

Minerales en conflicto y tecnología responsable

Guía para la compra pública responsable de productos electrónicos



ALBOAN

ONG promovida por los jesuitas

www.alboan.org



Gipuzkoako
Foru Aldundia
Diputación Foral
de Gipuzkoa



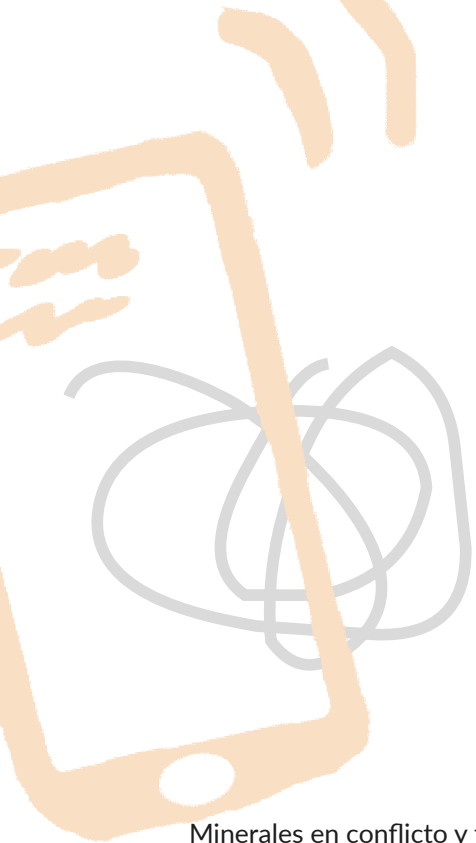
ORAIN
GIPUZKOA



GARAPENERAKO
LANKIDETZAREN
EUSKAL AGENTZIA
AGENCIA VASCA DE
COOPERACIÓN PARA
EL DESARROLLO



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO



Minerales en conflicto y tecnología responsable.
Guía para la compra pública responsable
de productos electrónicos

Fundación **ALBOAN**

Bilbao

Padre Lojendio, 2 - 2º • 48008 Bilbao

☎ 944 151 135

San Sebastián

Andia, 3 • 20004 Donostia-San Sebastián

☎ 943 275 173

Pamplona

Avda. Barañáin 2 • 31011 Pamplona

☎ 948 231 302

Vitoria-Gasteiz

Monseñor Estenaga 1 • 01002 Vitoria-Gasteiz

☎ 945 202 676

Puedes encontrar más información sobre nuestro trabajo en:

ww.tecnologialibredeconflicto.org

www.alboan.org



Autor: Santiago Lesmes Zabalegui

Promueve y edita: Fundación **ALBOAN**

Fecha: junio 2018

Diseño y maquetación: Marra, S.L.

Impresión: Gráficas Ingugom

Depósito legal: BI-1788-2018

Traducción euskera: AEIOU Traductores



Índice

Introducción. Objetivo y finalidad	4
10 Cuestiones básicas para aplicar criterios de compra pública responsable en productos tecnológicos	6
Guía práctica. Pasos para incorporar cláusulas de compra pública responsable en productos tecnológicos	15
1. Preparación del contrato	15
1.1. Definición del objeto del contrato	15
1.2. Justificación de las necesidades del expediente	16
1.3. Realización de consultas preliminares del mercado	17
1.4. Definición de uno o varios lotes como “Tecnología Socialmente Responsable”	19
2. Incorporación de las cláusulas	22
2.1. Nivel básico de exigencia: criterios de adjudicación	22
2.2. Nivel máximo de exigencia: criterios obligatorios	26
2.2.1. Como una condición especial de ejecución	26
2.2.2. Como un criterio de solvencia técnica	28
3. Establecimiento de penalidades y sistemas de verificación Comunicación y publicación	30



Introducción. Objetivo y finalidad

El 8 de junio de 2017 entró en vigor la Regulación Europea 2017/821 sobre diligencia debida en las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas en conflicto o en alto riesgo. El objetivo de dicha regulación es doble: por un lado, busca promover prácticas de suministro responsable entre los importadores directos de minerales y metales derivados del estaño, tungsteno, tantalio y oro –los denominados 3TG por sus siglas inglesas¹; por otro, busca cortar la financiación del crimen organizado y los grupos armados que operan en las zonas de extracción, tránsito y comercialización de dichos minerales.

Desde la Campaña Tecnología Libre de Conflicto de la Fundación **ALBOAN** hemos seguido de cerca estas negociaciones, junto con otras 130 organizaciones de la sociedad civil Europea. En la Fundación **ALBOAN** conocemos bien la problemática de los “minerales en conflicto”, puesto que llevamos más de 20 años cooperando con organizaciones locales en el este de la República Democrática del Congo (en adelante, RD Congo), Colombia u Honduras. Lugares todos ellos donde se ha documentado en numerosas ocasiones el vínculo existente entre la explotación recursos minerales y las vulneraciones de derechos humanos (p. ej., trabajos forzados, explotación infantil e incluso violencia sexual contra las mujeres).

Somos conscientes del potencial y los riesgos que tiene la minería para el desarrollo de las comunidades locales en estos contextos. Especialmente, en el caso de la minería artesanal a pequeña escala, que genera un gran número de puestos de trabajo y dinamiza la actividad económica de las comunidades locales. Sin embargo, no podemos ignorar las consecuencias no deseadas de dicho comercio.

Los riesgos asociados al comercio de “minerales en conflicto” pueden agravarse en los próximos años debido a la creciente demanda de dichos minerales para la fabricación de productos electrónicos, tales como teléfonos móviles, tabletas y ordenadores.

Las empresas que fabrican o importan al mercado europeo dispositivos manufacturados con estos minerales no quedan cubiertas por la Regulación aprobada. Aun así, la Comisión Europea, consciente de su responsabilidad, ha anunciado medidas complementarias para contribuir a que estas empresas adopten de manera voluntaria prácticas de suministro responsable. El periodo de transición acordado para que se hagan efectivas dichas medidas, así como la implementación de las obligaciones vinculantes para los importadores directos, termina el 1 de enero de 2021.

Pero no tenemos tiempo que perder. De hecho, tanto las Administraciones Públicas como las empresas y la sociedad civil podemos dar pasos desde este mismo instante de cara a la promoción del suministro responsable de minerales.

1 Tin, Tantalum, Tungsten, Gold.

En este sentido, la presente guía proporciona a las Administraciones Públicas las herramientas necesarias para introducir cláusulas sociales en todas sus adquisiciones de productos electrónicos, asegurando así que las empresas implicadas en las cadenas de suministro de dichos minerales sigan las directrices de diligencia debida establecidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y por la propia Regulación Europea.

La trascendencia de incorporar estos criterios en la compra pública es indudable:

- Su importancia cuantitativa (19% del PIB en la Unión Europea)² es innegable, pues en el caso de España la contratación pública supone el 18,5% del PIB, casi 200.000 millones de euros anuales o más de 4.100 euros anuales per cápita³, por lo que nos referimos a una cuantía nada desdeñable que debiera emplearse con criterios de responsabilidad social.
- Posee una capacidad mediática considerable, pues un simple pliego supone un altavoz y un escaparate muy importante para amplificar una campaña de sensibilización.
- Nos referimos a políticas transformadoras, ya que el efecto no se agota en la adquisición de un móvil o un ordenador, sino que lanzamos un mensaje rotundo y claro a las empresas tecnológicas, y a la vez animamos a la ciudadanía a sumarse a esta exigencia.
- Perseguimos el doble objetivo de premiar a quien hace las cosas bien (fortaleciendo la ventaja competitiva de aquellas empresas electrónicas que voluntariamente hayan decidido incorporar las directrices de diligencia debida establecidas por la OCDE y las normativas internacionales), como de modificar los comportamientos reprochables, trasladando el mensaje a aquellas empresas que no adoptan políticas de responsabilidad social a que lo hagan si quieren ser contratadas por las administraciones públicas.

