

LICITACIONES

Para la ejecución de las actividades de exploración y/o producción de Hidrocarburos en Brasil



Sheraldine Pinto Oliveros*
Ricardo Colménter**



ENTRA

ENERGY TRANSACTION CONSULTING ®

 ENTRA Consulting

 @ENTRAconsulting

 Entra Consulting

www.entraconsulting.com

Licitaciones para la ejecución de las actividades de exploración y/o producción de Hidrocarburos en Brasil

1. Background

De acuerdo con la Constitución de la República Federativa de Brasil¹, los recursos naturales y minerales existentes en el territorio, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva del país pertenecen a la Unión. Asimismo, la Carta Magna brasileña reserva las actividades de la cadena de valor de los hidrocarburos a la Unión². Sin embargo, a partir de la novena enmienda constitucional del 9 de noviembre de 1995, el Estado brasileño puede contratar empresas estatales o privadas para ejecutar dichas actividades³.

Para concretar dicha enmienda constitucional, se requirieron diversas normativas, entre las cuales destacan: la Ley n° 9.478 del 6 de agosto de 1997, conocida como “Ley del petróleo o Ley petrolera”, la Ley n° 12.351 del 22 de diciembre de 2010, frecuentemente denominada “Ley (de áreas) pré-sal”; y, recientemente, la Ley n° 13.365 del 29 de noviembre de 2016, que transformó la obligatoriedad de que Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRÁS) fuera el operador en los consorcios, que se adjudicasen los bloques bajo la modalidad de producción compartida, en un derecho de preferencia.

La Ley n° 9.478/1997 establece dos tipos de contratos para ejecutar las actividades de exploración y producción de hidrocarburos, a saber: contratos de concesión, y contratos de producción compartida para las áreas pre-sal y las áreas estratégicas⁴. El contrato de concesión es precedido por un proceso de licitación; mientras que, los contratos de producción compartida pueden ser: a) adjudicados por contratación directa a PETROBRÁS⁵; o, b) precedidos por un proceso de licitación abierto también a empresas privadas⁶.

Ambos tipos de contratos, y sus respectivos procesos licitatorios, son empleados en la exploración y producción offshore de hidrocarburos.

© Todos los derechos de autor están reservados a Entra Consulting y a los autores de la presente obra.

* Consultora de Entra Consulting. Profesora de la Universidad Central de Venezuela y Profesora de “Contratos petroleros y negociación” en el Diplomado de Derecho de Hidrocarburos de la Universidad Metropolitana. Correo electrónico: s.pinto@entraconsulting.com

** Director de Entra Consulting. Profesor adjunto de la Universidad de Houston y Affiliate Scholar for International Energy Programs at the Center for U.S. and Mexican Law and the Energy, Environment and Natural Resources Center (EENR). Correo electrónico: ricardocolmenter@entraconsulting.com

¹ Artículo 20, numerales V y IX, de la Constitución brasileña. A nivel legislativo, la propiedad de la Unión (o de la Federación) sobre los hidrocarburos es confirmada por el artículo 3 de la Ley n° 9.478 del 6 de agosto de 1997.

² Artículo 177 de la Constitución brasileña. El artículo 4 de la Ley n° 9.478/1997 ratifica el monopolio del Estado sobre las actividades de exploración, explotación, refinación del petróleo (nacional o extranjero), transporte marítimo, o mediante oleoductos, de crudo o de productos derivados del petróleo producido en el país.

³ Cfr. § 1 del artículo 177 de la Constitución brasileña en concordancia con el artículo 23 de la Ley n° 9.478/1997 (como reformado por la Ley n° 12.351 del 22 de diciembre de 2010).

⁴ Artículo 23 de la Ley n° 9.478/1997.

⁵ Artículos 8.I y 12 de la Ley n° 12.351/2010. En este supuesto, PETROBRAS debe constituir un consorcio con la empresa pública creada para la gestión del contrato, de conformidad con el artículo 8 § 1 de la Ley n° 12.351/2010.

⁶ Artículo 8 de la Ley n° 12.351/2010.

Contrato de Concesión: Licitación

La celebración del contrato de concesión es precedida por un proceso licitatorio regido por la Ley n° 9.478/1997, las Resoluciones del **Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)**, las Resoluciones de la **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)** – especialmente, la Resolución n° 18 del 18 de marzo del 2015 – y el respectivo edicto de licitación, que define las reglas de cada ronda licitatoria.

Previamente a la licitación, el CNPE define los bloques, que serán objeto de concesión o producción compartida⁷, y autoriza a ANP a promover la ronda licitatoria de conformidad con la Ley n° 9.478/1997.

Una vez que ha sido autorizada, la ANP promueve la licitación y elabora el respectivo edicto⁸. En su fase interna, la licitación es promovida y coordinada por la **Superintendência de Promoção de Licitações (SPL)** de la ANP, que es el órgano encargado de elaborar el edicto y el contrato de concesión a los fines de someterlos a la aprobación del Directorio de ANP⁹; mientras que, en su fase externa, la licitación es conducida por una **Comissão Especial de Licitação (CEL)**¹⁰, designada por el Directorio de ANP¹¹.

En general, el proceso licitatorio está constituida por las siguientes etapas: a) publicación del pre-edicto; b) audiencia pública; c) publicación del edicto; d) inscripción y pago de la tasa de participación; e) entrega de la garantía de la oferta; f) presentación y evaluación (juicio) de las ofertas; g) calificación de la oferente ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas; h) adjudicación y homologación de la licitación; e, i) celebración del contrato¹².

En todas sus etapas, la licitación debe respetar los principios que rigen la administración pública brasileña¹³; y, específicamente, los procesos decisionales de la ANP se orientan por los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad, de acuerdo con la Ley n° 9.478/1997¹⁴.

⁷ Artículo 2.VIII de la Ley n° 9.478/1997. La Resolución n° 8 del CNPE, del 21 de junio de 2003, establece las directrices que este órgano debe observar para implementar la política nacional de expansión de la producción del petróleo y del gas natural.

⁸ Artículo 8.IV de la Ley n° 9.478/1997.

⁹ Artículo 2 § 2 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

¹⁰ Normalmente, la CEL está compuesta por representantes de ANP y de la sociedad civil.

¹¹ Artículo 2 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

¹² Cfr., artículo 3 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

¹³ Específicamente, de acuerdo con el párrafo único del art. 1° de la Resolución de ANP n° 18/2015, “em todas as etapas da licitação serão observados os princípios que regem a administração pública, a vinculação ao instrumento convocatório e as determinações da Lei n° 9.478/1997 e deste regulamento”.

¹⁴ Artículo 17 de la Ley n° 9.478/1997.

a. Publicación del pre-edicto

El pre-edicto de licitación es íntegramente publicado en la página web de la ANP dedicada a la(s) licitación(es). Asimismo, se realiza un aviso de su publicación en el **Diário Oficial da União (DOU)** y en los periódicos de mayor circulación¹⁵.

