

A continuación publicamos el resumen del concepto jurídico emitido por el asesor externo de la ANH, para efectos de la adjudicación de los bloques de la Ronda Colombia 2010.



Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

Bogotá, 29 de septiembre de 2010

Doctor

JOSE ARMANDO ZAMORA REYES

Director General

AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS - ANH

Bogotá, D.C.

REF: Concepto jurídico Proceso Ronda Colombia 2010

Respetado Doctor Zamora:

De conformidad con lo estipulado en la cláusula primera del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 081 del 8 de septiembre de 2010, el suscrito se obligó a **asesorar y acompañar** a la Agencia Nacional de Hidrocarburos – **ANH**- **en la conclusión del proceso de asignación de áreas Ronda Colombia 2010**.

En cumplimiento de esta obligación, de manera atenta me permito allegarle el presente documento, en el cual procedo a efectuar la revisión de los antecedentes generales del Proceso en mención y de la evaluación realizada por la firma **RISCO FINANZAS CORPORATIVAS**, para concluir con un concepto jurídico que pueda servir como elemento de juicio para la adopción de la decisión que debe tomar la Agencia Nacional de Hidrocarburos – **ANH** a más tardar el 30 de septiembre del año en curso, según el **CRONOGRAMA** y descripción general de las actividades que forman parte de dicho Proceso de Selección, previstas en la Tabla 2 que se incluye en el numeral 2.7 de los términos de referencia.

Carrera 7 No. 71-52 Torre B Oficina 503 PBX 3 13 08 01 – 3 13 08 02 FAX 3 13 29 03
Bogotá D.C. – Colombia

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

1. PRESENTACION GENERAL

La **AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS**, es una entidad de derecho público organizada bajo la figura de Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, creada por el Decreto 1760 de 2003 y sometida al régimen jurídico contenido en tal Decreto y al de los establecimientos públicos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998. En desarrollo de sus objetivos, debe administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación.

Para esos efectos, debe diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993¹.

Adicionalmente, tiene como misión diseñar, evaluar y realizar estrategias de promoción de la exploración y explotación de hidrocarburos; para lo cual debe administrar la participación del Estado mediante la celebración de contratos u operaciones de cualquier naturaleza.

¹ **ARTÍCULO 76. DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES.** 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.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

2. RÉGIMEN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN

Para la realización de estos procedimientos contractuales, la **AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS** tiene que someterse a la siguiente normatividad:

- a. La Constitución Política, en sus artículos 101, 102 y 332.
- b. Ley 80 de 1993, artículo 76.
- c. El Decreto Ley 1760 del 2003 y,
- d. El Acuerdo 008 de 2004 de la **ANH** y sus modificatorios.

3. EL PROCESO DE ASIGNACION RONDA COLOMBIA 2010

En desarrollo de su misión institucional, la Agencia Nacional de Hidrocarburos viene realizando el procedimiento contractual denominado “**RONDA COLOMBIA 2010**”, cuyo objeto es asignar los bloques de las áreas Tipo 1, 2 y 3 y suscribir los contratos de exploración y producción (E&P) y/o contratos de evaluación técnica especial (TEA especial).

Desde la presentación de los términos de referencia del proceso, más exactamente en su introducción, se profirió un “**aviso legal**” de acuerdo con el cual aquellos proporcionaban para los oferentes la información necesaria para la presentación de sus propuestas dentro del proceso de selección. Puntualmente establecía tal aviso que:

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.

Carrera 7 No. 71-52 Torre B Oficina 503 PBX 3 13 08 01 – 3 13 08 02 FAX 3 13 29 03
Bogotá D.C. – Colombia

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

“dicha información ha sido preparada únicamente para ayudar a las Compañías a realizar su propia evaluación del Proyecto, y no pretende ser exhaustiva ni incluir toda la información que se pueda requerir o desear”.

Por otro lado, el “aviso legal” introductorio e integrante de los términos de referencia de la “Ronda 2010” establecía específicamente que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en adelante **ANH**, se reservaba el derecho de manera discrecional, de modificar y adicionar los Términos de Referencia del proceso contractual y de prorrogar y/o modificar el cronograma del proceso de acuerdo con las Leyes vigentes y los propios Términos.

Cada participante, según el “aviso legal” declaró que tuvo acceso y conocimiento de los Términos de Referencia y en especial a *“las aclaraciones y observaciones que de tiempo en tiempo expida la Agencia Nacional de Hidrocarburos a estos Términos de Referencia”*. Razón por la cual, *“todas las deducciones, errores y omisiones que con base en sus propios análisis, interpretaciones o conclusiones, obtenga el Proponente serán de exclusiva responsabilidad de éste. La ANH en ningún caso asumirá responsabilidad alguna por tales análisis, interpretaciones y conclusiones o las deducciones, errores y/u omisiones provenientes de los mismos”*.

En el mismo sentido, adicionalmente la **ANH** en sus Términos de Referencia fue enfática en manifestar que al participar en el proceso cada proponente:

“5.20 Acepta que los Términos de Referencia definitivos y sus Adendos sustituyen y derogan cualquier documento o información verbal o escrita que haya sido suministrada por la ANH con anterioridad a la fecha de entrega de los mismos”.