2 (Public Procurement Indicators 2012), Comisión Europea, 2014.

3 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia (PRO/CNMC/001/15).

1. ¿Es posible incorporar criterios sociales y ambientales en la contratación pública?

Sí, sin ninguna duda. Como más adelante detallaremos y citaremos, la legislación europea y la normativa nacional de contratos públicos son absolutamente explícitas en el sentido no solo de considerar legales los criterios sociales y ambientales en la contratación pública, sino de conformar una prioridad que ha de ser promovida activamente.

La contratación pública responsable no es por lo tanto una declaración retórica de intenciones, sino que se avala jurídicamente de manera expresa a lo largo del articulado legal. Así, a lo largo de esta guía citaremos de manera profusa algunas de las referencias sociales y medioambientales de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (en adelante, LCSP), centrándonos en aspectos fundamentales como los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución.

La legalidad de la inclusión de los criterios sociales y ambientales queda recogida sin lugar a dudas en el artículo 1 de la LSCP, cuando se afirma que:

Artículo 1. Objeto y finalidad.

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

En este sentido, podemos asegurar que todas las propuestas, clausulados y planteamientos de la presente guía gozan de plena legalidad y plenas garantías jurídicas conforme a la normativa de contratación pública vigente.

2. ¿Quién puede incorporar cláusulas sobre minerales en conflicto y tecnología responsable en sus procesos de compra pública?

Todas las Administraciones Públicas de ámbito estatal, autonómico y local, es decir la Administración Central, Comunidades Autónomas, Diputaciones, Ayuntamientos, Consejos Insulares, Ciudades Autónomas, y Cabildos Insulares.

Asimismo, todas las entidades que forman parte del sector público y se hallan sujetas a la normativa de contratos públicos: empresas públicas, organismos autónomos, fundaciones públicas, mancomunidades, consorcios y universidades públicas.

Y aunque nos estamos refiriendo a contratos públicos y analizando su marco legal, nos gustaría añadir que cualquier persona, empresa, organismo, asociación o entidad privada puede aplicar de manera voluntaria y responsable los criterios que en esta guía se exponen y fomentar en la medida de sus posibilidades una compra responsable de productos tecnológicos.

3. ¿A qué contratos podemos aplicar cláusulas sobre minerales en conflicto y tecnología responsable?

A todos aquellos contratos que implican la compra o adquisición de productos tecnológicos cuya fabricación requiere de los 3TG: el estaño, el tantalio, el wolframio y el oro.

Nos referimos de manera principal a **contratos de suministro de dispositivos electrónicos**, así como a **contratos de servicio** de telecomunicaciones (telefonía fija, móvil e internet) que conllevan la adquisición de dispositivos electrónicos.

Nuestra prioridad es centrar la atención en los ordenadores fijos y móviles, tabletas y teléfonos inteligentes, pues son los productos que acaparan la mayor parte del gasto público en electrónica de consumo. Aunque las cláusulas podrían hacerse extensivas a otros dispositivos electrónicos, como equipos de procesamiento de datos, unidades de almacenamiento de información, así como cámaras digitales, monitores, proyectores, o aparatos de radio y televisión.

4. ¿Qué requerimientos podemos incluir en los pliegos?

Hay dos categorías principales de requerimientos o características que abordaremos en esta guía:

a) Características referidas a las empresas licitadoras.

Solicitar que la empresa fabricante del producto posea una política sobre minerales en conflicto, que sea de acceso público y esté incorporada en las relaciones comerciales con sus proveedores, en línea con las directrices establecidas en la *Guía de Diligencia Debida de la OCDE para las Cadenas de Suministro Responsable de Minerales procedentes de Áreas en Conflicto o en Alto Riesgo* –en adelante nos referiremos a ella como “la Guía OCDE”⁴.

O que la empresa fabricante del producto participe en algún programa industrial alineado con la Guía OCDE y orientado a la promoción del suministro responsable de minerales procedentes de zonas en conflicto o en alto riesgo.

O bien que la empresa licitadora y/o suministradora apoye financieramente algún programa o iniciativa de abastecimiento responsable en cualquiera de las áreas de conflicto o en alto riesgo en las que se abastece.

b) Características referidas a los productos.

En este caso se trata de requerir y garantizar que los minerales utilizados en los componentes o en la fabricación de los productos electrónicos provienen de cadenas de suministro responsable, entendiendo por tales aquellas que cumplen con las directrices de la Guía OCDE en el proceso de extracción, transporte y comercialización, independientemente de si tienen su origen o atraviesan zonas en conflicto.

Cabe advertir que las cadenas de suministro son ciertamente complejas y muchas empresas fabricantes todavía no son capaces de acreditar la trazabilidad completa de todos los minerales empleados por cada componente que llevan sus productos. En este sentido, no existen certificaciones que garanticen que un producto electrónico está “100% libre de conflicto”. Tampoco aspiramos a que una empre-

sa fabricante se declare “libre de conflicto” por el mero hecho de hacer una declaración pública. Lo que buscamos es que se comprometa a implementar sistemas de diligencia debida en sus cadenas de suministro, identificando y evaluando los posibles riesgos asociados al comercio de minerales en conflicto y tomando las medidas necesarias para prevenirlos y mitigarlos. Por eso, el nivel más básico de exigencia debe incluir criterios éticos relacionados con el proceso de diligencia debida de las empresas licitadoras y/o suministradoras, como los señalados en el apartado 4a.

No obstante, sí que es posible contemplar dos opciones referidas a la compra de productos concretos:

⇒ Priorizar la compra de productos que cuenten con la Certificación TCO. Como veremos en la décima pregunta de esta sección, esta certificación si bien no avala que el producto sea “100% libre de conflicto”, es la única certificación de producto que incorpora entre sus criterios las directrices de la Guía OCDE relativos al suministro responsable de minerales en conflicto por parte de la empresa fabricante.

⇒ Compra uno o varios lotes específicos de “Tecnología Responsable”. Esta es una opción que desarrollamos en la segunda parte de esta guía y que sería aplicable a la compra del único modelo de teléfono móvil que ha sido diseñado para cumplir con los estándares éticos y medioambientales más exigentes, hasta el punto haber logrado certificar el suministro responsable de los cuatro 3TG identificados en la Guía OCDE y la Regulación EU 2017/821. Nos referimos al Fairphone (véase el cuadro de la p.13).

Deseamos advertir que las exigencias referidas a los productos específicos a suministrar pueden limitar la oferta disponible, pero precisamente es así como podemos lograr el objetivo que nos proponemos: que cada vez sean más las empresas que incorporen sistemas de diligencia debida como los propuestos por la OCDE y la Regulación EU 2017/821 de cara a promover cadenas de suministro responsable de minerales. Volveremos sobre esta cuestión en la pregunta 10.

4 OECD (2016), *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Tercera Edición, OECD Publications: París. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/mining.htm>

5. ¿Supone un problema la vinculación al objeto del contrato de todos los criterios y requerimientos?

No supone ningún problema de acuerdo con la normativa vigente, pero para despejar dudas y evitar confusiones conviene aclarar los siguientes puntos:

- a) La antigua legislación nacional de contratos públicos sí establecía una exigencia al respecto, al afirmar que “los criterios de adjudicación deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato”.
- b) Dicha redacción podía dar lugar a interpretaciones restrictivas que invalidasen cualquier propuesta orientada a incluir criterios de suministro responsable en los pliegos, como es el caso que nos ocupa, relativo a los minerales en conflicto. Desde esta perspectiva conservadora, podría alegarse que: “si lo que se suministra es un móvil, el objeto del contrato es un móvil, con lo cual no se puede valorar ni considerar lo que pase en RD Congo, ni a lo largo de la cadena de suministro, pues no forma parte del objeto del contrato”.
- c) Esta cuestión ya la abordó y resolvió la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, texto que de forma literal ha sido incluido a la nueva LCSP, que establece en su artículo 145.6:

Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

La adjudicación está vinculada al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
 - b) O en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.
- d) Por lo tanto, se considera vinculada al objeto del contrato cualquier cuestión que esté re-

lacionada con las prestaciones contractuales, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida incluso cuando no formen parte de su sustancia material, en el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas. En este sentido, exigir o valorar el cumplimiento de la debida diligencia en las cadenas de suministro de las industrias fabricantes de electrónica forma parte del objeto del contrato conforme al encaje legal.