El pre-edicto incluye las siguientes informaciones: a) los bloques, objeto de licitación; b) el cronograma tentativo de la licitación; c) los documentos necesarios para la inscripción en la licitación; d) el valor de la(s) tasa(s) de participación; e) el plazo, lugar, horario de atención y documentos requeridos para retirar el paquete de datos; f) el valor y el plazo para entregar la garantía de la oferta; g) las condiciones para la participación de los oferentes en consorcio; h) el nombre, mapa, ubicación, área, coordenadas, periodo de exploración, programas exploratorios mínimos y otras informaciones pertinentes relativas a cada bloque, objeto de licitación; i) el valor mínimo del bono de celebración del contrato (bônus de assinatura) a ofrecerse por cada bloque licitado; j) la forma de presentación de las ofertas y los criterios de evaluación (julgamento) de las mismas; k) los criterios de contenido local relativos al desarrollo de la industria nacional; l) los criterios, parámetros y documentos requeridos para la calificación de la oferente ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas; m) las penalidades aplicables; n) las participaciones gubernamentales (participações governamentais)¹⁶; ñ) la indicación expresa de que el pago de las indemnizaciones por expropiaciones o servidumbres necesarias para el cumplimiento del contrato corresponderán al concesionario; o) la minuta del contrato de concesión; y, p) el plazo y condiciones para la celebración del contrato de concesión.

b. Audiencia pública

Con posterioridad a la publicación del pre-edicto, la ANP efectúa una audiencia pública, que podrá ser precedida por una consulta pública, a los fines de: a) suministrar información sobre las áreas que serán licitadas; b) explicar las normas del pre-edicto; y, c) propiciar la presentación de comentarios y/o sugerencias al pre-edicto y a la minuta de contrato de concesión, por parte de los agentes económicos y de la sociedad¹⁷.

La realización de dicha audiencia pública es divulgada por aviso en el DOU y en la página de la ANP¹⁸. Normalmente, esta última publica el aviso de la consulta pública y de la audiencia pública en el DOU y en su página web en la misma fecha de publicación del pre-edicto. En dicho aviso, frecuentemente se especifica: a) el plazo de duración de la consulta pública; así como, su fecha de terminación; b) la fecha de la audiencia pública y su objetivo, es decir, suministrar informaciones complementarias y actualizadas sobre el pre-edicto y la minuta de contrato de concesión; y, c) las páginas web en las que se encontrarán disponibles: de un lado, los documentos relativos a la consulta pública y a la audiencia pública; y, del otro lado, el procedimiento para enviar comentarios y sugerencias.

Las sugerencias presentadas en la audiencia pública (y, en caso de ser realizada, en la consulta pública) podrán ser incorporadas en las versiones definitivas del edicto y del modelo de contrato de concesión¹⁹.

¹⁵ Artículo 6 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

¹⁶ Las participaciones gubernamentales deben determinarse en atención al artículo 45 de la Ley n° 9.478/1997. Asimismo, en las concesiones onshore, debe respetarse la participación para los propietarios de la tierra prevista en el artículo 52 de la misma Ley.

¹⁷ Artículo 8 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

¹⁸ A criterio de ANP también puede ser informada a través de los diarios de mayor circulación. Cfr., Artículo 8 §1 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

¹⁹ Artículo 9 de la Resolución de ANP n° 18/2015. Antes del inicio de la selección (certamen), el análisis de las sugerencias presentadas durante la audiencia pública (y, eventualmente, la consulta pública), incluyendo las razones de su adopción o rechazo, serán divulgadas en la página de ANP dedicada a la licitación y agregadas a su proceso administrativo.

c. Publicación del edicto

El edicto de licitación es íntegramente publicado en la página web de ANP dedicada a la(s) licitación(es); y, con mínimo de sesenta días de antelación a la fecha de la sesión pública de presentación de ofertas, se realiza un aviso de su publicación en el DOU y en los periódicos de mayor circulación. Este último aviso debe especificar: a) el objeto de la licitación, b) la fecha y lugar de la presentación de ofertas; y, c) el lugar donde el edicto se encontrará disponible²⁰.

El edicto de licitación²¹ es acompañado por la minuta base del contrato²², y contiene las siguientes informaciones²³: a) el bloque, objeto de la concesión, el plazo estimado de duración de la fase exploratoria, las inversiones mínimas y los programas mínimos exploratorios; b) los requisitos técnicos, económicos y jurídicos exigidos a los oferentes²⁴; y los criterios de pre-calificación, en caso que dicho proceso sea adoptado; c) las participaciones gubernamentales (participações governamentais) mínimas²⁵, y la participación para el propietario (de la superficie)²⁶; d) los documentos exigidos y los criterios que serán empleados para valorar la capacidad técnica, la idoneidad financiera y la regularidad jurídica de los oferentes; así como, para evaluar técnica y económica/financieramente las propuestas; e) la indicación expresa de que el pago de las indemnizaciones por expropiaciones o servidumbres necesarias para el cumplimiento del contrato corresponderán al concesionario; f) el plazo, lugar y horario en que serán suministrados a los interesados los datos, estudios y demás elementos e informaciones requeridos para elaborar sus propuestas; así como, el costo de su adquisición. Asimismo, el edicto de licitación indicará la fecha, lugar y hora de la sesión pública de presentación de ofertas, y los modelos de garantías que deberán ser entregadas por los oferentes²⁷.

Cuando se permita la participación de empresas en consorcio, el edicto de licitación adicionalmente exigirá²⁸: a) el compromiso, público o privado, de constitución del consorcio, suscrito por las empresas a consorciarse; b) la indicación de la empresa líder, responsable por el consorcio y por la dirección de las operaciones, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las demás consorciadas; c) presentación de los documentos requeridos para la evaluación técnica y económico/financiera del consorcio, por parte de cada una de las empresas consorciadas; d) prohibición de participación de las empresas (consorciadas), singularmente o en otro consorcio, en otra oferta de la licitación de un mismo bloque; e) sometimiento del otorgamiento de la concesión, al consorcio ganador de la licitación, a la condición del registro del instrumento constitutivo del consorcio²⁹.

²⁰ Artículo 10 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

²¹ Para la elaboración del edicto, de acuerdo con el artículo 11 de la Resolución de ANP n° 18/2015, se observará lo previsto en: los artículos 37, 38 y 39 de la Ley n° 9.478/1997, el pre-edicto, y las sugerencias presentadas en la audiencia pública (y, eventualmente, en la consulta pública), que fueran acogidas por la ANP.

²² Artículo 37 de la Ley n° 9.478/1997 y art. 11.II de la Resolución de ANP n° 18/2015.

²³ Cfr., artículo 37 de la Ley n° 9.478/1997.

²⁴ Artículo 25 de la Ley n° 9.478/1997.

