

LICITACIONES

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

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 Colombia

1. Background

De acuerdo con la Constitución política de Colombia, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables¹. Asimismo, conforme al dictado constitucional, corresponde a la Ley determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables; la cual origina, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía², sin perjuicio de cualquier otro derecho o contraprestación que se pacte³.

A partir del nuevo milenio, la política petrolera colombiana fue modificada; y, en consecuencia, el sector de los hidrocarburos fue reestructurado. En este sentido, el Decreto 1760 del 2003 sustrajo a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, y de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades. En otros términos, el citado Decreto privó a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL del rol de ente regulador de las actividades de hidrocarburos; y, además, la reorganizó como sociedad pública por acciones, denominada ECOPETROL S.A.^{4 5}, dedicada a las actividades de la cadena de valor de los hidrocarburos⁶. Asimismo, el Decreto 1760 del 2003 creó la **Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)**⁷ como ente administrador de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación⁸, y regulador de las actividades de hidrocarburos⁹.

© 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 Ello, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglos a las leyes preexistentes. Cfr., artículo 332 de la Constitución colombiana.

² El monto de las regalías es regulado por el artículo 16 de la Ley 141 de 1994, como modificada por la Ley 752 de 2002. Por otra parte, el artículo 361 de la Carta Magna colombiana contempla el Sistema General de Regalías, que es regulado por la Ley 1530 de 2012. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en distintas oportunidades respecto al derecho de participación de los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se realicen actividades de explotación; y, de los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales donde se transporten dichos recursos o sus productos derivados.

³ Cfr., artículo 360 de la Constitución política de Colombia, como modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 5 de 2011.

⁴ Cfr., artículo 1° del Decreto 1760 del 2003.

⁵ Cfr., artículo 33 del Decreto 1760 del 2003.

⁶ Cfr., artículo 34 del Decreto 1760 del 2003.

⁷ Cfr., artículo 2 del Decreto 1760 del 2003.

⁸ Cfr., artículo 4 del Decreto 1760 del 2003. La naturaleza jurídica y el objetivo de la ANH fueron modificados por el Decreto 4137 del 2011. Sucesivamente, el Decreto 714 del 2012 modificó nuevamente la naturaleza jurídica de ANH.

⁹ Cfr., artículo 5 del Decreto 1760 del 2003. Las funciones de la ANH fueron modificadas por el Decreto 4137 del 2011; y este último, a su vez, fue modificado por el Decreto 714 del 2012.

En ejercicio de sus funciones, la ANH asigna las áreas para la exploración y/o explotación de los hidrocarburos, con sujeción a las modalidades y tipos de contratación que la misma adopte a tal fin¹⁰. La competencia de la ANH para determinar el proceso de selección de contratista y el contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos¹¹ deriva también del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹².

Recientemente, el Acuerdo n° 2 del 2017 del Consejo Directivo de la ANH¹³ estableció las reglas para la asignación de áreas y los criterios para contratar la exploración y explotación de hidrocarburos, propiedad del Estado; así como, para la selección objetiva de contratistas, y la adjudicación, celebración, gestión, ejecución, terminación, liquidación, seguimiento, control y vigilancia de los correspondientes negocios jurídicos¹⁴.

Conforme a dicho Acuerdo, corresponde a la ANH determinar, delimitar y clasificar las áreas para el desarrollo de actividades de exploración y producción de hidrocarburos¹⁵, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano; así como, en función de: (i) su naturaleza y localización geográfica; (ii) sus características geológicas e información técnica disponible sobre el subsuelo¹⁶; (iii) su situación jurídica y contractual¹⁷; y, (iv) los procesos de migración y entrapamiento de los hidrocarburos¹⁸. Específicamente, en función de su naturaleza y localización geográfica, las áreas deben clasificarse en continentales y costa afuera¹⁹; y, a su vez, las áreas disponibles costa afuera, prospectivas para el desarrollo de yacimientos en trampas, se sub-clasifican en atención al grado de conocimiento geológico y a su potencial en: a) áreas maduras o exploradas; b) áreas emergentes o semiexploradas; y, c) áreas inmaduras o frontera²⁰.