- e) Como vemos la seguridad jurídica es absoluta, pero, aun así, recomendamos incluir una referencia expresa en el objeto del contrato, tal y como aconsejamos más adelante en el punto 1.1. de la segunda parte de esta guía.

6. ¿Los requisitos son para la empresa licitadora o para el fabricante?

Lo más habitual es que las empresas fabricantes de los productos electrónicos no concurren a las licitaciones, sino que lo hagan empresas distribuidoras o comercializadoras, por lo que pudiera plantearse el dilema de a cuál de las dos corresponde acreditar el cumplimiento de las características o criterios que establezcamos.

Desde el punto de vista jurídico esta cuestión no genera ningún problema, ya que estableceremos requisitos, características, criterios o condiciones especiales de ejecución que claramente dirijan dicha obligación hacia el fabricante (tanto en lo relativo a su propia política como al producto tecnológico que suministre). Pero a quien corresponde obtener, acreditar y aportar dicha documentación es a la empresa licitadora, que es quien concurre a la adjudicación del contrato.

Relacionada con esta cuestión está el tema de las empresas subcontratistas, ya que pudiera suceder que la empresa licitadora (o contratista) subcontrate parte de la prestación contractual con una tercera. En este caso, la normativa lo indica claramente, pero no estará de más señalarlo en los pliegos, todas las obligaciones sociales y ambientales recaen por igual en ambas, y tanto la contratista principal como las posibles subcontratistas, están obligadas por el pliego a cumplir las características o condiciones sociales y ambientales que se establezcan. Así, el artículo 202.4. de la LCSP nos dice:

Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

Recordamos que la obligación de cumplir y acreditar el cumplimiento de las obligaciones sociales y medioambientales recae sobre el contratista, quien resulta por completo responsable de que los subcontratistas cumplan también las mismas. Así lo indica el artículo 215 de la LCSP:

4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201.

7. ¿Pero es legal considerar la responsabilidad social de la empresa?

Sí, es posible, aunque suele repetirse que en la contratación pública no cabe tener en cuenta la responsabilidad social de una empresa, ya que no es un criterio válido. Así lo indica, por ejemplo, en su Considerando 97, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública:

No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.

No obstante, debemos remarcar el matiz, que no es en absoluto menor sino trascendental, de “política general” de responsabilidad social, ya que ahí está la clave de la legalidad o ilegalidad de las cláusulas que vayamos a incorporar. En este sentido, resultaría inválido e impugnabile que exijamos o valoremos una determinada política general de responsabi-

lidad social a la empresa licitadora o a la empresa fabricante.

Pero sí que resulta completamente legal, que exijamos (condición especial de ejecución, certificado o etiqueta), o valoremos (criterio de adjudicación), una política concreta de responsabilidad social relacionada con el producto tecnológico que constituye el suministro u objeto del contrato. De hecho, el propio texto anterior da la clave: se refiere al “vínculo con el objeto del contrato”, y a que “debe caracterizar el proceso específico de producción o prestación”. En nuestro caso lo que vamos a considerar siempre y en todo momento, y por lo tanto resulta legal, es la responsabilidad social aplicada al proceso específico de producción y siempre relacionada con el propio objeto contractual.

Advertimos, por lo tanto, que la responsabilidad social que exijamos o valoremos debe siempre referirse a la propia prestación contractual, o al propio objeto del contrato.

La nueva LCSP así lo avala, señalando de manera expresa y sin lugar a interpretación en su artículo 145, que conforma un criterio de adjudicación válido: “la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual”.

8. ¿Podemos referirnos a certificaciones, declaraciones responsables o a etiquetas sociales y medioambientales?

Sí, desde el punto de vista legal podemos, y nos interesa mucho hacerlo, ya que nos aporta la necesaria seguridad jurídica en la incorporación de criterios relacionados con el suministro responsable de minerales por parte de la empresa fabricante de tecnología, y además nos proporciona el medio de prueba objetivo y verificable que garantiza la libre competencia, la igualdad de trato y la no discriminación de los licitadores.

Así, la nueva LCSP ha regulado en su artículo 127 la exigencia o valoración del etiquetado, y en el artículo 128 la referencia o exigencia de certificaciones, e informes y medios de prueba.

En ambos casos se definen con precisión su concepto y requisitos, señalando de manera expresa la posibilidad de exigir una etiqueta o certificación o informe específico en las prescripciones técnicas, en

los criterios de valoración o en las condiciones especiales de ejecución.

Además, como veremos en la última pregunta de esta primera parte, también podremos requerir a las empresas licitadoras una declaración responsable en la que los fabricantes manifiesten estar en posesión de una política propia de diligencia debida en los términos establecidos por la Guía OCDE (Anexos II y III). Es más, de cara a la implementación del Reglamento EU 2017/821 sobre suministro responsable de minerales, la Comisión Europea prevé lanzar a finales de 2018 una Base de Datos sobre Transparencia donde las empresas fabricantes y las importadoras de productos manufacturados con dichos minerales podrán subir la información que acredite su cumplimiento de las directrices establecidas por la OCDE para el suministro responsable.

Aunque todavía no se han definido los criterios que empleará esa Base de Datos de Transparencia, la LSCP afirma lo siguiente en relación con las formas de acreditar el cumplimiento de las cláusulas sociales:

Artículo 127. Etiquetas.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por «etiqueta»: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos.
2. Cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo...

Artículo 128. Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba.

1. Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato.

Quando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por «organismo de evaluación de la conformidad» aquel que desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo.

2. Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso.

Artículo 141. Declaración responsable y otra documentación.

1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.
2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, ésta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Quando ésta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

9.

¡Atención al concepto de equivalencia!

En el punto anterior nos hemos referido a diferentes medios de prueba (etiquetas, certificaciones, declaraciones responsables) elaborados a partir de programas industriales. De acuerdo con la OCDE, un programa industrial es “una iniciativa que se ha

establecido para apoyar el suministro responsable de minerales (puede enfocarse en un mineral concreto, en los 3T o en el oro), y lo hace requiriendo a la empresa a que opere con o se suministre a través de cadenas de suministro que cumplen ciertos estándares, incluyendo (aunque no de manera necesariamente exhaustiva) los estándares de diligencia debida de la Guía OCDE. El término “programa” incluye esquemas de diligencia debida para cadenas de suministro o iniciativas establecidas por organismos industriales o mecanismos de certificación independientes o multi-stakeholder, esquemas de gobiernos o de cualquier otra organización dedicada a la producción y abastecimiento responsable de minerales”⁵.

Cada uno de estos programas industriales posee una metodología propia y, en consecuencia, su grado de exhaustividad varía a la hora de cumplir con los estándares de la diligencia debida. Por otra parte, como explicaremos más adelante, la participación en uno de estos esquemas no exime a la empresa de su responsabilidad individual en el cumplimiento de la diligencia debida.

A pesar de estas dos limitaciones, los programas industriales pueden ofrecer herramientas interesantes para cumplir con alguno o varios de los pasos establecidos en la Guía OCDE para promover el suministro responsable. Por esa razón, pueden ser de utilidad al incluir cláusulas concretas como criterios de adjudicación o de condiciones especiales de ejecución. El objetivo, recordemos, es seleccionar o valorar positivamente aquellos productos o empresas tecnológicas que empleen minerales obtenidos responsablemente siguiendo las directrices de la diligencia debida.