²⁵ De conformidad con el artículo 45 de la Ley n° 9.478/1997, las participaciones gubernamentales pueden comprender el bono de celebración del contrato, las regalías, la participación especial y el pago por la ocupación o retención del área. En todo caso, las regalías y el pago por la ocupación o retención del área son obligatorias.

²⁶ Artículo 52 de la Ley n° 9.478/1997.

²⁷ Artículo 11 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

²⁸ Artículo 38 de la Ley n° 9.478/1997.

²⁹ De conformidad con lo dispuesto en el párrafo único del artículo 279 de la Ley n° 6.404 del 15 de diciembre de 1976.

El edicto licitatorio también requerirá que las empresas extranjeras – que compitan singularmente o consorciadas con otras empresas – presenten, conjuntamente con su propuesta y en sobre separado, los siguientes recaudos³⁰: a) prueba de capacidad técnica, idoneidad financiera y regularidad jurídica, de acuerdo a la reglamentación que dicte ANP; b) su acto/documento constitutivo; así como, prueba de estar organizada y en funcionamiento, de acuerdo a la ley de su país; c) designación de un representante legal ante la ANP, con facultades especiales para ejercer los actos y asumir las responsabilidades relativos a la licitación y a la propuesta presentada; y, d) compromiso, en caso de ganar la licitación, de constituir la empresa conforme a las leyes brasileñas, con sede y administración en Brasil³¹. En todo caso, la celebración del contrato de concesión queda condicionada al efectivo cumplimiento de este último compromiso³².

d. Inscripción en la licitación y pago de la tasa de participación

Durante el periodo de inscripción a la licitación, las empresas interesadas en participar deben solicitar su inscripción en dicho proceso, presentando los documentos de inscripción³³ y el comprobante de pago de la tasa de participación, de acuerdo con el edicto³⁴. El pago de la tasa de participación es obligatorio e individual para cada oferente incluso para aquellas que presentan su oferta en consorcio.

El **paquete de datos técnicos** es puesto a disposición de aquellas empresas que hayan: (i) presentado su inscripción³⁵, (ii) evidenciado el pago la tasa de participación³⁶; y, (iii) celebrado el acuerdo de confidencialidad³⁷, normalmente contenido en el edicto; demostrando, además, las facultades de su representante. En general, el paquete de datos es una recopilación de datos técnicos públicos, seleccionados por la ANP, relativos a la cuenca sedimentaria y a la zona donde se ubican los bloques ofrecidos en cada ronda licitatoria. En la práctica, se ha previsto el acceso remoto al mismo.

e. Entrega de la garantía de la oferta

A los fines de presentar su oferta, las oferentes deben entregar garantía³⁸ de la misma para el bloque de su interés, antes de la sesión pública de presentación de ofertas. En tal sentido, la oferente³⁹ debe consignar la garantía de su oferta, según las modalidades previstas en el edicto. Frecuentemente, se contemplan cartas de crédito, seguro garantía y/o caución en dinero. En el caso de las cartas de crédito y/o del seguro garantía, ANP debe ser la beneficiaria⁴⁰.

³⁰ Artículo 39 de la Ley n° 9.478/1997.

³¹ Ello en atención al artículo 5 de la Ley n° 9.478/1997, según el cual, las actividades reservadas al Estado podrán ser ejecutadas por empresas constituidas según las leyes brasileñas, con sede y administración en el país.

³² Parágrafo único del artículo 39 de la Ley n° 9.478/1997.

³³ La inscripción es obligatoria e individual para cada empresa interesada, incluso en el supuesto que presenten la oferta mediante un consorcio. Asimismo, si la empresa participante es extranjera, debe presentar el compromiso de constituir la empresa, según las leyes brasileñas, con sede y administración en Brasil, en caso de resultar ganadora, de acuerdo con el parágrafo único del artículo 12 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

³⁴ Artículo 12 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

³⁵ Cfr., artículo 14 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

³⁶ Cfr., artículo 14 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

³⁷ Cfr., artículo 14 § 3 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

³⁸ Cfr., artículo 15 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

³⁹ En las ofertas presentadas por consorcios, la garantía de la oferta debe ser entregado por una solo de las empresas que integran el consorcio, de acuerdo con el artículo 15 § 2 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁴⁰ Cfr., artículo 15 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

f. Presentación y evaluación (julgamento) de las ofertas

En sesión pública, las oferentes – cuya inscripción fue aprobada por la CEL – podrán presentar sus ofertas, respecto al bloque para el cual pagaron la(s) tasa(s) de participación y presentaron la garantía de su oferta⁴¹.

Las ofertas presentadas son juzgadas por la CEL según los criterios establecidos en el edicto y en la Ley n° 9478/1997⁴². De acuerdo con esta última, la CEL debe identificar la oferta más ventajosa⁴³ conforme a criterios objetivos previstos en el edicto⁴⁴, tomando también en cuenta: de un lado, el programa general de trabajo, las propuestas para las actividades de exploración, los plazos, las inversiones mínimas y los cronogramas físicos-financieros; y, del otro lado, las participaciones gubernamentales (participações governamentais) previstas en el artículo 45 de la Ley n° 9478/1997⁴⁵.

En las rondas más recientes, los edictos y, en consecuencia, la valoración de las ofertas han concedido especial relevancia al bono de celebración del contrato (bônus de assinatura)⁴⁶ y al programa mínimo exploratorio (PEM, por sus siglas en portugués).

En todo caso, la evaluación de las ofertas se realiza atribuyéndoles puntos y porcentajes conforme a los criterios establecidos en el específico edicto⁴⁷; los cuales permiten clasificar las ofertas en orden decreciente, según el puntaje obtenido por cada una de ellas en aplicación de la fórmula prevista en el edicto. De esta manera, la oferente cuya oferta obtenga el mayor puntaje en el bloque licitado es declarada ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas⁴⁸. Sin embargo, esta cualidad no garantiza la adjudicación del contrato de concesión⁴⁹.

g. Calificación de la oferente ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas

La oferente ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas es calificada⁵⁰ por la SPL, y aprobada por la CEL⁵¹. En el supuesto que la oferta ganadora haya sido presentada por un consorcio, las empresas que lo integran serán calificadas individualmente; y, específicamente, la empresa señalada como operadora del consorcio debe calificar en la categoría mínima exigida para el sector en que se localiza el bloque relativo a la oferta⁵².

⁴¹ Cfr., artículo 16 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁴² Cfr., artículo 18 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁴³ El artículo 19 de la Resolución de ANP n° 18/2015 precisa la metodología para la asignación de puntaje.

⁴⁴ Cfr., artículo 40 de la Ley n° 9.478/1997. De conformidad con esta última norma, deben observarse también los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad e igualdad entre los competidores.

⁴⁵ Cfr., artículo 41 de la Ley n° 9.478/1997.

⁴⁶ De conformidad con el artículo 46 de la Ley n° 9.478/1997, el edicto establece el monto mínimo del bônus de assinatura, que es el pago ofrecido en la oferta en caso de adjudicación del contrato, y que deberá ser pagado en el acto de celebración del contrato de concesión.