¹⁰ Cfr., artículo 3.4 del Decreto 714 del 2012.

¹¹ En tal sentido, el encabezado del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 establece “los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse”.

¹² Ley 80 de 1993.

¹³ El Acuerdo n° 2 del 2017 sustituye el Acuerdo n° 4 del 2012, mediante el cual se establecieron los criterios de administración y asignación de áreas para exploración y explotación de los hidrocarburos propiedad de la Nación, se expidió el Reglamento de contratación correspondiente y se fijaron las reglas para la gestión y seguimiento de los respectivos contratos; que, a su vez, revisa y ajusta el Acuerdo 8 del 2004, como modificado por los Acuerdos números 3, 15, 28, 31 y 38 del 2005; 1, 3, 12, 27, 28 y 35 del 2006; y, 17 del 2007.

¹⁴ Artículo 1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

¹⁵ Cfr., Artículo 5 del Acuerdo n° 2 del 2017. De acuerdo con esta misma norma, en la determinación, clasificación, delimitación y/o regulación de las áreas susceptibles de asignación para exploración y explotación de hidrocarburos, así como para la ejecución de estas actividades, deben tomarse en cuenta los procedimientos de consulta y de coordinación con los entes territoriales y con las comunidades o grupos étnicos.

¹⁶ De acuerdo con sus características geológicas y la información técnica disponible sobre el subsuelo, las áreas deben clasificarse en: maduras o exploradas, emergentes o semiexploradas, e inmaduras o frontera.

¹⁷ Según su situación jurídica y contractual, las áreas deben ser clasificadas en asignadas, reservadas o disponibles, de conformidad con el artículo 6 del Acuerdo n° 2 del 2017.

¹⁸ En atención a los procesos de migración y entrapamiento de los hidrocarburos, las áreas deben clasificarse en yacimientos con acumulaciones en trampas o convencionales, y yacimientos en rocas generadoras o los demás yacimientos definidos en el Artículo 1 del Decreto 3004 de 2013.

¹⁹ Artículo 6 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁰ Cfr., artículo 9 del Acuerdo n° 2 del 2017.

Sin perjuicio de otras tipologías previstas por la ley o en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, el Acuerdo n° 2 de la ANH prevé cuatro tipos de contratos para las actividades de hidrocarburos en las áreas, a saber: (i) Convenios entre ECOPELROL²¹ y la ANH, (ii) Contratos de evaluación técnica (TEA)²²; (iii) Contratos de exploración y producción (E&P)²³; y, (iv) Contratos especiales²⁴.

La asignación de áreas a los fines de ejecutar las actividades de exploración, evaluación, operación, producción y/o de exploración y explotación de hidrocarburos, relativas a los precitados contratos, se realiza mediante procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas; y, excepcionalmente, por asignación directa²⁵.

Ambos procedimientos, de acuerdo con el principio de planeación²⁶, deben ser precedidos por estudios y evaluaciones que permitan establecer: a) el objeto, alcance y viabilidad de los proyectos; b) las condiciones de las áreas en materia social y medioambiental; c) los requisitos a ser exigidos a los interesados, proponentes, contratistas, y a las ofertas; d) la forma de acreditar los precitados requisitos; e) las obligaciones y prestaciones a cargo de los interesados, proponentes y de las (eventuales) partes contratantes; y, e) las informaciones que requerirá la ANH a los fines de satisfacer sus objetivos y funciones.

2. Procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas

El procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas se dirige a identificar la mejor oferta²⁷ por parte de la ANH, para asignar las áreas y/o adjudicar y celebrar los relativos contratos²⁸, respetando los principios de la contratación estatal en Colombia; y, en particular, los denominados principios rectores de la actuación contractual de la ANH, es decir, principios de igualdad, moralidad, economía, celeridad, transparencia, responsabilidad²⁹, debido proceso, selección objetiva, imparcialidad, publicidad, contradicción, legalidad y calidad, y planeación³⁰.