Pero siempre que incluyamos la referencia a una etiqueta o certificación, o exijamos una declaración responsable, conviene tener en cuenta una previsión legal fundamental, que es el concepto de equivalencia.

La equivalencia significa que no solo será aceptable una concreta etiqueta o certificación, sino que serán igualmente válidas todas aquellas que cumplan los requisitos establecidos en la misma, e inclusive deberá admitirse a aquel licitador que no disponga de la misma, pero pueda acreditar por cualquier medio de prueba admitido en derecho el cumplimiento

de todas las características y requisitos establecidos en dicha etiqueta. Así lo indica el artículo 127 de la LSCPS:

3. Los órganos de contratación que exijan una etiqueta específica deberán aceptar todas las etiquetas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención de aquella.

El órgano de contratación aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida.

Y lo mismo se establece para las certificaciones en el artículo 128:

Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

En resumen, en los pliegos de cláusulas técnicas o administrativas podremos hacer referencia a una etiqueta social o ecológica, a una certificación o acreditación determinada, o pedir una determinada declaración responsable. Pero además debemos describir de modo correcto sus características y siempre añadiremos la referencia “o equivalente”, de manera que no se restrinja la competencia y resulte válida jurídicamente a todos los efectos, debiendo ser admitidas a la licitación cualquier propuesta que acredite dicha equivalencia.

10. ¿Qué etiquetas, certificaciones o cumplimientos específicos vamos a incorporar en los pliegos en relación con la tecnología responsable?

El concepto de “tecnología responsable” que empleamos en esta guía hace referencia a la incorporación de sistemas de diligencia debida en la cadena de suministro de minerales por parte de las empresas “downstream”, un término que se emplea para designar a las empresas que van de las refinerías y

5 OECD (2018), *Alignment Assessment of Industry Programmes with the OECD Minerals Guidance*, OECD Publications, Paris. Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/industry-initiatives-alignment-assessment.htm>

fundiciones hasta el consumidor final. Este grupo incluye a las empresas manufactureras que fabrican los dispositivos electrónicos así como a las comercializadoras y distribuidoras que abastecen a las Administraciones Públicas. En su caso, las directrices de la Guía OCDE son igualmente aplicables a sus cadenas de suministro y la propia Comisión Europea se ha comprometido a elaborar recomendaciones para su aplicación voluntaria en el marco del Reglamento 2017/821 (art.8).

A la hora de verificar esta cuestión, las Administraciones Públicas, tal y como señalamos en la pregunta nº 6, tienen dos opciones: exigir criterios de contratación responsable que hacen referencia a las características de la empresa licitadora (o que se referirán a la empresa fabricante) o bien a partir de criterios que hacen referencia a las características de los productos.

En el caso del suministro responsable de minerales, ambas opciones han de verificarse en relación con los 5 pasos establecidos por la OCDE para promover el suministro responsable en las cadenas de suministro de minerales. De acuerdo con este organismo, las empresas que participan en estas cadenas deberían:

- 1) **Establecer fuertes sistemas de gestión**, que incorporen una política propia en las relaciones con los proveedores (Anexo II); que incorporen la supervisión de la diligencia debida en la estructura de gestión de la empresa; que establezcan sistemas de control y transparencia en las cadenas de minerales; que refuercen la cooperación con los proveedores; y establezcan mecanismos de alerta a nivel de la propia empresa o de la industria para alertar de manera temprana respecto a los posibles riesgos.
- 2) **Identificar y evaluar los riesgos presentes en la cadena de suministro**, con ayuda de los Suplementos sobre los 3T y el Oro que incluye la Guía OCDE.

- 3) **Diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos identificados**. Esto requiere designar a una persona o departamento encargado de la supervisión; contemplar las posibles alternativas en el caso de detectar alguno de los riesgos contemplados en la tipología de la Guía OCDE; implementar el plan de gestión de riesgos y tomar las medidas adicionales de cara a evaluar posibles cambios en las circunstancias y las posibles formas de mitigación de los riesgos.
- 4) **Llevar a cabo auditorías externas independientes en puntos clave de la cadena de suministro**. Dichos puntos aparecen identificados en los Suplementos que incorpora la Guía OCDE.
- 5) **Reportar periódicamente sobre los avances en la diligencia debida**. Se trata de hacer públicos sus prácticas y esfuerzos razonables en la implementación de sistemas de suministro responsable. Pueden hacerlo de manera separada o como parte de sus reportes anuales de sostenibilidad o responsabilidad social corporativa.

La responsabilidad de cumplir con estos pasos recae sobre las empresas que participan en la cadena de suministro de los minerales, incluyendo las empresas "downstream", si bien es cierto que la OCDE señala la flexibilidad de este marco para adaptar las obligaciones a los diferentes tipos de empresas en función de su tamaño y su capacidad de influencia en los proveedores.

Como señalamos en el anterior epígrafe, existen diversos programas industriales que, aunque no les eximen a las empresas de su responsabilidad individual, pueden ayudarles a cumplir con algunas de estas obligaciones. En la actualidad existen diversos programas industriales disponibles en el mercado. El siguiente cuadro recoge algunos de los más conocidos.

Programas industriales

Se trata de iniciativas multi-stakeholder, consorcios empresariales o alianzas público-privadas orientadas a mejorar la responsabilidad social de las empresas y las prácticas de suministro responsable de minerales procedentes de zonas en conflicto. La pertenencia implica un compromiso de las partes a la hora de compartir información, conocimiento y recursos económicos que ayuden a identificar y mitigar riesgos siguiendo las directrices OCDE.

Nombre	Objetivos / Descripción:
European Partnership for Responsible Minerals (EPRM) https://europeanpartnership-responsibleminerals.eu	Consortio promovido por el Gobierno Holandés e Inglés, la Comisión Europea y la Industria orientado al logro de tres objetivos: certificación de minas social y ambientalmente responsables en zonas de conflicto; apoyo a las cooperativas mineras; refuerzo de alianzas para un suministro responsable de 3TG
Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA) http://www.resolv.org/site-ppa/	Consortio promovido por el Gobierno Estadounidense y la Industria orientado al logro de tres objetivos: certificación de minas social y ambientalmente responsables; apoyo a las cooperativas mineras; refuerzo de alianzas para un suministro responsable de 3TG
Responsible Minerals Initiative (RMI) http://www.responsiblemineralsinitiative.org/	Creada por la Responsible Business Alliance y anteriormente conocida como Conflict-Free Smelter Initiative, la iniciativa RMI ha desarrollado el Responsible Minerals Assurance Process (RMAP), un esquema industrial para auditar refinerías y fundiciones en línea con las directrices OCDE, que cuenta con un fondo común para reducir los costos económicos de la diligencia debida entre los socios con menos recursos.
Alianza por la Minería Responsable http://www.responsiblemines.org/ Certificado Fairmined Gold http://www.fairmined.org/es/	Iniciativa global para transformar la minería artesanal a pequeña escala de oro en una actividad sostenible y orientada a la mejora de la vida en las comunidades mineras en cuatro países. Son los creadores del sello Fairmined Gold.
Responsible Artisanal Gold Solutions Forum http://solutions-network.org/site-ragsforum	Iniciativa para mejorar la trazabilidad del oro procedente del este de RDC desde la mina hasta la refinería. Ofrece apoyo técnico en la gestión de la cadena de suministro y promueve el aprendizaje compartido entre las partes.
Better Sourcing Program https://bettersourcing.io/	Es una compañía que ayuda a sus clientes a cumplir con las regulaciones comerciales sobre minerales en conflicto. Lo consiguen implementando la diligencia debida en la parte "upstream" de la cadena (evaluando riesgos a tiempo real) y trabajando con las empresas "downstream" (en la evaluación, monitoreo, gestión y en la elaboración de los informes).
Solutions for Hope http://solutions-network.org/site-solutionsforhope	Es una plataforma que apoya a empresas, gobiernos y organizaciones de la sociedad civil para trabajar de manera conjunta en el aprovisionamiento responsable de minerales 3TG. Los programas de cooperación que pone en marcha gestionan los riesgos para las empresas y ofrecen reconocimiento por su participación.