⁴⁷ Cfr., artículo 19 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁴⁸ Cfr., artículo 19 § 1 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁴⁹ Artículo 19 § 2 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁵⁰ Cfr., artículo 22 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁵¹ Artículo 25 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁵² Cfr., párrafo único del artículo 22 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

En general, la calificación consiste en el análisis de la respectiva documentación a los fines de verificar: (i) la regularidad jurídica⁵³, fiscal y laboral⁵⁴; (ii) la capacidad económica-financiera⁵⁵; y, (iii) la capacidad técnica de la(s) empresa(s) ganadora(s) de la sesión pública de presentación de ofertas, conforme a los criterios previstos en el edicto⁵⁶.

Principalmente, la calificación técnica se orienta por criterios relativos a las actividades de: (i) exploración y producción onshore; (ii) exploración y producción offshore en aguas someras; (iii) exploración y producción offshore en aguas profundas y ultra-profundas; y, (iv) exploración y producción en ambientes adversos y sensibles; así como, al tiempo de experiencia en actividades de exploración y producción de hidrocarburos⁵⁷.

Las oferentes (ganadoras) son calificadas como operadoras⁵⁸ o no operadoras. En el primer caso, son clasificadas en distintos niveles, según su capacidad técnica y situación económica-financiera⁵⁹. En la práctica, la clasificación de las operadoras en actividades offshore frecuentemente responde a su calificación para operar en bloques situados en: (i) aguas ultra-profundas, profundas y someras; y, (ii) aguas someras. En cambio, las no operadoras generalmente son calificadas para ejecutar las actividades en consorcio, conforme al edicto.

Los resultados de la calificación – aprobados por la CEL – son publicados en el DOU y en la página de la ANP dedicada a la(s) licitación(es)⁶⁰.

Si la ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas no es calificada, se descalifica y se ejecuta la garantía de su oferta⁶¹. En dicha hipótesis, se convoca a las demás oferentes a los fines de que manifiesten su interés en honrar la mejor oferta de la sesión pública de presentación de ofertas. En caso que ninguna de ellas manifieste dicho interés, o que aquellas que lo hiciesen no estén calificadas, se reputa “nueva” ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas a la oferente que hubiese presentado la siguiente oferta mejor clasificada en dicha sesión⁶².

⁵³ Sin perjuicio de lo previsto en el edicto, el artículo 29 de la Resolución de ANP n° 18/2015 establece la documentación necesaria a los fines de obtener la calificación jurídica.

⁵⁴ La regularidad fiscal y laboral se demuestra conforme a lo establecido en el edicto, de acuerdo con el artículo 30 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁵⁵ Sin perjuicio de lo previsto en el edicto, el artículo 31 de la Resolución de ANP n° 18/2015 prevé la documentación requerida para obtener la calificación económica-financiera.

⁵⁶ Artículo 21 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁵⁷ Artículo 33 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁵⁸ De acuerdo con el artículo 32 de la Resolución de ANP n° 18/2015, las oferentes que pretendan ser calificadas como operadoras tendrán que presentar el sumario técnico previsto en el edicto.

⁵⁹ Cfr., artículo 23 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁶⁰ Artículo 25 § 3 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁶¹ Sin perjuicio de la aplicabilidad de penalidades administrativas o, en general, de las penalidades previstas en el edicto. Cfr., artículo 27 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁶² Cfr., artículo 26 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

h. Adjudicación y homologación de la licitación

La CEL elabora un informe motivado de la licitación, donde especifica su resultado y propone la adjudicación del bloque a la ganadora de la misma. En dicho informe, también debe señalar las ofertas que fueron presentadas y las razones de su descalificación. La Junta Directiva de la ANP examina el informe de la CEL y decide la adjudicación del bloque, objeto de la licitación. El resultado es publicado en el DOU, en la página de la ANP dedicada a la(s) licitación(es); y, a criterio de esta última, en los diarios de mayor circulación⁶³.

La Junta Directiva de la ANP también homologa el informe de la licitación y convoca a la oferente ganadora para la celebración del contrato de concesión⁶⁴.

i. Celebración del contrato de concesión

Previamente convocada, la adjudicataria celebra con la ANP el contrato de concesión para la exploración y producción de petróleo y gas natural, en el plazo establecido en el edicto⁶⁵. A tal fin, la oferente debe presentar los documentos y las garantías previstos en el edicto para la celebración del contrato; así como, debe demostrar el pago del bônus de assinatura⁶⁶.

Por último, la ANP publica extractos de los contratos de concesión celebrados en el DOU.

En general, “en el contrato de concesión, el concesionario se compromete a ejecutar por su cuenta y riesgo las actividades en búsqueda de hidrocarburos en determinada área y por un específico periodo de tiempo⁶⁷; y, en caso de éxito, se obliga a producir petróleo o gas natural en dicha área por otro plazo⁶⁸ determinado. De allí que, el contrato de concesión prevea dos fases: la de exploración⁶⁹, donde la obligación del concesionario es pura y simple; y, la de explotación o producción⁷⁰, que está sometida a la condición⁷¹ del descubrimiento comercial⁷², conforme a las estipulaciones contractuales.

⁶³ Cfr., artículo 36 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁶⁴ Artículo 36 § 3 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁶⁵ Artículo 37 de la Resolución de ANP n° 18/2015. En caso que la adjudicataria no celebre el contrato de concesión se aplicará lo previsto en los artículos 39 y 40 de dicha Resolución, que contemplan un procedimiento similar a aquel establecido en el supuesto que la ganadora de la sesión pública de presentación de ofertas no sea calificada.

⁶⁶ Cfr., artículo 38 de la Resolución de ANP n° 18/2015.

⁶⁷ Normalmente, el plazo de exploración varía entre tres a ocho años.

⁶⁸ El plazo de producción puede tener una duración de veintisiete años, y puede ser prorrogado a solicitud del concesionario y con la aprobación de la ANP.

⁶⁹ Normalmente, la fase de exploración se encuentra subdividida en periodos de exploración cada uno de los cuales posee su respectivo programa exploratorio mínimo (PEM).

⁷⁰ A los fines de iniciar la producción, el concesionario debe someter los planes (de desarrollo, inversiones y trabajo) a la aprobación de la ANP, de acuerdo con el artículo 26 § 1 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷¹ De hecho, en caso que no exista descubrimiento comercial, el contrato se extingue al vencimiento del término de la fase de exploración, de acuerdo con el artículo 28.IV de la Ley n° 9.478/1997.

⁷² La Resolución n° 30/2014 de la ANP establece el reglamento técnico del plano de avaliação de descoberta que deben ejecutar los concesionarios a los fines de declarar la comercialidad, total o parcial, del área, o de devolverla.

