Estaciones Fluviométricas, Meteorológicas y Telemetría Embalse Catemu”, cuyo autor es la DOH, del año 2016 y,”: fue puesto a disposición del Señor Agustín Bulnes del Valle mediante Oficio Ord. N°0029 de 05 de enero de 2018 y posteriormente retirado por éste. Sin perjuicio de lo anterior, teniendo presente que el ciudadano compró las BALI, se pondrá a su disposición nuevamente el documento requerido

- Respecto al estudio *“Determinación de Reglas Operacionales para Embalses Priorizados en el Plan de Grandes Embalses DOH, Modelo Operacional Embalse Catemu”*, requerido en la letra e) de la solicitud, se le debe dar un tratamiento diferente a raíz de su contenido, ya que el Estudio *“Determinación de Reglas Operacionales para Embalses Priorizados en el Plan de Grandes Embalses DOH, Modelo Operacional Embalse Catemu”*, determina y evalúa el desempeño de la Regla de Operación del embalse en función de las aguas a embalsar y los requerimientos de los distintos usos asociados (riego, consumo humano y caudal ecológico), distinguiendo entre operación normal y operación en caso de año seco. Además, determina la superficie de riego beneficiada. Para lo anterior, como parte del estudio se hicieron supuestos respecto a la hidrología futura y los aportes que se esperan de los caudales afluentes al embalse, usuarios que embalsaran sus aguas (se analizaron distintos escenarios), demandas de aguas, evaporación, Infiltración y derrames. Por consiguiente, si un licitante obtiene los resultados del Estudio, podrá estimar las entregas de aguas que realizará el embalse, a partir de las cuales se obtienen los ingresos por los Servicio Básico de Entrega Regulada de Agua para Riego y Servicio Especial Obligatorio de Aguas Excedentes.

Asimismo, el Modelo de Negocio de la Concesión del Embalse Catemu, considera que serán parte de los flujos del Concesionarios los ingresos por la prestación de los Servicios Básicos de Entrega Regulada de Agua para Riego y Servicio Especial Obligatorio de Aguas Excedentes. Considerando los ingresos a percibir por el Concesionario, la inversión y los costos de mantención del proyecto, los Licitantes podrán definir el monto de los subsidios a la construcción (Cuota SFC) y a la operación (SFO) a solicitar en su oferta económica. Lo señalado es absolutamente relevante, porque las BALI en el artículo 3.1 señalan que los factores de licitación son 2 y que deberán ser incluidos en la oferta económica de los Licitantes o Grupos Licitantes:

3.1.1 *“Subsidio Fijo a la Construcción”*: *“En su oferta Económica, el Licitante o Grupo Licitante establecerá el monto de la Cuota SFC a solicitar, correspondiente al valor de cada cuota de Subsidio Fijo a la Construcción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.12.1.1 de las presentes Bases de Licitación. El monto de la Cuota SFC deberá ser expresado en Unidades de Fomento sin decimales. Sin IVA.”*

3.1.2 *“Subsidio Fijo a la Operación”*: *“En su oferta Económica, el Licitante o Grupo Licitante establecerá el monto del Subsidio Fijo a la Operación (SFO) a solicitar, y a partir del cual se calculará cada cuota del Subsidio a la Operación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.12.1.2 de las presentes Bases de Licitación. El monto del SFO deberá estar expresado en Unidades de Fomento sin decimales. Sin IVA.”*

En conclusión, la estimación de ingresos y definición de supuestos, la debe realizar cada licitante al momento de preparar su oferta económica. Dependiendo de los supuestos que tome cada Licitante obtendrán diferentes estimaciones de ingresos. Es por ello que, si los Licitantes o Grupos Licitantes toman conocimiento de los supuestos y estimaciones del MOP obtendrán información privilegiada, que repercutirá en una distorsión del mercado por asimetrías de información, afectando la competencia del proceso licitatorio. Asimismo, vulnerara principios tan esenciales como el Principio de Igualdad de los Oferentes, puesto que es evidente que se estaría otorgando una posición más favorable a quien obtiene el Estudio.