Certificaciones de producto

Certificación TCO http://tco-certified.com/tco-certified/	Es una certificación de producto que incluye criterios sociales y medioambientales relativos a todo el ciclo del producto. En la parte social, han sido los primeros en incluir una sección de minerales en conflicto donde se verifica que la empresa fabricante está cumpliendo con las directrices de la OCDE.
Fairphone https://www.fairphone.com/en/	No es una certificación como tal sino una empresa holandesa que fabrica teléfonos móviles, el Fairphone 2, que son modulares y destacan por tener todos los minerales en conflicto certificados en origen y cumplir con los estándares medioambientales más exigentes. En la actualidad carecen de distribuidor en España, pero podrían comprarse directamente a la empresa en el caso de incluir un lote específico en el pedido de contratación.

Fuente: elaboración propia.

Ser miembro de uno de estos programas industriales o poseer alguna de sus certificaciones no implica que la empresa fabricante o sus productos estén exentos de riesgos asociados a vulneraciones de derechos humanos. Esto se debe a que muchos de estos programas se basan en la auditoría externa de las refinerías o fundiciones o en el control de otros puntos clave de la cadena de suministro. No obstante, entre el levantamiento de la información y la acreditación puede pasar un plazo de varios años y en ese periodo las circunstancias pueden variar. Por eso es necesario que la empresa asuma su responsabilidad individual en la incorporación de sistemas de diligencia debida en la gestión de sus cadenas de suministro.

Conviene tener presente que la diligencia debida, según la OCDE, hace referencia a “los pasos que las compañías pueden tomar para identificar y evaluar los riesgos reales o potenciales de cara a prevenir o mitigar los impactos negativos asociados con sus actividades o decisiones de suministro” (p.13). Según su definición es un “proceso continuo, proactivo y reactivo”.

En este sentido, la participación en los programas industriales o la obtención de certificaciones es sólo una herramienta de cara a la implementación de la diligencia debida. Por lo tanto, en la segunda parte de esta guía, cuando abordemos la propuesta para incorporar cláusulas sociales, los contemplaremos como un criterio entre otros de los que pueden utilizarse, pero no el único ni el definitivo.



Vamos a dar supuesto que ya nos hemos informado y sensibilizado sobre las implicaciones éticas de los minerales en conflicto en la contratación de productos electrónicos. Por lo tanto, nos proponemos incorporar en los pliegos de contratación cláusulas que minimicen o anulen sus consecuencias negativas, exigiendo a las empresas un comportamiento responsable en los términos de la diligencia debida establecidos por la OCDE. Buscamos de ese modo que las empresas gestionen adecuadamente los riesgos asociados al comercio de minerales en sus cadenas de suministro, de cara a prevenir y mitigar posibles vulneraciones de derechos humanos.

Tenemos diversas opciones, algunas más exigentes que otras, pues podemos incorporar cláusulas en diversas fases del procedimiento, y también podemos adoptar una posición gradual, incorporando dichas cláusulas en uno o varios lotes de la licitación. En los siguientes epígrafes describiremos los pasos que adoptaremos en función del grado de exigencia que decidamos dar a las cláusulas propuestas para adquirir una “tecnología socialmente responsable”.

1. Preparación del contrato

La preparación del contrato constituye el momento clave de la contratación pública responsable: una buena preparación, análisis y redacción de los pliegos nos permitirá alcanzar los objetivos deseados y proporcionar una absoluta garantía jurídica.

Debemos evitar a toda costa tanto la insignificancia como la abundancia de cláusulas sociales y ambientales. La prudencia y la progresividad deben marcar nuestra actuación. Así, unas cláusulas decorativas, simbólicas o mínimas resultarán ineficaces. Pero unas cláusulas excesivas y sobreabundantes abrumarán a las empresas licitadoras, distorsionarán la adjudicación y provocarán una inadecuada ejecución. No olvidemos que siempre será mejor incorporar una cláusula adecuada y efectiva que siete ineficaces.

Además, la contratación responsable tiene un marcado carácter estratégico, por lo que el clausulado debe orientarse conforme a las realidades del mercado, pero también de acuerdo con los objetivos políticos y las demandas ciudadanas.

1.1. Definición del objeto del contrato

El artículo 99.1. de la LCSP señala que **“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”**.

El objeto del contrato, en este sentido, debe ser preciso y concreto. Pero la normativa también nos dice que podemos incorporar definiciones que abarquen innovaciones sociales o atender a necesidades sociales.

La cuestión del objeto del contrato es muy importante, puesto que no alcanza solo a su definición, sino que afecta a los aspectos más relevantes del contenido en sus diversos aspectos:

- ➔ El **expediente de contratación** exige entre su contenido obligatorio el indicar “la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las

prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional” (art. 116.4.e) LCSP).

- ↳ Las **prescripciones técnicas** podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material, **siempre que estén vinculados al objeto del contrato** y guarden proporción con el valor y los objetivos de este (art. 126.2 LCSP).
- ↳ Las **etiquetas sociales y medioambientales** se deben referir únicamente a **criterios vinculados al objeto del contrato** (art. 127.2.a) LCSP).
- ↳ La **admisibilidad de variantes** exige se prevean en los pliegos y su necesaria vinculación con el objeto del contrato (art. 142.2. LCSP).
- ↳ Los **criterios de adjudicación** podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, **vinculados al objeto del contrato** (145.2. LCSP).
- ↳ Las **condiciones especiales de ejecución** del contrato de carácter social, ético o medioambiental deben estar **siempre vinculadas al objeto del contrato** (art. 202.1. LCSP).

Como vemos la exigencia respecto a la vinculación al objeto del contrato es unánime, resultando indiferente el tipo de cláusula que vayamos a incorporar. En consecuencia, proponemos incluir en el propio objeto del contrato una referencia explícita al respeto de las normativas internacionales sobre derechos humanos y empresas y, de manera específica, a las directrices OCDE sobre diligencia debida en el suministro responsable de minerales. Por ejemplo:

Objeto de contrato

«Suministro de tecnología responsable* en cuya fabricación se han seguido las directrices establecidas por la *Guía de la Diligencia Debida de la OCDE para las Cadenas de Suministro Responsable de Minerales procedentes de Áreas en Conflicto o en Alto Riesgo***»

«Suministro de tecnología responsable en cuya fabricación se han seguido las normativas internacionales relativas a los derechos humanos, tanto las Convenciones Internacionales de

la Organización Internacional del Trabajo como las directrices establecidas por la *Guía de la Diligencia Debida de la OCDE para las Cadenas de Suministro Responsable de Minerales procedentes de Áreas en Conflicto o en Alto Riesgo*»

* Se podría especificar aquí el tipo de dispositivo electrónico (ordenadores, móviles u otros)

** Puede descargarse aquí:

<https://mneguidelines.oecd.org/mining.htm>

1.2. Justificación de las necesidades del expediente

Además, recordamos que la normativa de contratos públicos determina que el pliego de be señalar las necesidades a satisfacer a través de la contratación de las prestaciones correspondientes; y que su relación con el objeto del contrato deberá ser directa, clara y proporcional. Por lo tanto, aconsejamos que, en las necesidades a satisfacer en el expediente, se explicita el siguiente texto u otro similar:

Además del suministro y puesta a disposición de los productos tecnológicos descritos, constituye una prioridad en las necesidades a satisfacer por esta Administración Pública que dichos productos, en caso de contener entre sus componentes minerales procedentes de zonas en conflicto, se hayan fabricado siguiendo las directrices sobre suministro responsable establecidas por la OCDE.