Por su parte, el numeral **2.10** de los términos de referencia, estableció que:

Carrera 7 No. 71-52 Torre B Oficina 503 PBX 3 13 08 01 – 3 13 08 02 FAX 3 13 29 03
Bogotá D.C. – Colombia

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

“Las Compañías asumen la responsabilidad por la consulta a terceros y análisis de los presentes Términos de Referencia, de manera que, todas las deducciones, errores y omisiones que, con base en sus propios análisis, interpretaciones o conclusiones que, entre otros, obtengan las Compañías respecto de los Términos de Referencia, son de su exclusiva cuenta”.

En este punto, debemos considerar, de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado² que:

“...los pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar, debiendo indicar aquellos con exactitud y precisión el objeto del futuro contrato, los requisitos que deben cumplir los participantes, las causales de rechazo de las ofertas, los términos para presentarlas y para evaluarlas, el plazo para adjudicar, los factores de evaluación, calificación y ponderación, etc., teniendo siempre en cuenta que la finalidad de la respectiva licitación o concurso es la de escoger la oferta más favorable para la entidad, lo cual se logra mediante el establecimiento de criterios y reglas que permitan la comparación objetiva de las ofertas presentadas; por ello, las estipulaciones del pliego o términos de referencia, constituyen el marco dentro del cual debe efectuarse la correspondiente adjudicación, que en todo caso debe hacerse con miras a seleccionar la oferta más conveniente para la entidad contratante, siempre que cumpla con todos los requisitos que fueron exigidos dentro del proceso de selección. Y no se puede olvidar que ese criterio de conveniencia o favorabilidad de la propuesta, no es discrecional o arbitrario ni depende de la consideración subjetiva del funcionario competente para realizar la adjudicación, sino que debe quedar concretado en el mismo pliego de condiciones al establecer las reglas objetivas de selección, que obedecerán en consecuencia, a las específicas finalidades que se persiguen con la futura contratación y que no pueden ser ajenas al cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad estatal y al interés general que las mismas representan. el pliego de condiciones o términos de referencia son obligatorios para la entidad una vez ella los ha elaborado y entregado a los

² **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA**, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Providencia del 28 de abril de 2008. Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025).

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

proponentes dentro de un proceso de selección de contratistas y sus actuaciones están limitadas por las estipulaciones contenidas en aquellos”.

Los **TDR** previeron, entre otros, los **criterios** y el **procedimiento** para la adjudicación de áreas de la siguiente forma:

<u>CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</u>	<u>PROCEDIMIENTO PARA ADJUDICACIÓN</u>
<p>4.6.1. Áreas Tipo 1 y 3:</p> <p>La adjudicación de los bloques en estas áreas se definirá con base en la Mayor inversión adicional en exploración expresada en dólares de los Estados Unidos de América sobre el Programa Mínimo Exploratorio establecido por la ANH.</p> <p>El factor secundario será la Participación en Producción (“X” %) sobre el volumen de producción ofrecido. En el caso de las Áreas Tipo 3 será para el o los Contrato (s) E&P resultante (s) del TEA Especial. Este porcentaje deberá ser un número entero entre uno (1) y cien (100) por ciento (%).</p> <p>En lo que respecta a los bloques del Área Tipo 1, cada Compañía Habilitada Operadora Restringida, Operadora o Consorcio en el que esta última actúe en calidad de Operadora, podrá ser adjudicatario de uno o más bloques, en todos los casos y de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.2.9.1 de estos Términos de Referencia, siempre y cuando la sumatoria de las áreas de los bloques contiguos a adjudicar no exceda 45.000 has.</p> <p>En caso de que la sumatoria del área de los bloques a adjudicar exceda el límite aquí establecido, la ANH procederá a adjudicar los bloques utilizando como criterio el mayor beneficio agregado para la Nación, en términos de inversión exploratoria</p>	<p>4.7.3. Factores de adjudicación para compañías operadoras restringidas:</p> <p>Cuando un mismo Proponente tenga su capacidad financiera u operacional restringidas y presente Ofertas para más de un bloque, respecto de los cuales se encuentre en primer orden de elegibilidad, se procederá de la siguiente manera:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Se le adjudicará el bloque respecto del cual sea único Proponente.2) En caso que un Proponente quede en primer orden de elegibilidad respecto de varios bloques, se le adjudicará aquel en el que haya propuesto la mayor participación en producción X%.3) Si ofrece la misma participación en producción X% en todas las Ofertas, se le adjudicará el bloque en el que haya ofertado mayor inversión adicional. <p>Cuando un Proponente restringido presente Ofertas a un número de bloques mayor a su capacidad operacional y se encuentre como primero y único en el orden de elegibilidad para un número mayor de bloques a los permitidos por su capacidad, para determinar el bloque en el cual quedaría como primero en orden de elegibilidad se aplicará el procedimiento establecido en los numerales 2 y 3 anteriores, en el mismo orden.</p>

Es necesario destacar en este punto que los TDR imprecisamente denominan el numeral 4.7.3 como *“factores de adjudicación para compañías operadoras restringidas”* cuando en realidad contienen el procedimiento general aplicable a todas las situaciones en que se presenten propuestas que convellan asignación de áreas contiguas; razón por la cual interpretando en conjunto y de manera integral las normas del pliego y la finalidad del procedimiento descrito, conceptuamos que es una norma de aplicación no sólo para operadores restringidos, sino para todos los participantes en el proceso de selección.