Dicho procedimiento puede ser de carácter permanente o puntual. En el primer caso, el procedimiento se lleva a cabo mediante convocatoria pública permanente para participar en el mismo y presentar propuesta(s) dirigida(s) a obtener la asignación de cualquiera de las áreas seleccionadas para dicho proceso; así como, la adjudicación del relativo contrato(s) de evaluación técnica o de exploración y explotación de hidrocarburos³¹. En cambio, el procedimiento competitivo puntual tiene lugar a través de una convocatoria específica, realizada en determinados periodos de tiempo, para la asignación del área y la celebración del respectivo contrato³².

²¹ Artículo 35.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²² Artículo 35.2 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²³ Artículo 35.3 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁴ Artículo 35.4 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁵ Cfr., artículo 36 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁶ Cfr., artículo 3.13 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁷ De conformidad con el principio de selección objetiva, ANH debe adjudicar el contrato a la mejor oferta para: sí misma, el interés general que representa, y los fines que se entiende alcanzar; siempre que, el oferente satisfaga los requisitos de habilitación. Cfr., artículo 3.8 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁸ Cfr., artículo 36.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

²⁹ En tal sentido, es aplicable tanto a la ANH como al contratista la responsabilidad solidaria del ordenador del gasto – o ente contratante – y del contratista por los daños patrimoniales al Estado, debido a sobrecostos en las contratación, contemplada en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción). El principio de responsabilidad comprende también el respeto del ordenamiento jurídico; especialmente, en materia de seguridad, protección del medio ambiente, seguridad industrial y salud ocupacional, responsabilidad social, y respeto de comunidades y grupos étnicos.

³⁰ Cfr., artículo 3 del Acuerdo n° 2 del 2017.

³¹ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

³² Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

Asimismo, el procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas puede asumir dos modalidades: de un lado, abierto; o, lo que es lo mismo, mediante convocatoria pública a todos los interesados, inscritos y habilitados en el Registro de Interesados de la ANH³³; y, del otro lado, cerrado; o, en otros términos, a través de invitación formulada por la ANH a un número determinado de inscritos y habilitados en su Registro de Interesados³⁴.

Tanto el procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas abierto como el cerrado comprenden las siguientes etapas: a) apertura; b) publicación del proyecto de términos de referencia y de los términos de referencia definitivos; c) convocatoria; d) habilitación de los proponentes; e) evaluación de las propuestas; f) adjudicación del contrato y asignación del área, y, g) celebración del contrato.

a. Apertura

El procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas se inicia mediante acto administrativo motivado, que debe publicarse en la página web de la ANH, sin perjuicio de la posibilidad de realizar certámenes de lanzamiento y presentación tanto en el país como en el exterior.

La Resolución de apertura debe ser precedida por estudios que establezcan la adecuación de los proyectos de las actividades de exploración, evaluación, operación, producción y/o de exploración y explotación de hidrocarburos a los planes y programas de la ANH, y a las metas del Plan Nacional de Desarrollo; así como, por la determinación y delimitación de las áreas a asignarse y del tipo de contrato a celebrarse³⁵, conjuntamente a la información ambiental y social disponible³⁶.

b. Publicación del proyecto de términos de referencia y de los términos de referencia definitivos

En general, los términos de referencia contienen las reglas aplicables al procedimiento de selección en competencia, incluyendo las condiciones jurídicas, técnicas y económico-financieras exigidas a los oferentes, los requisitos para participar en el proceso, la forma y el contenido de las propuestas, los criterios de adjudicación del contrato, y las características de las áreas a asignarse y del contrato a celebrarse³⁷.

Una vez que se inicie el procedimiento de selección en competencia, el proyecto de términos de referencia que lo regirá debe ser publicado y sometido a las observaciones y sugerencias de los interesados en participar, con indicación de los plazos para formularlas y para que sean respondidas³⁸.

³³ Cfr. artículo 36.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

³⁴ Cfr. artículo 36.2 del Acuerdo n° 2 del 2017.