A tal efecto, las empresas suministradoras deberán acreditar el cumplimiento de la diligencia debida por parte de las empresas fabricantes en la cadena de suministro del estaño, el tantalio, el wolframio y el oro que incorporan dichos productos, ya sea mediante una certificación de producto y/o acreditando el cumplimiento de la diligencia debida en los términos fijados por la OCDE para el suministro responsable de minerales procedentes de zonas en conflicto y de alto riesgo.

1.3. Realización de consultas preliminares del mercado

En la primera parte de esta guía hemos explicado qué tipos de pruebas se pueden valorar para acreditar el cumplimiento de la diligencia debida y, en definitiva, garantizarnos que existe un compromiso por parte de las empresas para gestionar los riesgos asociados a posibles vulneraciones de derechos humanos en sus cadenas de suministro.

En esta segunda parte, nos estamos ocupando de resolver las dudas que puedan surgir desde el punto de vista jurídico en relación con las cláusulas y criterios de contratación responsable. Pero también es importante despejar otro tipo de dudas habituales respecto a la oferta existente. ¿Hay alguna empresa que produzca y comercialice un producto (móvil, ordenador u otros) con estas características? ¿Y si exijo estos requisitos se presentará alguien a la licitación? O, por el contrario, ¿No podríamos haber establecido mayores exigencias?

Pues bien, por fortuna, la nueva ley de contratos públicos ha terminado con uno de los tabús existentes: hablar con carácter previo con posibles licitadores. Ahora ya no solo se permite, sino que se alienta a consultar con el mercado con el fin de redactar del mejor modo posible el pliego de licitación. Veamos primero el texto legal y luego analizamos sus posibilidades e implicaciones:

Artículo 115. Consultas preliminares del mercado.

- 1. Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo, en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.*
- 2. El asesoramiento a que se refiere el apartado anterior será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia.*

De las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que, en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas.

3. Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel.

Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas; de no ser así deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior.

La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite.

Extraemos algunas conclusiones:

1. Aconsejamos encarecidamente que el órgano de contratación o la Administración contratante realice consultas preliminares con el mercado con el objetivo de incorporar las cláusulas sobre «diligencia debida en el suministro de minerales en conflicto» más adecuadas a cada licitación que incluya la adquisición de productos electrónicos.
2. De este modo, una vez consultadas las posibles empresas licitadoras o suministradoras, podremos obtener información sobre si las empresas conocen y cumplen las directrices de diligencia debida establecidas por la OCDE, así como si los productos que componen el objeto contractual están manufacturados conforme a dichas directrices.
3. Además, la normativa nos permite también consultar a terceros, expertos o autoridades independientes. Así, ONG como la Fundación **ALBOAN** podrán prestar un servicio de asesoramiento que a buen seguro resultará muy útil.
4. Los requisitos legales los establece el propio articulado, como publicar el objeto de las consultas en el perfil de contratante, los nombres de terceros o asesores externos consultados, así como emitir un informe que formará parte del expediente de contratación sobre las actuaciones y estudios realizados, las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y sus respuestas.
5. El hecho de participar en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite. Aunque, como es obvio, en ningún caso la participación puede suponer una discriminación de la competencia, ni supone ventaja alguna para las empresas participantes en las consultas preliminares.

Contratación del sector público. Consulta preliminar del mercado

Anuncio del [p. ej., Ayuntamiento de ; Gobierno o cualquier otra Administración Pública], por el que se aprueba la convocatoria de consultas preliminares del mercado para el suministro de [xxx móviles, ordenadores, etc.] con destino a [p. ej., cuerpo de bomberos, Parlamento, etc.].

El objeto de las consultas preliminares versará de manera exclusiva sobre el establecimiento de requerimientos, exigencias, características técnicas, etiquetas o certificados, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución relativas a que la producción de [...los terminales móviles, por ejemplo...] se ha realizado siguiendo las directrices de diligencia debida de la OCDE para las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo.

Las consultas preliminares serán abiertas, previa solicitud, a todas aquellas empresas potencialmente licitadoras que deseen participar. Aquellas organizaciones, expertos o autoridades independientes que deseen tomar parte en las consultas preliminares también podrán hacerlo previa solicitud.

Las condiciones de dicha convocatoria pueden consultarse en www.....es

En, a de de 20

1.4. Definición de uno o varios lotes como “Tecnología Socialmente Responsable”

La posibilidad de dividir el contrato en lotes supone otra de las interesantes novedades de la nueva legislación de contratos públicos. Y como vamos a analizar, esta opción se adecua a la perfección y facilita desde un punto de vista técnico nuestro objetivo de promover una tecnología responsable en relación con el suministro de minerales en conflicto.

El artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, como el artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público regulan los lotes. Reproducimos el texto legal:

Artículo 99. Objeto del contrato.

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios.

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

- b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.
4. Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:
- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Analizamos el texto legal:

- ↳ Nos referimos a los lotes cuando fraccionamos un contrato.
- ↳ Y legalmente se consideran tales cuando constituyen por sí mismos una unidad funcional, susceptible de utilización o aprovechamiento separado.
- ↳ Los lotes son plenamente legales y ni siquiera constituyen una excepción, sino más bien la norma, puesto que los poderes adjudicadores deben fraccionar los contratos en lotes o en caso contrario deberán justificar las razones por las que no lo hacen.
- ↳ El órgano de contratación puede decidir el tamaño y el número de los lotes.
- ↳ Los pliegos pueden limitar el número de lotes a los que puede concurrir o resultar adjudicatario un mismo licitador.

Y ahora vamos a su aplicación práctica, planteando dos supuestos:

1. Contratos que implican la compra o suministro de un número elevado de dispositivos tecnológicos.

Una Comunidad Autónoma o Ayuntamiento va a licitar el suministro de cien ordenadores. Nos gustaría que todos los productos tecnológicos a suministrar hayan sido producidos por empresas que cuenten con un sistema de diligencia debida y una política de “minerales en conflicto” en línea con las directrices de la OCDE y así se establezca, pero al menos consideramos que dichas exigencias deberían plantearse sobre un número determinado de terminales.

De este modo, señalaremos un lote con un número mínimo de terminales móviles (¿5, 10, 20?) a suministrar, y lo calificaremos como “Lote de productos tecnológicos (móviles u ordenadores) socialmente responsables”, incorporando en el mismo los criterios de adjudicación que más adelante se indican.

2. Contratos con un objeto mixto o con prestaciones principales y accesorias.

Por ejemplo, un Parlamento va a licitar la contratación de la red de comunicaciones a través de banda ancha, accesos de ADSL, telefonía fija IP y telefonía IP, además del suministro de 50 teléfonos móviles, 50 tablets y 50 ordenadores portátiles.

Por una parte, la prestación contractual se compone de diversos elementos y además varias de las prestaciones no resultan del todo apropiadas para la inclusión de criterios relacionados con el “suministro responsable de minerales” como son la contratación de banda ancha mediante fibra óptica, accesos secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía IP.

En este caso, proponemos que al igual que en el supuesto anterior se realicen diversos lotes sobre el suministro de terminales de telefonía móvil, tablets y ordenadores portátiles como “Lotes de productos tecnológicos socialmente responsables” y estableceremos para los mismos las características señaladas en esta guía.

Para que puedan figurar en este lote los productos deberían contar con la Certificación TCO o equivalente, que acredite que la empresa fabricante cumple con las directrices de la OCDE sobre suministro responsable de minerales; o bien, en el caso de la adquisición de telefonía móvil, se podría valorar la compra de terminales Fairiphone⁶, el único modelo del mercado que ha acreditado el origen del estaño, el tantalio, el wolframio, y el oro que emplean sus componentes.

A través de establecimiento de lotes abordamos de una manera gradual y prudente la compra pública responsable de productos tecnológicos libres de minerales en conflicto, pues nos permite realizar una primera experiencia de la que extraer conclusiones y buenas prácticas como un punto de partida sobre el que desarrollar futuras licitaciones.