- Tal como acabamos de mencionar, además de la regulación del proceso licitatorio y del alcance del contenido del Estudio *“Determinación de Reglas Operacionales para Embalses Priorizados en el Plan de Grandes Embalses DOH, Modelo Operacional Embalse Catemu”*, el cual tiene un evidente carácter crítico, cuya entrega afectaría la competencia del proceso licitatorio y vulneraría una serie de principios y obligaciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, tanto de rango constitucional como legal, los que se detallan en los próximos párrafos.
- El artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a: *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos (...)”*.
- Por su parte, la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 8 bis señala: *“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”*.
- La Ley 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, consagra en su artículo N° 11 el principio de imparcialidad: *“Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*.
- Que, para la Administración, es imperativo resguardar dichos principios, los cuales se manifiestan, en los procesos licitatorios, en el deber de actuar de manera imparcial y garantizando la libre concurrencia de los oferentes en igualdad de condiciones. Lo anterior, es conocido como el Principio de Igualdad de los Oferentes, el que se encuentra íntimamente relacionado con la información requerida por el ciudadano puesto que contiene información esencial que configura el modelo de negocio de la concesión a licitar, como también aspectos fundamentales del contenido de las Bases de Licitación. De esta manera, la entrega de la información requerida implicaría que quien la recibe cuente con una ventaja determinante en el proceso licitatorio.
- La entrega del estudio en cuestión perjudicaría la transparencia y competitividad del proceso de licitación, toda vez que como parte de ella se encuentran las reglas de operación del embalse e información relevante que de ser conocida por algún Licitante y/o Grupo Licitantes, le permitiría tener una ventaja sobre el resto de los interesados participantes en la licitación y por tanto el proceso de licitación perdería los atributos de transparencia y competitividad que el Estado de Chile requiere para estos procesos de concesión de la infraestructura. De acuerdo a lo anterior, dicho estudio no se pondrá a disposición de los futuros licitantes y tampoco de otros organismos, puesto que deberán ser los propios licitantes, los que realicen sus estimaciones de ingresos, considerando distintos escenarios y supuestos, lo cual influye

directamente en el modelo de negocio y ofertas económicas de los licitantes. Al realizar los oferentes sus propios cálculos y simulaciones, lo que se obtiene son ofertas más eficientes lo que redundaría en mejores resultados para el Estado y los futuros usuarios. De esta manera, y tal como fue mencionado anteriormente, se trata de información sensible, cuyo conocimiento por parte de los futuros licitantes atentaría directamente contra la igualdad de los oferentes y la competencia.

- Lo sostenido, ha sido recogido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia (CPLT) al pronunciarse respecto de amparos relativos a la entrega de Bases de Licitación, Estudio de Evaluación Social y Proyectos de Ingeniería, durante el proceso de desarrollo de los proyectos (elaboración de BALI y examen de legalidad) o del proceso licitatorio propiamente tal, los que mencionaremos a continuación:

a) Amparo C1345-14: que rechazó el amparo de doña Patricia Cárcamo Ayún, acogiendo la defensa de la Dirección General de Obras Públicas, señala en su considerando 8) *“Que, por lo anterior, y advirtiendo este Consejo que la divulgación de las bases de licitación del Proyecto Embalse La Punilla antes de haberse iniciado formalmente el proceso de licitación en comento, provocaría una asimetría en el acceso a la información de los interesados, lo que podría distorsionar el desarrollo de dicho proceso licitatorio y, en razón de esto, afectar el debido cumplimiento de las funciones de la Dirección General de Obras Públicas del MOP, se rechazará el amparo de la especie, por concurrir la causal de reserva del artículo 21 N° 1, de la Ley de Transparencia”.*

b) Amparo C977-15: que rechazó el amparo de don Pablo Trivelli Oyarzún, acogiendo la defensa de la Dirección General de Obras Públicas, señala en sus considerandos 4) y 5) lo siguiente:

“4) Que, respecto del informe de evaluación social requerido, cabe tener presente que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 8° de la Ley de Concesiones “La realización de estudios de preinversión y los proyectos de inversión a ejecutarse mediante el sistema de concesión deberán contar, como documento interno de la Administración, con un informe emitido por el Ministerio de Desarrollo Social. En el caso de los proyectos de inversión, el informe deberá estar fundamentado en una evaluación técnica y económica que analice su rentabilidad social (...).” El informe requerido contiene información que permite definir aspectos que determinan los ingresos de la concesión. A su vez, dicha información se materializará en lo regulado en las BALI, que está compuesta por bases administrativas, técnicas y económicas. Al respecto, el decreto N° 956, Reglamento del MOP N° 164 de 1991 modificado por las leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996 señala en su artículo 14, número 1: “El llamado a licitación es el acto por el cual el Director General de Obras Públicas, por sí o mediante delegación en el Director del Servicio o en los Secretarios Regionales Ministeriales de las regiones donde se realice el proyecto, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases de licitación, formulen ofertas”. En el mismo sentido, la información relativa a los trazados es parte de los antecedentes referenciales de las BALI, teniendo carácter indicativo, por lo que su entrega antes del momento que corresponda implica un alto riesgo para el desarrollo y culminación del proceso licitatorio.”

c) *Que, respecto del segundo requisito, la Dirección General de Obras Públicas alega que la entrega de lo requerido afectaría el principio de igualdad de los oferentes y la competitividad en el proceso licitatorio de obra pública de la especie, por cuanto se estaría haciendo pública información relevante, en forma previa a la apertura de dicho*

proceso. Ello, indica la reclamada, perjudicaría el interés público por cuanto la información requerida permitiría saber si postular o no al proceso de licitación, sin necesidad de comprar las bases de licitación, e incluso adaptar la oferta para hacerla más atractiva para la Administración, no permitiendo al Estado obtener las mejores ofertas y condiciones de parte de los licitantes. En ese sentido el artículo 9º del decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, de SEGPRES, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, señala que los procedimientos concursales se regirán por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. En consecuencia, el hecho de que la información requerida se encuentre disponible en forma pública, previo a la apertura del proceso de licitación, afectaría los principios antes mencionados y la eficacia de la propuesta pública, lo que redundaría en que la parte reclamada no estaría cumpliendo debidamente con sus funciones, toda vez que se afectaría el margen necesario para una adecuada decisión en condiciones de igualdad entre todos los interesados.”

d) Amparo C3066-15: que rechazó el amparo de don Mauricio Fuentes Alfaro, acogiendo la defensa de la Dirección General de Obras Públicas, señalando en su considerando 4) *“Que, este Consejo estima plausible las alegaciones del órgano en orden a que el detalle de las memorias de cálculo y cubicaciones del proyecto, que no fueron proporcionados a quienes compraron las bases de licitación, ni a cualquier otro individuo podría afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano, conforme se establece en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, ya que generaría una ventaja para el licitante o tercero que cuente con dicha información, además de afectar así el cumplimiento de los objetivos de todo proceso licitatorio, que dicen relación con la competencia, mayor número de oferentes, igualdad de condiciones, entre otros. En este sentido, a la fecha de la solicitud de información, la presentación de las propuestas se encontraba pendiente, por lo que, efectivamente podría haberse hecho uso de dicha información generándose los efectos no deseados indicados anteriormente. En consecuencia se rechazará el amparo en esta parte, acogiéndose la causal de reserva invocada.”*

e) Amparo 4243 – 16: el CPLT resolvió en una solicitud anterior del ciudadano sobre la misma materia, rechazar su amparo por cumplirse los requisitos copulativos de la causal de artículo 21, número 1, letra b) de la Ley 20.285, es decir, en primer lugar que se trate de información que sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política, y en segundo lugar, que la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano. Al respecto, es ilustrador lo señalado en el considerando 6) de la resolución del amparo:

“Que, en cuanto al segundo requisito, la reclamada alega que la entrega de la información solicitada afecta el principio fundamental de igualdad de los oferentes en el marco del desarrollo del proceso de una licitación pública que se encuentra en curso. A juicio de este Consejo, atendido la naturaleza de la información solicitada, y la etapa deliberativa en que se encuentra el órgano reclamado – pendiente la recepción y apertura de ofertas técnicas y económicas -, la entrega del estudio requerido reviste potencial suficiente para afectar el normal desarrollo del proceso en que incide, toda vez que con ello se estaría haciendo pública información relevante sobre el proyecto de concesión de obra pública, adicional a la contenida en las Bases de Licitación del mismo, las que de ser conocida por algún interesados u oferentes con anterioridad a sus competidores, generaría una asimetría de información que eventualmente lo situaría en

una posición de ventaja significativa por sobre el resto. Lo anterior, sin duda alguna afectaría el plano de igualdad de condiciones que promueva la competencia en que debe desarrollarse un proceso licitatorio público, poniéndose en riesgo su éxito y con ello, el objetivo de que el Estado reciba las ofertas más convenientes de parte de los licitantes”.