³⁵ De acuerdo con el artículo 3.4. del Decreto 714 del 2012, corresponde a la ANH asignar las áreas para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, sujeta a las modalidades y tipos de contratación que ella misma adopte para tal fin.

³⁶ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

³⁷ Cfr., Anexo 1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

³⁸ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

Los términos de referencia definitivos son elaborados con base a los estudios que deben preceder la Resolución de apertura, y a las observaciones y/o sugerencias de los interesados, acogidas por la ANH. Dichos términos definitivos deben contener: a) las reglas aplicables al procedimiento, especificando sus etapas, plazos, audiencias y actuaciones; b) las exigencias para participar en el mismo; c) la habilitación requerida o los requisitos de capacidad exigidos para obtener la habilitación, y la forma de cumplirlos; d) la forma y oportunidad en que se confiere la habilitación, incluyendo la información solicitada a tal fin y los documentos que acrediten las condiciones de capacidad de los proponentes, en caso que aún no se encuentre en funcionamiento el Registro de Interesados; e) las causales para denegar la habilitación; f) la forma, contenido y oportunidad de presentación de las propuestas; g) las exigencias subsanables y no subsanables de las propuestas; h) las causales de rechazo; i) los términos y condiciones de las garantías exigidas; j) los factores de evaluación, calificación y adjudicación; k) las causales para declarar total o parcialmente desierto el certamen; y, l) la minuta de los contratos a celebrarse.

Los términos de referencia definitivos deben ser publicados, y podrán ser objeto de observaciones y/o sugerencias, así como de solicitud de aclaración o precisión, durante un periodo determinado. Además, los plazos previstos en los términos de referencia definitivos podrán ser modificados, dentro de límites que aseguren el cumplimiento de los principios rectores de la actuación contractual de la ANH³⁹.

c. Convocatoria

La convocatoria para participar en el procedimiento de selección en competencia y para presentar las propuestas varía según la modalidad de procedimiento. En el supuesto de procedimientos competitivos abiertos, la convocatoria será pública, mediante aviso en la página web de la ANH y en otros medios físicos o electrónicos. En cambio, para los procedimientos competitivos cerrados, se formulará invitación a determinadas personas jurídicas, que reúnan los requisitos de capacidad previamente definidos, de acuerdo con el Registro de Interesados, o con procedimientos previos de habilitación. De la invitación en los procedimientos competitivos cerrados se dejará constancia en la misma página web de ANH⁴⁰.

En el caso de procedimiento competitivo de carácter permanente, además de la respectiva convocatoria pública para participar en dicho procedimiento, la ANH informará respecto a la presentación de propuesta(s) por parte de algún(os) interesado(s), a través de publicación, en la que invitará públicamente a los interesados – que reúnan los requisitos de capacidad previstos para dicho procedimiento y dispongan de o soliciten habilitación – a competir por su asignación y adjudicación, mediante formulación de propuesta en el plazo establecido, conforme a los términos de referencia de dicho procedimiento.⁴¹

d. Habilitación de los proponentes

En general, la habilitación es el resultado del cumplimiento de los requisitos y condiciones de capacidad, de distinta naturaleza, que deben reunir y acreditar el proponente individual, uno o más integrantes de los proponentes plurales, el operador, o incluso la asociación (de proponentes), a los fines de poder celebrar contratos relativos a las actividades de evaluación, exploración y explotación de hidrocarburos con la ANH⁴².

³⁹ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴⁰ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴¹ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴² Cfr., Anexo 1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

El Acuerdo n° 2 del 2017 introdujo el Registro de interesados en la asignación de áreas para desarrollar actividades de exploración y producción de hidrocarburos, y en la celebración del respectivo contrato. De conformidad con dicho Acuerdo, la habilitación de los proponentes se sujetará a las normas del citado Registro y a la Resolución que lo regulará⁴³. De allí que deba observarse que el Registro de interesados aún debe ponerse en funcionamiento, y ser ulteriormente reglamentado. Por lo que, las presentes consideraciones son de carácter preliminar; y, en todo caso, deberán ser actualizadas en atención a la normativa que se dicte respecto al Registro de los interesados.