Además, el establecimiento de lotes específicos como “tecnología socialmente responsable” nos permite incorporar en una parte pequeña del total del contrato unas determinadas exigencias y características sin afectar a la totalidad de la prestación.

De manera especial podemos incluir criterios de adjudicación que si fueran incorporados a la totalidad de la prestación podrían desvirtuar la adjudicación, pero que aplicados exclusivamente a un lote nos facilitan la obtención de una mejor oferta en términos de responsabilidad social de las empresas en relación a la diligencia debida en la cadena de suministro, y en garantizar las condiciones laborales y los derechos humanos en la extracción, producción y comercialización de los minerales que componen los productos tecnológicos a suministrar.

Anuncio de licitación. Boletín Oficial del País Vasco

“Servicios de telefonía fija, telefonía móvil y datos -banda ancha, adsl, y suministro de terminales móviles para el Parlamento Vasco”

Datos básicos del anuncio

Convocante: Parlamento Vasco

Órgano de contratación: Mesa del Parlamento

Tipo de contrato: Suministro

Tramitación y Procedimiento: Ordinaria y Abierto

Objeto del contrato: Suministro de la red de comunicaciones a través de banda ancha, accesos de ADSL, telefonía fija IP y telefonía IP, además del suministro de 50 teléfonos móviles, conforme a lo especificado en el Pliego de Prescripciones Técnicas particulares

Valor estimado IVA excluido: 70.000,00 €

Plazo presentación de solicitudes de participación u ofertas: Del 06/12/2017 al 23/12/2017

Fecha de publicación: 05/12/2017

Plazo ejecución: 12 Meses.

División por Lotes: Sí, tres lotes.

Lote 1: Telefonía fija e Internet.

Importe lote 1: 38.000,00 €

CPV: 64200000 - Servicios de telecomunicaciones

Lote 2: Telefonía móvil.

Importe lote 2: 10.000,00 Euros

CPV: 64200000 - Servicios de telecomunicaciones

Lote 3: Terminales móviles.

Importe lote 2: 22.000,00 €

CPV: 32250000-0 - Teléfonos móviles

Criterios de adjudicación:

Lotes 1 y 2: único criterio precio. Oferta económica más ventajosa.

Lote 3. Pluralidad de criterios. Criterios objetivos (Oferta económica: hasta 65 puntos.

Criterios sociales: hasta 25 puntos. Criterios medioambientales: Hasta 10 puntos).

Pliegos y documentación complementaria: Pliego de cláusulas telefonía fija-móvil.pdf

Persona de contacto:

Apertura de las ofertas: Dirección, fecha y hora:

6 <https://www.fairphone.com/en/>

2. Incorporación de las cláusulas

Seguimos adelante con el pliego, y tras fijar el objeto contractual, mencionar las necesidades a satisfacer en el expediente, realizar en su caso consultas preliminares o establecer algún lote específico, resulta oportuno fijar las cláusulas más adecuadas para incorporar en los pliegos. Y llegado este momento planteamos dos opciones:

1. Un nivel menos exigente, de forma que las características relacionadas con la «tecnología socialmente responsable» conformen una opción voluntaria para los licitadores, en este caso a través de criterios de adjudicación, a los que las empresas licitadoras podrán o no optar conforme libremente lo consideren.
2. Un nivel exigente, señalando que los criterios que empleamos para definir una «tecnología socialmente responsable» constituye un criterio inexcusable y obligatorio, opción que podremos plantearla bien como una condición especial de ejecución, bien como un criterio de solvencia técnica, y que en ambos casos producirá los mismos efectos.

2.1. Nivel básico de exigencia: criterios de adjudicación

Nos hallamos en una fase crucial del procedimiento de licitación y adjudicación de contratos públicos: la concreción y descripción de los criterios de adjudicación, lo que permitirá evaluar las propuestas de los licitadores y determinar la mejor oferta, es decir, valorar y decidir qué empresa resultará adjudicataria del contrato.

La elección de incorporar el clausulado relacionado con la tecnología responsable en los criterios de adjudicación es estratégica y prudente, y es la opción que aconsejamos por defecto, puesto que:

- f. Por su propia categorización jurídica, los criterios de adjudicación son de carácter voluntario. Es decir, no establecen obligaciones ni estándares mínimos exigentes a las empresas, sino que constituyen un incentivo que premia, en el caso que nos ocupa, a aquellas empresas fabricantes cuyos suministros cumplan las directrices OCDE de debida diligencia en relación con la gestión de riesgos en sus cadenas de suministro, garantizando a la Administración que la contratación de productos electrónicos no vulnera los derechos fundamentales.
- g. Los criterios de adjudicación no exigen del órgano de contratación que realice un exhaustivo estudio de mercado, establezca consultas preliminares o sepa con exactitud si existen productos con dichas características, ya que si existe alguna empresa que presente una propuesta conforme a los criterios de adjudicación establecidos obtendrá la puntuación determinada; pero en caso contrario, ninguna empresa obtendrá ninguna puntuación, en cuyo caso la licitación no se verá en absoluto alterada sino que seguirá su curso igual que si hubiéramos omitido la inclusión de las cláusulas propuestas.
- h. Por último, incluso si se diera el caso de que no existan empresas que oferten productos con las características requeridas o ninguna optase a los puntos establecidos, la incorporación de estos criterios de adjudicación estaría produciendo un efecto positivo, ya que estamos lanzando un mensaje muy importante a las empresas suministradoras, de manera que muchas se verán incentivadas a modificar sus políticas en la cadena de suministro, sabiendo que en futuras licitaciones obtendrán puntos por ello.

En este sentido, la introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación no debería generarnos ningún tipo de dudas desde el punto de vista jurídico o legal. De hecho, la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha extendido su aplicación e incorporado novedades interesantes para el caso concreto.

La vigente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, señala en su artículo 67 de manera inequívoca la posibilidad de incorporar aspectos sociales y medioambientales entre los criterios de adjudicación del contrato. Y así lo señala también el artículo 145 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (la negrita es propia), del que reproducimos sus apartados más significativos:

Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

...

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

*1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, **las características sociales, medioambientales e innovadoras**, y la comercialización y sus condiciones.*

...

*Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las **condiciones laborales y salariales**; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y **la protección de la salud y la seguridad en el trabajo**; **la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social** a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un **comercio equitativo durante la ejecución del contrato**.*

Las alusiones en el articulado de la ley a «las condiciones laborales», «la protección de la salud y la seguridad en el trabajo»; «la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social»; el «comercio equitativo», etc.; encajan literalmente con nuestra propuesta puesto que la Guía OCDE sobre suministro responsable de minerales identifica y ofrece medidas específicas para gestionar los riesgos vinculados a estas vulneraciones de derechos humanos.

La Ley 9/2017, aporta interesantes novedades y aclara algunas cuestiones destacables:

1. Tal como hemos analizado anteriormente, **la nueva ley sigue exigiendo una vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, pero define o matiza el alcance de dicha vinculación, con el propósito de evitar interpretaciones restrictivas.** En este sentido, se considera que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato “cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida” (art. 145.6). Es decir, incluye así cualquier cuestión relacionada con las prestaciones contractuales, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida incluso cuando no formen parte de su sustancia material, en el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.
2. Se ha superado el concepto de «oferta económicamente más ventajosa» que en muchas ocasiones ha generado problemas e informes negativos a la hora de incorporar criterios sociales y medioambientales,

pues se exigía de estos que tuvieran una traslación económica y supusieran una mejor oferta en términos monetarios.

No obstante, debemos recordar que el concepto de «oferta económicamente más ventajosa» ha sido sustituido en la Directiva 2014/24/UE, así lo explicita en su Considerando 89: **«Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la “oferta económicamente más ventajosa” en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad- precio»».**

En efecto, la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha asumido como propia la nueva concepción, ha eliminado la expresión «oferta económicamente más ventajosa» y ha incluido en el artículo 145.1 como concepto clarificador que **«La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio»**, en plena sintonía con la Directiva Comunitaria.