En caso de explotación, el concesionario adquiere la propiedad del crudo tan pronto sea extraído del sub-suelo, y queda obligado al pago de los impuestos o tributos y de las remuneraciones (participações) legales y contractuales correspondientes⁷³. Entre las distintas remuneraciones que pueden ser previstas en el contrato, la regalía mensual en moneda nacional, equivalente al diez por ciento (10%)⁷⁴ de la producción comercial, a partir de su inicio⁷⁵, y el pago anual por ocupación o retención del área⁷⁶ son de carácter obligatorio en todos los contratos de concesión⁷⁷.

La Ley n° 9.478/1997 establece el contenido mínimo obligatorio del contrato de concesión o, lo que es lo mismo, las denominadas “cláusulas esenciales”⁷⁸; así como, las principales reglas de responsabilidad del concesionario^{79”80}.

3. Contrato de producción compartida: Licitación

Para la exploración y producción de hidrocarburos en las áreas pre-sal y en las áreas estratégicas⁸¹, el ordenamiento jurídico brasileño contempla el régimen de producción compartida⁸². En este sentido, los contratos de producción compartida pueden ser precedidos por un proceso de licitación, bajo modalidad de subasta⁸³, o adjudicados directamente a PETROBRÁS⁸⁴— a propuesta de CNPE al Presidente de la República — por razones de interés nacional y atendiendo a los objetivos de la política energética brasileña⁸⁵.

En caso de licitación, el proceso es regido por la Ley n° 12.351/2010 (como modificada por la Ley 13.365/2016), las Resoluciones del CNPE, las Resoluciones de la ANP — especialmente, la Resolución n° 24 del 28 de junio del 2013 — y el respectivo edicto de licitación, que define las reglas de cada ronda licitatoria.

⁷³ Artículo 26 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷⁴ La ANP puede prever, en el edicto de licitación, la reducción de la regalía hasta el límite mínimo del cinco por ciento (5%), en consideración a los riesgos geológicos, las expectativas de producción y otros factores pertinentes, de acuerdo con el artículo 47 §1 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷⁵ Artículo 47 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷⁶ Artículo 51 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷⁷ Artículo 45 § 1 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷⁸ Artículo 43 de la Ley n° 9.478/1997.

⁷⁹ Artículo 44 de la Ley n° 9.478/1997.

⁸⁰ PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “Contratos petroleros en América Latina: Una introducción”, en Derecho de la energía en América Latina, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 232 y 233.

⁸¹ Las definiciones de áreas pre-sal y áreas estratégicas se encuentran contenidas en el artículo 2 IV y V de la Ley n° 12.351/2010.

⁸² Cfr., artículo 5 de la Ley n° 9.478/1997 y artículo 3 de la Ley n° 12.351/2010.

⁸³ Artículo 8. II de la Ley n° 12.351/2010.

⁸⁴ Artículo 8. I de la Ley n° 12.351/2010.

⁸⁵ Artículo 12 de la Ley n° 12.351/2010. En este supuesto, PETROBRAS debe constituir un consorcio con la empresa pública creada para la gestión del contrato, de conformidad con los artículos 19 y 8 § 1 de la Ley n° 12.351/2010.

Previamente a la licitación, el **Ministerio de Minas y Energía (MME)** – directamente o por medio de la ANP – tiene la potestad de promover la valoración del potencial de las áreas pre-sal y de las áreas estratégicas⁸⁶. Asimismo, en ejercicio de sus competencias, el MME propone a CNPE la definición de los bloques, que serán objeto de concesión o producción compartida, previa opinión de la ANP⁸⁷; e, igualmente, le propone los parámetros técnicos y económicos de los contrato de producción compartida, de conformidad con la Ley n° 12.351/2010⁸⁸. Además, el MME establece las directrices que la ANP debe observar en la licitación, en la elaboración de las minutas de edictos y de contrato de producción compartida; y, aprueba estos últimos⁸⁹.

Por su parte, el CNPE propone al Presidente de la Republica: (i) los bloques que serán adjudicados a PETROBRÁS; (ii) los bloques que serán objeto de licitación, bajo modalidad de subasta; (iii) los parámetros técnicos y económicos de los contratos de producción compartida; (iv) la cualidad de operador de PETROBRÁS, cuando esta última haya ejercido su derecho de preferencia⁹⁰; (v) la participación mínima de PETROBRÁS en el consorcio, cuando sea operadora; (vi) la política de comercialización de petróleo destinada a la Unión en los contratos de producción compartida; y, (vi) la política de comercialización de gas natural proveniente de los contratos de producción compartida; la cual, prioritariamente, se orienta al abastecimiento del mercado nacional⁹¹.

La ANP promueve la licitación y elabora el respectivo edicto⁹². En su fase interna, la licitación es promovida y coordinada por la SPL de la ANP, que es el órgano encargado de elaborar el edicto y el contrato de concesión a los fines de someterlo al Directorio de ANP; y, sucesivamente, esta última los somete a la aprobación del MME⁹³. En cambio, en su fase externa, la licitación es conducida por una CEL, designada mediante Portaria por el Directorio de ANP⁹⁴.

En general, el proceso licitatorio está constituida por las siguientes etapas: a) publicación del pre-edicto; b) audiencia pública; c) publicación del edicto; d) calificación y habilitación de las empresas interesadas; e) presentación y evaluación (julgamento) de las ofertas; f) adjudicación del bloque y homologación de la licitación; e, i) celebración del contrato⁹⁵.

En todas sus etapas, la licitación debe respetar los principios de isonomía, legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, eficiencia y celeridad; así como, su vinculación con el edicto y la Ley n° 12.351/2010⁹⁶.

⁸⁶ Artículo 7 de la Ley n° 12.351/2010.

⁸⁷ Cfr., artículo 10.II de la Ley n° 12.351/2010.

⁸⁸ Cfr., artículo 10.III de la Ley n° 12.351/2010.

⁸⁹ Artículo 10.IV y V de la Ley n° 12.351/2010.

⁹⁰ Cfr., artículo 4 de la Ley n° 12.351/2010.

⁹¹ Cfr., artículo 9 de la Ley n° 12.351/2010.

⁹² Artículo 11. II y III de la de la Ley n° 12.351/2010.

⁹³ Artículo 4 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

⁹⁴ Artículo 2 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

⁹⁵ Cfr., artículo 3 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

⁹⁶ Artículo 1° de la Resolución de ANP n° 24/2013.

a. Publicación del pre-edicto

El pre-edicto de licitación es íntegramente publicado en la página web de la ANP dedicada a la(s) licitación(es); y, además, se realiza un aviso de su publicación en el DOU⁹⁷.