En general, las personas jurídicas nacionales y extranjeras, públicas, privadas o mixtas, domiciliadas o no en Colombia, que estén interesadas en la asignación de áreas y en la celebración del respectivo contrato, deben inscribirse en el Registro de Interesados de la ANH, acreditar sus condiciones de capacidad a los fines de que sean habilitados para proponer y/o contratar con esta última, y mantener actualizada⁴⁴ la información relativa a dichas condiciones⁴⁵.

Para inscribirse en el citado Registro, los interesados deben presentar a la ANH la información requerida a los fines de evaluar y determinar su capacidad jurídica⁴⁶, económico-financiera⁴⁷, técnica y operacional, medioambiental⁴⁸ y de responsabilidad social empresarial⁴⁹. Específicamente, la capacidad técnica y operacional resulta de los antecedentes y la experiencia en el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, en términos de niveles de producción y volúmenes de reservas, que las empresas interesadas y, en el caso de proponentes plurales, el operador puedan acreditar⁵⁰ a la ANH, conforme a los cuales es posible suponer que están en condiciones de asumir y cumplir en forma oportuna, segura, eficaz y eficiente las prestaciones y obligaciones derivadas del contrato, con arreglo a las buenas prácticas y a las más recientes tecnologías de la industria de los hidrocarburos.

En tal sentido, los requisitos para acreditar la capacidad técnica y operacional varían en función de la naturaleza, localización geográfica y categoría del área; así como, por el tipo de acumulación para el cual se consideran prospectivas.

Para los contratos de evaluación técnica (TEA) y los contratos de exploración y producción (E&P) en las áreas costa afuera prospectivas para yacimientos en trampas, se han previsto: (i) reservas probadas propias, para el último ejercicio fiscal, reportadas en estados financieros, no inferiores a cincuenta millones de Barriles Equivalentes de Petróleo (50.000.000 BEP); y, (ii) producción mínima operada de veinte mil Barriles Equivalentes de Petróleo por día (20.000 BEP/d), en promedio, durante dos (2) años en los últimos cinco (5) inmediatamente anteriores a la fecha de acreditación o de actualización de la información.

⁴³ Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴⁴ La actualización, renovación y cancelación del Registro de interesados es regulada por el artículo 14 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴⁵ Cfr., artículo 13.1 del Acuerdo n° 2 del 2017. De conformidad con el artículo 13.2 del mismo Acuerdo, los requisitos de capacidad económico-financiera, técnica y operacional, y medioambiental pueden excepcionalmente acreditarse con los atributos y la información de la empresa matriz o controlante, o de una sociedad subordinada a esta última, e, inclusive, de una persona jurídica del mismo grupo empresarial o corporativo al que pertenece la matriz; siempre que, sea solidariamente responsable por el cumplimiento oportuno, eficaz y eficiente de las obligaciones y compromisos a cargo del interesado, proponente y contratista, mediante garantía de deudor solidario, conforme a lo previsto en dicho artículo 13 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴⁶ Los requisitos para determinar la capacidad jurídica de los interesados están establecidos en el artículo 22 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴⁷ Los requerimientos relativos a la capacidad económica-financiera se encuentran regulados por el artículo 23 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁴⁸ El artículo 26 del Acuerdo n° 2 del 2017 regula la capacidad medioambiental.

⁴⁹ El artículo 27 del Acuerdo n° 2 del 2017 regula la capacidad medioambiental.

⁵⁰ El artículo 24 del Acuerdo n° 2 del 2017 ha establecido algunos parámetros para acreditar la capacidad técnica y operacional, mientras se pone en funcionamiento el Registro de los interesados.