- En otras palabras, la entrega de la información requerida entorpecería el proceso de licitación y podría implicar que el servicio desatienda el cumplimiento de sus funciones, que en este caso corresponde a la recepción y evaluación de las ofertas y deliberación en cuanto a qué licitante se le adjudicará la concesión, concluyendo indebidamente el procedimiento administrativo licitatorio. Lo anterior, porque la entrega de la información generaría una distorsión en el mercado por asimetrías de información, afectando la competencia del proceso licitatorio, que redundaría en el éxito de la licitación. De este modo, el MOP no podría cumplir con su rol que de realizar una licitación en que se reciban ofertas eficientes que permitan desarrollar un proyecto de infraestructura resguardando el interés público y fiscal.
- Estas implicancias han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 2997 – 16 –INA:

“Que, en general, la afectación del debido cumplimiento de las funciones, ha dicho esta Magistratura, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones (STC roles N°s 1846/2011, 2153/2013, 2246/2013) (STC Rol N°2919/2017)”.

Este punto, es particularmente relevante si consideramos que proceso de licitación, se inició hace algunos meses, lo que demuestra la realización el llamado durante 2017. Asimismo, que es la propias Administración la que debe adjudicar conforme al factor de licitación estipulado en las bases económicas de licitación

- El artículo 21 de la Ley 20.285 establece las únicas causales de secreto o reserva, en virtud de las cuales se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información. Para el caso en particular debemos considerar lo establecido en el artículo 21, número 1, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

“1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:”

La causal señalada la debemos relacionar con la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia, en especial lo señalado en el considerando 7) de la resolución del Amparo C 1345-14:

“7) Que, este Consejo, a través de su Jurisprudencia, ha reconocido implícitamente que las hipótesis de afectación al debido cumplimiento de las funciones de un órgano, establecidas en las letras a), b) y c), del artículo 21, N° 1, de la Ley de Transparencia, no son taxativas, por cuanto del mismo tenor del citado numeral 1 se advierte gracias a la expresión particularmente, que ellas han sido dispuestas para ejemplificar situaciones comunes de afectación al debido cumplimiento de funciones, lo que no obsta que se pudieran presentar

otras hipótesis que produjeran el mismo efecto.”

- De esta forma, de acuerdo a todo lo señalado precedentemente, queda en evidencia que la información requerida es de carácter crítico y que su entrega, implicaría generar una distorsión en el mercado por asimetrías de información, vulnerando el principio de igualdad de los oferentes, que afectaría la competencia y en consecuencia, la eficacia del proceso licitatorio, impidiendo a la Dirección General de Obras Públicas cumplir debidamente con las funciones que le encomienda la ley al respecto, puesto que actualmente la licitación aún se encuentra en desarrollo encontrándose pendiente la recepción y apertura de las ofertas técnicas y económicas. Asimismo, en atención al estado de desarrollo de la licitación, dicha entrega de información, afectaría el proceso deliberativo de este servicio respecto de la licitación del proyecto denominado *“Concesión Embalse Catemu”*. De esta manera, es plenamente aplicable la causal contemplada en el artículo 21, número 1 de la Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública
- Adicionalmente, debemos tener en consideración la siguiente causal de reserva *“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:”*

“1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:”

“b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.”