El pre-edicto incluye las siguientes informaciones⁹⁸: a) los bloques, objeto de licitación; b) el cronograma de la licitación; c) los límites, plazos, criterios y condiciones para el cálculo y la apropiación, por parte de la contratista, del custom em óleo⁹⁹; d) el porcentaje mínimo de excedente em óleo¹⁰⁰ para la Unión; e) los criterios para la definición del excedente em óleo; f) los criterios relativos a las participaciones gubernamentales (participações governamentais); g) el plazo, lugar y horario de atención para retirar el paquete de datos; así como, el costo de su adquisición; h) el nombre, mapa, ubicación, bloque, coordenadas, periodo de exploración, criterios de devolución y otras informaciones pertinentes relativas a cada bloque, objeto de licitación; i) la obligatoriedad de constituir consorcio con la empresa pública que gestionará los contratos (es decir, Pré-Sal Petróleo S.A.¹⁰¹), de acuerdo a los artículos 19 y 20 de la Ley 12.351/2010; y, en caso de ser aplicable, la participación mínima de PETROBRÁS; h) el monto de las tasas de participación; i) los criterios, parámetros y documentos requeridos para la habilitación y para la calificación técnica, económico-financiera y jurídica; así como, para constatar la regularidad fiscal y laboral; j) el programa mínimo exploratorio y su correspondiente inversión estimada; k) el valor mínimo del bono de celebración del contrato (bônus de assinatura), y la cuota a asignarse a Pré-Sal Petróleo S.A.; l) las reglas y etapas de la licitación; m) las normas relativas a la participación conjunta de empresas; n) la garantía de la oferta a los fines de participar en la licitación; ñ) el contenido local mínimo y los demás criterios relativos al desarrollo de la industria nacional; o) los criterios de evaluación (julgamento) de las ofertas; p) el lugar, horario y forma de presentación de las ofertas; q) la minuta del contrato de producción compartida; r) el plazo final para consignar la documentación completa y la garantía de la oferta; y, s) el plazo y condiciones para la celebración del contrato de producción compartida.

b. Audiencia pública

Con posterioridad a la publicación del pre-edicto, la ANP efectúa una audiencia pública, que podrá ser precedida por una consulta pública, a los fines de: a) suministrar información sobre los bloques que serán licitados; b) presentar las normas del pre-edicto que permanecen vigentes; y, c) propiciar el debate y la presentación de comentarios y/o sugerencias al sobre pre-edicto y a la minuta de contrato de producción compartida, por parte de los agentes económicos y de la sociedad¹⁰².

⁹⁷ Artículo 5 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

⁹⁸ Artículo 6 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

⁹⁹ En general, de acuerdo con el artículo 2. II de la Ley n° 12.351/2010, el custo em óleo es la cuota de producción de hidrocarburos, exigible en caso de descubrimiento comercial, correspondiente a los costos e inversiones efectuados por la contratista en las actividades petroleras, sujeto a los límites, plazos y condiciones previstos por el contrato.

¹⁰⁰ Grosso modo, de conformidad con el artículo 2. III de la Ley n° 12.351/2010, el excedente em óleo es la cuota de producción de hidrocarburos, que queda de deducir el custo em óleo, las regalías y, cuando sea exigible, la participación prevista (para los contratos de actividades onshore) en el artículo 43 de la misma Ley, al volumen de producción; la cual se repartirá entre la Unión y la contratista, según los criterios establecidos en el contrato.

¹⁰¹ Ley 12.304 del 2 de agosto de 2010.

¹⁰² Artículo 7 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

La realización de dicha audiencia pública es divulgada por aviso en el DOU y en la página de la ANP; y, en caso que esta última, lo considere necesario en periódicos de gran circulación¹⁰³. Normalmente, la ANP publica el aviso de la consulta pública y de la audiencia pública en el DOU y en su página web en la misma fecha de publicación del pre-edicto. En dicho aviso, frecuentemente se especifica: a) el plazo de duración de la consulta pública; así como, su fecha de terminación; b) la fecha de la audiencia pública y su objetivo; y, c) las páginas web en las que se encontrarán disponibles: de un lado, los documentos relativos a la consulta pública y a la audiencia pública; y, del otro lado, el procedimiento para enviar comentarios y sugerencias.

Las sugerencias presentadas en la audiencia pública (y, en caso de ser realizada, en la consulta pública) podrán ser incorporadas en las versiones definitivas del edicto y del modelo de contrato de concesión, mediante aprobación del MME¹⁰⁴.

c. Publicación del edicto

Con mínimo de cuarenta y cinco días de antelación a la fecha de la sesión pública de presentación de ofertas, se publica íntegramente el edicto de licitación en la página web de ANP dedicada a la(s) licitación(es), y se realiza un aviso de su publicación en el DOU y en los periódicos de mayor circulación. Este aviso debe especificar: a) el objeto de la licitación, b) la fecha y lugar de la presentación de ofertas; y, c) el lugar donde el edicto se encontrará disponible¹⁰⁵.

Para la elaboración del edicto se observa lo previsto en los artículos 17 y 18 de la Ley n° 12.351/2010, las (precitadas) informaciones obligatorias del pre-edicto y, eventualmente, las sugerencias presentadas en la audiencia pública (y, si fuera realizada, en la consulta pública), que hayan sido aprobadas por el MME¹⁰⁶.

El edicto de licitación es acompañado por la minuta base del contrato, y obligatoriamente especifica¹⁰⁷: a) el bloque, objeto del contrato de producción compartida; b) los criterios de evaluación de la licitación, dirigidos a identificar la oferta más ventajosa en atención al mayor excedente em óleo para la Unión; respetando, en todo caso, el porcentaje mínimo establecido¹⁰⁸; c) el porcentaje mínimo de excedente em óleo para la Unión; d) la obligatoriedad de constituir consorcio con Pré-Sal Petróleo S.A.; y, en caso que PETROBRÁS sea el operador, la participación mínima de esta última; e) los límites, plazos, criterios y condiciones para el cálculo y la apropiación, por parte de la contratista, del custom em óleo, y del volumen de producción correspondiente a las regalías debidas; f) los criterios para la definición del excedente em óleo; g) el programa mínimo exploratorio y su correspondiente inversión estimada; h) el valor del bono de celebración del contrato (bônus de assinatura), y la cuota a asignarse a Pré-Sal Petróleo S.A.; i) las reglas y etapas de la licitación; j) las normas relativas a la participación conjunta de empresas; k) los documentos exigidos y los criterios de habilitación técnica, jurídico, económico-financiera y laboral de las oferentes; l) la garantía que la oferente debe presentar para su habilitación; m) el plazo, lugar y horario en que se suministrará el paquete de datos; así como, el costo de su adquisición; y, n) el lugar, horario y forma de presentación de las ofertas.

¹⁰³ Cfr., artículo 7 §1 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹⁰⁴ Artículo 7 §3 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹⁰⁵ Artículo 8 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹⁰⁶ Cfr., artículo 9 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹⁰⁷ Artículo 15 de la Ley n° 12.351/2010.

¹⁰⁸ Cfr., artículo 18 de la Ley n° 12.351/2010

Cuando se permita la participación de empresas en consorcio, el edicto de licitación adicionalmente exigirá¹⁰⁹: a) comprobación del compromiso, público o privado, de constitución del consorcio con Pré-Sal Petróleo S.A y, en caso de ser aplicable, con PETROBRÁS; b) la indicación de la empresa líder, responsable en el proceso licitatorio, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las demás consorciadas; c) presentación de los documentos requeridos para la evaluación de la calificación técnica y económico/financiera del consorcio, por parte de cada una de las empresas consorciadas; d) prohibición de participación de las empresas (consorciadas), singularmente o en otro consorcio, en más de una oferta en el proceso licitatorio de un mismo bloque.