En todo caso, el (futuro) Reglamento del Registro de Interesados y los términos de referencia del específico procedimiento de selección (o, en el supuesto de asignación directa, las reglas de dicho procedimiento) deben establecer la forma de acreditar la capacidad jurídica, económico-financiera, técnica y operacional, medioambiental y de responsabilidad social empresarial de los interesados⁵¹.

e. Evaluación de las propuestas

La evaluación de las propuestas debe ajustarse a los requisitos y condiciones de los términos de referencia del procedimiento de selección competitivo (o, si fuera el caso, a las reglas del procedimiento de asignación directa), que determinan el contenido, los requisitos, la forma y la oportunidad de presentación de las propuestas; así como, al Acuerdo n° 2 del 2017⁵².

En general, la evaluación comprende el examen, verificación, validación y calificación de las propuestas⁵³.

La ANH únicamente recibe y examina las ofertas de los proponentes inscritos en el Registro de Interesados, o que hayan sido habilitados para participar en el procedimiento de selección⁵⁴. Inicialmente, la ANH verifica formalmente que cada propuesta esté completa o, lo que es lo mismo, que contenga todos los documentos requeridos y los formatos debidamente diligenciados, conforme a las reglas aplicables al procedimiento. En los procedimientos de selección competitivos, se adopta sucesivamente el orden preliminar de elegibilidad, en función de los factores de evaluación y calificación.

Una vez realizada la verificación formal, se identifican las propuestas que cumplen o no con las exigencias requeridas en el procedimiento. Los oferentes de aquellas que adolezcan de defectos, deficiencias u omisiones subsanables, de acuerdo con los términos de referencia (o, en el caso de asignación directa, la reglas del procedimiento), serán puestos en conocimiento de las mismas, mediante publicación en la página web de la ANH, en la cual se establecerá el plazo para subsanarlas. En cambio, los defectos o deficiencias insubsanables – o que, en caso de ser subsanables, no fueron corregidos o completados en la oportunidad y forma dispuesta por la ANH – comportan el rechazo de la propuesta.

Las propuestas completas se consideran validadas; y, posteriormente, son sometidas a calificación definitiva⁵⁵ a los fines de establecer su conformidad con el Acuerdo n° 2 del 2017, la normativa que lo desarrolle, los términos de referencia (o, en el caso de asignación directa, las reglas de dicho procedimiento); así como, para determinar el orden final o definitivo de elegibilidad para la adjudicación del contrato y la asignación del área correspondiente⁵⁶.

⁵¹ Artículo 28 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵² Cfr. artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵³ Cfr., artículo 40 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵⁴ Artículo 40 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵⁵ En los procedimientos de asignación directa, las propuestas completas se someten a negociación, de conformidad con el artículo 40 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵⁶ Cfr., artículos 41 y 40 del Acuerdo n° 2 del 2017.

En tal sentido, la calificación resultará de la evaluación de los factores de ponderación, en su orden de preferencia, previstos en los términos de referencia (o, en el supuesto de asignación directa, en las reglas) del procedimiento, según la naturaleza y el objeto del contrato proyectado y el número de potenciales proponentes. Entre dichos factores, deben incluirse, en forma acumulativa o disyuntiva, uno o más de los siguientes: (i) actividades exploratorias adicionales, ofrecidas por encima del mínimo exigido por la ANH, medidas en puntaje de acuerdo con el artículo 33 del Acuerdo n° 2 del 2017; (ii) mayor porcentaje de participación en la producción propuesta; (iii) condiciones económicas de mercado más favorables para la ANH; (iv) retribuciones de otra índole en favor de la Entidad; (v) otros ofrecimientos en beneficio del país; y, (vi) mayor proporción de la producción compartida.

La ANH publica, en su página web, el adjudicatario o el orden final de elegibilidad del procedimiento. Los proponentes podrán formular, por una única oportunidad, las observaciones y objeciones al mismo, debidamente soportadas, dentro del plazo y en la forma que dispongan los términos de referencia (o, en el caso de asignación directa, las reglas) del procedimiento. La ANH resuelve dichas observaciones u objeciones, mediante escrito motivado, que debe ser publicado o comunicado⁵⁷.

f. Adjudicación del contrato y asignación del área

Una vez que las eventuales observaciones u objeciones al orden final de elegibilidad han sido respondidas, la ANH procede – mediante acto administrativo motivado – a adjudicar el contrato y a asignar (total o parcialmente⁵⁸) el área; o, en caso de subsistir algunas de las causales establecidas a tal efecto, a declarar desierto el procedimiento. En este último supuesto, procede el recurso de reposición del mismo; en cambio, contra la adjudicación no procede recurso por vía administrativa.