- La causal de reserva o secreto mencionada en el punto anterior es plenamente aplicable, porque tal como se ha mencionado, el proceso de licitación a la luz de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, es un procedimiento reglado que aún no se encuentra culminado y que debe cumplir con el principio de igualdad de los oferentes. Debemos recordar, que el contrato de concesión de obra pública se perfeccionará con la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación, conforme al artículo 8 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. De esta manera, el Estudio de *“Determinación de Reglas Operacionales para Embalses Priorizados en el Plan de Grandes Embalses DOH, Modelo Operacional Embalse Catemu”* ha determinado el contenido de las BALI y es a la vez un antecedente fundamental al momento de realizar la evaluación técnica y económica de las ofertas.
- Por consiguiente, en la especie se cumple plenamente con los requisitos establecidos por el mencionado artículo 21 de la Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, consistentes en primer lugar en información que sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política, y en segundo lugar, que la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano. En el caso en comento, se trata de un estudio que determinó el contenido de las BALI, por tanto, serán determinantes al momento de evaluar las ofertas técnicas y económicas, por tanto, para la adopción de una resolución, medida o política por parte de la Administración, que se materializa en el acta de adjudicación, carta de intención y correspondiente Decreto Supremo de Adjudicación. Asimismo, por las razones esgrimidas la entrega de la información afectaría el proceso deliberativo del Ministerio y vulneraría el principio de igualdad de los oferentes, que incluye no sólo la recepción de las ofertas, sino también su apertura. De esta manera, resulta plenamente aplicable a la situación analizada

la causal de reserva consagra en el artículo 21, número 1, letra b) de la Ley de Transparencia.

- En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, se procede a dictar la presente Resolución Exenta que deniega la entrega de información.

RESUELVO

1. **DENIÉGASE PARCIALMENTE:** la entrega de la información requerida mediante la solicitud N° 96969 de fecha 29 de diciembre de 2017, en particular respecto documento señalado en la letra e) de la solicitud denominado "*Determinación de Reglas Operacionales para Embalses Priorizados en el Plan de Grandes Embalses DOH, Modelo Operacional Embalse Catemu*", en virtud de las causales de reserva señaladas en el artículo 21° número 1 y 21 número 1, letra b) de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.
2. **ENTRÉGASE:** la información requerida en las letra b), c) y d) de la solicitud de información N° 96969.
3. **NOTIFÍQUESE:** la presente resolución a don Agustín Bulnes del Valle, mediante correo electrónico dirigido a [REDACTED] a la Encargada de Transparencia DGOP, y a la Encargada SIAC CCOP.
4. **INCORPÓRESE:** al índice de los actos y documentos calificados como secretos o reservados una vez que la presente resolución se encuentre firme, de conformidad a lo establecido en el artículo 23° de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y en el N° 2 de la Instrucción General N°3 del Consejo para la Transparencia (Índice de Actos y Documentos Calificados como Secretos o Reservados).
5. **DÉJASE CONSTANCIA,** que en contra de la presente resolución, el requirente de información puede interponer amparo de su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución.

ANÓTESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE


WALTER BRÚNING M.
Director General de Obras Públicas
Subrogante

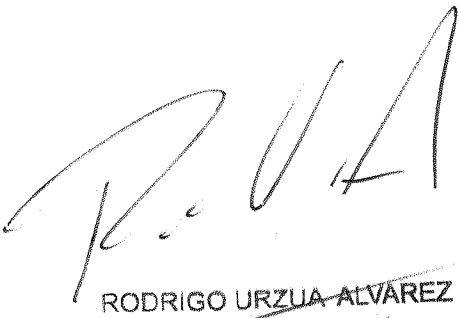
11720955



**MINISTERIO DE HACIENDA
OFICINA DE PARTES**

R E C I B I D O

CONTRALORIA GENERAL		
TOMA DE RAZON		
R E C E P C I O N		
DEPART. JURIDICO		
DEPT. T. R. Y REGISTRO		
DEPART. CONTABIL.		
SUB. DEP. C. CENTRAL		
SUB. DEP. E. CUENTAS		
SUB. DEPTO. C. P. Y BIENES NAC.		
DEPART. AUDITORIA		
DEPART. V. O. P., U. y T.		
SUB. DEPTO. MUNICIP.		
REFRENDACION		
REF. POR \$ _____		
IMPUTAC. _____		
ANOT. POR \$ _____		
IMPUTAC. _____		
DEDUC. DTO. _____		



RODRIGO URZUA ALVAREZ
Coordinador de Concesiones de Obras Públicas (S)

JAVIER SOTO MUÑOZ
Jefe División Jurídica (S)
Comisión de Concesiones de Obras Públicas

11720955