El edicto licitatorio también requerirá que las empresas extranjeras – que compitan singularmente o consorciadas con otras empresas – presenten, conjuntamente con su propuesta y en sobre separado, los siguientes recaudos¹¹⁰: a) prueba de capacidad técnica, idoneidad financiera y regularidad jurídica y fiscal; b) su acto/documento constitutivo; así como, prueba de estar organizada y en funcionamiento, de acuerdo a la ley de su país; c) designación de un representante legal ante la ANP, con facultades especiales para ejercer los actos y asumir las responsabilidades relativos a la licitación y a la propuesta presentada; y, d) compromiso, en caso de ganar la licitación, de constituir la empresa conforme a las leyes brasileñas, con sede y administración en Brasil¹¹¹.

d. Calificación y habilitación de las empresas interesadas

Las empresas manifiestan su interés en la licitación, mediante la compilación del formulario electrónico – donde, entre otros aspectos, se designa al representante de la misma por ante ANP – y la presentación de los documentos relativos a dicha manifestación de interés; así como, con el pago de la(s) tasa(s) de participación.

El pago de la tasa de participación otorga a las empresas el derecho de acceso al paquete de datos técnicos de los bloques licitados; siempre que, además, hayan designado/acreditado a su representante por ante ANP y firmado el respectivo acuerdo de confidencialidad¹¹².

Las empresas interesadas en la licitación deben consignar los documentos exigidos para la calificación y la habilitación de las mismas entre la fecha de publicación del pre-edicto y los quince días siguientes a la publicación del edicto¹¹³. Sucesivamente, las empresas interesadas son calificadas por la SPL¹¹⁴, según los criterios establecidos en el edicto.

En general, la calificación consiste en el análisis de la documentación de las empresas interesadas a los fines de verificar: (i) la calificación jurídica¹¹⁵; (ii) la regularidad fiscal y laboral¹¹⁶; (iii) la calificación económica-financiera¹¹⁷; y, (iii) la calificación técnica.

¹⁰⁹ Cfr., artículo 16 de la Ley n° 12.351/2010.

¹¹⁰ Cfr., artículo 16 de la Ley n° 12.351/2010.

¹¹¹ Ello también en respeto del artículo 5 de la Ley n° 9.478/1997.

¹¹² Artículo 15 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹¹³ Cfr., artículo 14 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹¹⁴ Artículo 16 y 2 § 3 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹¹⁵ Sin perjuicio de lo previsto en el edicto, el artículo 20 de la Resolución de ANP n° 24/2013 establece la documentación necesaria a los fines de obtener la calificación jurídica; y, el artículo 21 de la misma Resolución prevé algunos documentos adicionales para las empresas extranjeras.

¹¹⁶ La regularidad fiscal y laboral se demuestra conforme a lo establecido en el edicto, de acuerdo con el artículo 22 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹¹⁷ Sin perjuicio de lo previsto en el edicto, el artículo 19 de la Resolución de ANP n° 24/2013 prevé la documentación requerida para obtener la calificación económica-financiera.

La documentación relativa a la calificación técnica debe contener las informaciones que reflejen las actividades de exploración y/o producción de las empresas interesadas en Brasil y/o en el extranjero¹¹⁸. En la práctica, la calificación técnica suele tomar en cuenta: (i) la experiencia en actividades de exploración y producción (es decir, como operador, no operador y/o empresa de servicios); respecto a las cuales, se discrimina según se trate de: (a) exploración y producción onshore; (c) exploración y producción offshore en aguas someras; (d) exploración y producción offshore en aguas profundas y ultra-profundas; (e) exploración y producción en ambientes adversos; y, (f) exploración y producción en ambientes adversos sensibles; (ii) el tiempo de experiencia en dichas actividades; (iii) los volúmenes de producción en los últimos años¹¹⁹; (iv) el monto de las inversiones realizado en las actividades – indicadas por el edicto – en los últimos años¹²⁰; y, (v) aspectos relacionados con la seguridad, medioambiente y salud.

En atención al puntaje obtenido, conforme a dichos criterios, las empresas interesadas suelen ser calificadas como “operadoras A”, “operadoras b”, o “no operadoras”.

Una vez que las empresas interesadas han sido calificadas por la SPL, la CEL procede a juzgar su habilitación a los fines de presentar la oferta¹²¹. La habilitación es conferida a las empresas que individualmente hayan cumplido los criterios de calificación técnica, económico-financiera y jurídica, así como, aquellos relativos a la regularidad laboral y fiscal, de acuerdo con los criterios previstos por el edicto; y que, además, hayan pagado la(s) tasa(s) de participación¹²².

e. Presentación y evaluación de las ofertas

Únicamente, podrán presentar su oferta, en la sesión pública de presentación de ofertas, aquellas empresas que hayan sido habilitadas y que hayan consignado la **garantía de su oferta**¹²³, de acuerdo a lo establecido en el edicto¹²⁴.

Las ofertas deben entregarse en sobres cerrados a la CEL en el horario y lugar previsto en el edicto¹²⁵. Sucesivamente, se realiza la presentación y evaluación de las ofertas en acto público en la fecha, horario y lugar señalados en el edicto¹²⁶; donde, la CEL evalúa las ofertas¹²⁷ a los fines de identificar aquella que es más ventajosa para la Unión, según el criterio del mayor excedente em óleo; respetando, en todo caso, el porcentaje mínimo del mismo, establecido por CNPE, de acuerdo con la Ley n° 12.351/2010¹²⁸. De esta manera, las ofertas son clasificadas en orden decreciente, conforme al porcentaje de excedente em óleo a la Unión, y se declara ganadora a aquella que ofrezca mayor porcentaje a la Unión¹²⁹. Sin embargo, esta cualidad no garantiza la adjudicación del contrato de producción compartida.

¹¹⁸ Cfr., artículo 18 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹¹⁹ El edicto establece el número de años a tomarse en cuenta.

¹²⁰ El edicto especifica el número de años a considerarse.

¹²¹ Cfr., artículo 11 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²² Parágrafo único del artículo 11 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²³ El régimen de la garantía de la oferta es regulado por el artículo 24 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²⁴ Artículo 11 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²⁵ Cfr., artículo 23 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²⁶ Artículo 25 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²⁷ De acuerdo con el artículo 27 de la Resolución de ANP n° 24/2013, la CEL analizará, valorará y clasificará las ofertas, conforme a los criterios del edicto y de la Ley n° 12.351/2010, procediendo a descalificar aquellas que no cumplan con los requisitos previstos.