En los procesos competitivos abiertos⁵⁹, la adjudicación tiene lugar en audiencia pública; mientras que, en los cerrados, son únicamente invitados los participantes en dichos procesos. Durante la audiencia, y previamente a la adjudicación, los interesados pueden pronunciarse sobre las respuestas de la ANH a las observaciones o impugnaciones al orden final o definitivo de elegibilidad.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga tanto a la ANH como al adjudicatario. Sin embargo, si en el plazo comprendido entre la adjudicación y la celebración del contrato, e incluso con posterioridad a esta última, sobreviniese causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición, o si se demostrase que la adjudicación fue obtenida por medios ilegales, incluyendo la presentación de información o documentos falsos⁶⁰, la misma puede ser revocada y el correspondiente contrato terminado. En este último caso, el valor del depósito o garantía constituido para responder por la seriedad de la propuesta y por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su presentación queda a favor de la ANH, como sanción, sin perjuicio de las acciones legales relativas a los perjuicios ocasionados, y no cubiertos por el valor de las precitadas garantías; así como, de las denuncias penales procedentes⁶¹.

⁵⁷ Artículo 41 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵⁸ Cfr., artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁵⁹ De conformidad con el artículo 42 del Acuerdo n° 2 del 2017, en los procedimientos de asignación directa, la adjudicación se comunica por escrito al proponente.

⁶⁰ Cfr., artículo 38.1 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁶¹ Cfr., artículo 42 del Acuerdo n° 2 del 2017.

g. Celebración del contrato

En la oportunidad prevista en el cronograma del procedimiento de selección en competencia (o, en el caso de asignación directa, en la fijada en el curso de dicho procedimiento), debe celebrarse el contrato con el adjudicatario. A tal fin, este último debe someter a la ANH los documentos exigidos en los términos de referencia (o, en el supuesto de asignación directa en las reglas) de dicho procedimiento⁶².

3. Asignación directa

La asignación directa de áreas procede, previa autorización del Consejo Directivo de la ANH, especialmente, debido a: (i) la particular naturaleza y localización geográfica del área, (ii) restricciones sociales y/o ambientales de la misma, (iii) limitada información técnica, (iv) motivos de interés general, de seguridad nacional o de orden público, (v) consideraciones especiales de política energética o económica; y, (vi) devolución de campos en producción, yacimientos descubiertos no desarrollados, o áreas en evaluación técnica o exploración y producción, por renuncia o incumplimiento del contratista⁶³. Este último supuesto debe ser ulteriormente reglamentado por la normativa que desarrolle el Acuerdo n° 2 del 2017.

El procedimiento de asignación directa debe respetar las reglas previamente adoptadas en las que se establecerán: los requisitos de capacidad exigidos, las condiciones que deben reunir los adjudicatarios, los programas exploratorios obligatorios y los adicionales, que podrán ser objeto de negociación, los derechos económicos a favor de la ANH, y las regalías⁶⁴. En todo caso, las reglas comunes con el procedimiento competitivo de selección objetiva de contratistas fueron indicadas a lo largo del presente estudio.

Para la celebración de los Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos (E&P), Contratos de Evaluación Técnica (TEA) y los Contratos Especiales, la asignación directa debe realizarse de manera objetiva, favoreciendo las propuestas que cumplan integralmente los requisitos establecidos a tal efecto, y los proponentes que acrediten – en la forma exigida – sus condiciones de capacidad, de conformidad con el principio de selección objetiva⁶⁵.

⁶² Artículo 45 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁶³ Cfr., artículo 36.2 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁶⁴ Cfr., artículo 38.2 del Acuerdo n° 2 del 2017.

⁶⁵ Cfr., artículo 3.8 del Acuerdo n° 2 del 2017.