Reproducimos el artículo 28º de la Ley 80 de 1993, según el cual en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a **procedimientos de selección y escogencia de contratistas** y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, *“se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*.

4. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE.

Partimos de la base de que las actuaciones de los participantes en los procedimientos de contratación deben desarrollarse con arreglo a los principios de *“transparencia, economía y responsabilidad”* tal y como lo establece el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, así mismo deben observarse los postulados que rigen la función administrativa.

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993:

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

"Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido".

La **ANH** para el procedimiento de asignación de los bloques ofertados ha dado cumplimiento al principio de transparencia, ya que desde el principio dispuso la realización de un concurso público, denominado **RONDA COLOMBIA 2010**. Ello implica que no sólo se cumple con la previsión del artículo 23 del Estatuto de Contratación, sino que además se observa lo normado en el artículo 209 de nuestra Constitución Política, que establece los principios que rigen la actividad de la administración pública y además la exigencia de garantizar la realización del interés general.

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³ manifestó:

³ **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.** Consejero Ponente: RICARDO H. MONROY CHURCH, Bogotá, D.C., septiembre 14 de 2001. Referencia: Radicación No. 1.373. CONTRATACIÓN ESTATAL. Selección del contratista y criterios de evaluación.

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

“Dentro de los pliegos de condiciones la administración determina las reglas básicas tanto del negocio jurídico a celebrarse, como aquellas que rigen la selección de oferentes, las cuales deben ser objetivas, justas, claras y completas de manera tal que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva, eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, conforme lo dispone el artículo 24.5 literales b) y e)”.

En desarrollo de ese mismo principio de transparencia, la **ANH** dentro del procedimiento de selección tuvo especial cuidado en brindar a todos los interesados la posibilidad de conocer oportuna y abiertamente los documentos del proceso de selección, por medio de esquemas de publicidad específicos y de amplia difusión.

La **ANH** también garantizó la transparencia del procedimiento estableciendo reglas de calificación y evaluación que fueron objeto de amplios debates, como consta en la memoria institucional del proceso que es de público conocimiento. Así mismo, hacemos notar que hubo transparencia al seguirse puntualmente con cada uno de los pasos previstos en la forma de contratación escogida para llevar a cabo la asignación de los bloques ofrecidos.

Se brindó la posibilidad dentro del proceso contractual de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones de la **ANH**, lo que también evidencia el grado de participación de los interesados que necesariamente se traduce en la garantía de transparencia del proceso.

Ahora bien, por lo que toca con el **principio de economía**, la **ANH** en nuestro criterio, señaló oportunamente los procedimientos y etapas necesarios para

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

asegurar la selección objetiva de sus contratistas y dispuso que los plazos y términos del proceso de selección fueran cumplidos, evitando además trámites distintos e innecesarios y garantizando que tales reglas y procedimientos estuvieran al servicio de los intereses generales, a la prestación de un buen servicio público y garantizaran los derechos a la totalidad de los participantes.

En observancia del **principio de responsabilidad**, la **ANH** diseñó un procedimiento de selección acorde con el cumplimiento de los fines de la contratación, con miras a proteger los derechos de la entidad y de los proponentes, disponiendo la apertura del proceso previa elaboración de unos pliegos de condiciones basados en estudios y evaluaciones que no han sido objeto de cuestionamiento alguno.

En su estructura, el proceso de selección se ciñó a lo establecido en el artículo 30º de la Ley 80 de 1993, por lo que no encontramos falencias en el diseño e implementación de las etapas adelantadas en desarrollo de la **RONDA COLOMBIA 2010**.

5. CONCLUSION

La **ANH**, siguiendo los criterios de evaluación suministrados por **RISCO FINANZAS CORPORATIVAS** ha publicado la Lista Definitiva con apego a lo dispuesto en el procedimiento en el numeral **4.7.3** y si se han presentado algunas discrepancias en la interpretación de las normas del pliego con algunos de los proponentes, es necesario aplicar la interpretación que más se avenga a la

Gabriel De Vega Pinzón

& a b o g a d o s

intención y finalidad⁴ que pretende la **ANH** dentro del proceso contractual, que no es otra que la de promover la exploración y producción en la mayor cantidad de áreas posible.

Quedo pendiente de sus observaciones sobre el presente Informe y dispuesto a complementarlo en caso de ser necesario.

Cordial saludo,



GABRIEL DE VEGA PINZÓN

⁴ **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA**, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Providencia del 28 de abril de 2008. Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025), ha manifestado que ***“Con relación a la interpretación del pliego de condiciones con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación”***.