¹²⁸ Cfr., artículo 18 de la Ley n° 12.351/2010 y artículo 26 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹²⁹ Cfr., artículo 26 § 1 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

En el supuesto que PETROBRÁS haya ejercido su derecho de preferencia para ser operador del bloque licitado¹³⁰, procederá a formar consorcio con Pré-Sal Petróleo S.A y con la oferente ganadora, cuando el porcentaje de excedente em óleo, ofrecido por esta última, fuese igual al porcentaje mínimo previsto en el edicto. En cambio, si dicho porcentaje fuera superior, PETROBRÁS tendrá la potestad de decidir si decide formar parte o no del consorcio¹³¹.

En todo caso, la oferente ganadora¹³² debe constituir consorcio con Pré-Sal Petróleo S.A¹³³; en caso contrario, las demás oferentes son convocadas en un único llamado, siguiendo el orden en que se clasificaron en la sesión pública de presentación de ofertas, que constituirá el criterio de preferencia para la asignación del contrato, conforme a los términos de la propuesta ganadora¹³⁴. Este mismo procedimiento se aplica cuando, por cualquier motivo, el contrato no fuera asignado a la oferente (originalmente) ganadora de la sesión pública de presentación de las ofertas en el plazo previsto por ANP¹³⁵.

f. Adjudicación del bloque y homologación de la licitación

La CEL elabora un informe motivado de la licitación, donde especifica su resultado y propone la adjudicación del bloque a la ganadora, de acuerdo al criterio empleado en el caso concreto. En dicho informe, también se señalan las ofertas presentadas y las razones de su descalificación. Sucesivamente, la Junta Directiva de la ANP examina el informe de la CEL y decide la adjudicación del bloque, objeto de la licitación. El resultado es publicado en el DOU, en la página de la ANP dedicada a la(s) licitación(es), y en los diarios de mayor circulación¹³⁶.

Con posterioridad a la homologación y publicación del precitado resultado, se convoca a la oferente ganadora para la celebración del contrato de producción compartida con el MME¹³⁷.

g. Celebración del contrato de producción compartida

En el plazo establecido en el edicto, la adjudicataria debe constituir consorcio con Pré-Sal Petróleo S.A – y, en caso de ser aplicable, con PETROBRÁS – y celebrar el contrato de producción compartida con la Unión, mediante el MME, para participar en las actividades de exploración y producción de petróleo y gas natural en el bloque adjudicado¹³⁸. A tal fin, la oferente debe presentar los documentos y las garantías previstos en el edicto para la celebración del contrato¹³⁹.

¹³⁰ En este supuesto rige lo establecido en el artículo 20 §1 a § 3 de la Ley n° 12.351/2010.

¹³¹ Cfr., artículo 4 del Decreto 9041 del 2 de mayo del 2017. Esta norma reguló las consecuencias de la negativa de PETROBRÁS de formar el consorcio, cuando la ganadora fuese, a su vez, un consorcio.

¹³² En caso que se trate de PETROBRÁS, esta última también debe constituir dicho consorcio. Cfr. artículo 19 de la Ley n° 12.351/2010 y artículo 26 § 6 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹³³ Artículo 20 de la Ley n° 12.351/2010.

¹³⁴ Cfr., artículo 26 § 3 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹³⁵ Cfr., artículo 26 § 3 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹³⁶ Cfr., artículo 29 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹³⁷ Artículo 29 § 2 de la Resolución de ANP n° 24/2013.

¹³⁸ Artículo 30 Resolución de ANP n° 24/2013.

¹³⁹ Artículo 31 Resolución de ANP n° 24/2013.

“En general, el contrato de producción compartida brasileño posee elementos propios del contrato de servicios a riesgo y, más específicamente, del production sharing agreement; aunque contempla el pago de la regalía por parte del contratista; que, en cambio, no corresponde a la naturaleza jurídica del contrato de producción compartida.

De acuerdo con la Ley n° 12.351/2010, las regalías¹⁴⁰ son la remuneración o compensación económica mensual, equivalente al quince por ciento (15%) del valor de la producción, debida por el contratista¹⁴¹ a los Estados (de la Unión), al Distrito Federal, o a los Municipios por la exploración de hidrocarburos en sus respectivos territorios, en cumplimiento del § 1° del artículo 20 de la Constitución brasileña. No obstante, un concepto diferente de regalía que más bien la identificase con la participación de la entidad territorial – donde se efectúan las actividades de exploración y producción – en la ganancia o utilidad petrolera sería más acorde con la norma constitucional y con la naturaleza del contrato.

De hecho, la definición de regalía de la Ley n° 12.351/2010 y su pago por parte del contratista no se concilian con la titularidad del derecho de exploración y de explotación en cabeza de la Unión, ni con la propiedad de la producción, ni con el carácter de mero contratista¹⁴² de este último. De allí que, tanto la Ley n° 12.351/2010 como las cláusulas contractuales de los contratos de producción compartida incluyan el monto de las regalías pagadas entre los rubros que componen el derecho de apropiación del contratista.

En línea con los características del contrato de producción compartida, el consorcio constituido con posterioridad a la licitación o a la contratación directa se obliga a ejecutar a su propio costo y riesgo las actividades de exploración y producción de hidrocarburos¹⁴³ en una determinada área y por un específico periodo de tiempo, conforme a los programas aprobados por la ANP; y, en caso de descubrimiento comercial, adquiere el derecho de apropiarse (direito à apropriação) de: a) una parte de la producción de crudo (custo em óleo), equivalente a los costos e inversiones recuperables¹⁴⁴; b) el volumen de producción correspondiente a las regalías debidas y pagadas; y, c) el exceso de producción¹⁴⁵, conforme al contrato y a los términos y condiciones de la licitación^{146”147}.

¹⁴⁰ Cfr., artículos 2.XIII, y 42, encabezado y § 1°, de la Ley n° 12.351/2010.

¹⁴¹ El contratista también debe pagar el bônus de assinatura a la Unión, de conformidad con los artículos 2.XII y 42, encabezado y § 2°, de la Ley n° 12.351/2010.

¹⁴² Nótese que, en la actualidad, el contratista puede actuar como operador; lo cual no era posible previamente a la reforma introducida por la Ley 13.365 del 29 de noviembre de 2016.

¹⁴³ Sin embargo, el Estado brasileño puede participar en las inversiones de las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos en las áreas pre-sal y/o estratégicas y, en consecuencia, asumir los riesgos correlativos a su participación, según el contrato, de acuerdo con el párrafo único del artículo 6 de la Ley n° 12.351/2010.

¹⁴⁴ Artículo 6 de la Ley n° 12.351/ 2010.

¹⁴⁵ Artículo 2.III de la Ley n° 12.351/ 2010.

¹⁴⁶ Cfr., artículo 2.I de la Ley n° 12.351/ 2010.

¹⁴⁷ PINTO OLIVEROS, Sheraldine, “Contratos petroleros en América Latina: Una introducción”, cit., pp. 235 y 236.