3. Por último, queremos hacer una alusión a los dos principales tipos de criterios de adjudicación que establece la normativa de contratos públicos: criterios objetivos (o cuantitativos, o aritméticos, o matemáticos, o automáticos); y criterios subjetivos (o cualitativos, o sujetos a juicio de valor).

En esta guía y para la aplicación de aspectos sociales relacionados con una tecnología responsable, vamos a proponer criterios objetivos o automáticos en los términos que plantea el artículo 146.2 de la LCSP:

“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”.

Esta opción es clave: es muy importante que facilitemos su trabajo a los órganos de contratación y a las mesas de contratación para poder evaluar los criterios propuestos sin necesidad de disponer de un conocimiento complejo en la materia, y sin necesidad de nombrar a un comité formado por expertos con cualificación apropiada que cuente con un mínimo de tres miembros, o a un organismo técnico especializado como señala el artículo 146.2.a) de la LCSP. Ello no obsta, a que si la mesa de contratación lo estima oportuno pueda solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la LCSP.

Por lo tanto, los criterios que a continuación se plantean, que podrán ser incorporados a los pliegos son todos ellos de carácter objetivo o automático, de manera que al órgano o la mesa de contratación les resultará muy sencillo su evaluación y valoración. Consiste en algo tan sencillo como que si el licitador se compromete a aportar los documentos solicitados (certificación, declaración responsable u otros medios de acreditar el cumplimiento de la diligencia debida) se otorgue la puntuación prevista y no se conceda dicha puntuación en caso contrario.

Para facilitar el acceso a esta información, la Comisión Europea, en vista s a la implementación del Reglamento EU 2017/821 sobre suministro responsable de minerales, ha anunciado la creación de una Base de Datos de Transparencia donde las empresas fabricantes y otras podrán subir la información relativa a su cumplimiento de la diligencia debida. Se espera que esté en funcionamiento a partir de 2019.

Propuesta de redacción

Conforme al artículo 145 de la Ley de Contratos del Sector Público se incorporan al presente contrato criterios sociales y medioambientales de adjudicación del contrato con el objetivo de garantizar una diligencia debida en la cadena de suministro de minerales (estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro) procedentes de zonas en conflicto (o en alto riesgo) entre las empresas licitadoras que importen, fabriquen o distribuyan productos electrónicos en el mercado de la Unión Europea.

1. Se otorgará hasta 5 puntos a la empresa licitadora que acredite mediante los medios señalados más abajo que en la fabricación del suministro u objeto contractual se han seguido las directrices de diligencia debida establecidas en la Guía OCDE sobre suministro responsable de minerales.
2. La obtención de la puntuación será acumulativa, pudiendo las empresas licitadoras optar a uno, varios o todos de los siguientes sub-criterios. En concreto, se obtendrá la puntuación que corresponde por acreditar cada uno de los siguientes tres requisitos en la forma especificada:
 - 2 puntos cuando la empresa fabricante posea una política de gestión responsable de cadenas de suministro globales de minerales procedentes de zonas en conflicto o en alto riesgo como la que aparece en el Anexo II de la Guía OCDE o alineada con las legislaciones vinculantes de suministro responsable de minerales en conflicto (como el Reglamento UE 2017/821); o bien, en el caso de los productos que son objeto del contrato, una certificación TCO Certified o equivalente.

La información que se emplee para acreditar esta cuestión deberá ser de acceso público y estar colgada en la Base de Datos

de Transparencia dispuesta por la Comisión Europea cuando esta esté lista (se espera que sea a partir de 2019).

- 2 puntos cuando se acredite que la empresa fabricante participa en alguno de los programas industriales alineados con las directrices OCDE de diligencia debida para el suministro responsable.

Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa en alguno de los programas industriales establecidos por iniciativas multistakeholder como el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), la Responsible Minerals Initiative (RMI), el Better Sourcing Programme (BSP) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente reconocida como tal por la Comisión Europea (se espera que se haga pública dicha lista a partir de 2019).

- 1 punto cuando la empresa fabricante apoye financieramente algún programa o iniciativa de abastecimiento responsable en cualquiera de las áreas de conflicto o en alto riesgo en las que se abastece, con el objetivo de mejorar las condiciones sociales y económicas de quienes trabajan en la mina y de las comunidades locales, así como para garantizar cadenas de suministro verificables y fomentar la gobernanza minera en la región.

Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa fabricante en alguno de los programas emprendidos con este fin, como los proyectos financiados por el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), el Better Sourcing Programme (BSP), Solutions for Hope (SfH) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente.

El texto propuesto para este nivel básico de exigencia resulta muy similar al que plantearemos en el siguiente apartado, cuando discutamos la introducción de las condiciones especiales de ejecución. Es así y tiene una lógica, ya que planteamos dos opciones para los órganos de contratación: que dichos compromisos sean obligatorios para todos los licitadores (condición especial de ejecución), o bien que se conformen como criterios de adjudicación y de esta forma tengan carácter voluntario, correspondiendo a los licitadores decidir si asumen o no los compromisos planteados, lo que implicará la obtención o no de la puntuación prevista.

2.2. Nivel máximo de exigencia: criterios obligatorios

La segunda de las opciones a la hora de redactar los pliegos es establecer obligaciones inexcusables para todos los licitadores, y podremos hacerlo a través de una doble vía:

- ↳ **Como una condición especial de ejecución**, de forma que por el hecho de presentarse a la licitación todas las empresas licitadoras aceptan expresamente las cláusulas relacionadas con la tecnología responsable, por lo que posteriormente la empresa adjudicataria deberá preceptivamente cumplirlas al ejecutar o prestar el contrato.
- ↳ **Como un requisito de solvencia técnica**, en cuyo caso solamente las empresas que ya cumplan con carácter previo con las exigencias señaladas podrán ser admitidas en la licitación.

Desde el punto de vista práctico y considerando el carácter obligatorio de este apartado, conviene realizar una advertencia:

Estamos señalando un nivel elevado de exigencia, por lo que debemos tener muy clara la oportunidad y la proporcionalidad, ya que las cláusulas que apliquemos serán de obligado cumplimiento.

Por lo tanto, deberemos asegurarnos de que existan empresas licitadoras que puedan cumplir.

2.2.1. Como una condición especial de ejecución

La legalidad respecto a las condiciones especiales de ejecución de carácter social y ambiental es indiscutible, y está expresamente señalada en la legislación de contratos públicos. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, lo regula en su artículo 70, mientras que la Ley de Contratos del Sector Público lo hace en el artículo 202, cuyo texto es el siguiente (la negrita es propia):

Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Resultando por completo obvia la legalidad de las condiciones especiales de ejecución, también comprobamos cómo algunos de los supuestos que señala el articulado encajan a la perfección con la incorporación de exigencias relativas a la trazabilidad, la diligencia debida, y las condiciones de las personas trabajadoras que extraen los minerales en conflicto que serán utilizados en los productos tecnológicos:

- ⇒ Garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.
- ⇒ Garantizar una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Condiciones especiales de ejecución del contrato

Conforme al artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público se incorporan al presente contrato condiciones especiales de ejecución de carácter social con el objetivo de garantizar una diligencia debida en la cadena de suministro de minerales (estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro) procedentes de zonas en conflicto (o en alto riesgo) entre las empresas licitadoras que importen, fabriquen o distribuyan productos electrónicos en el mercado de la Unión Europea.

1. La empresa licitadora deberá acreditar mediante los medios señalados más abajo que en la fabricación del suministro u objeto contractual se han seguido las directrices de diligencia debida establecidas en la Guía OCDE sobre suministro responsable de minerales.
2. La acreditación deberá referirse al menos a uno de los siguientes contenidos:

- Que la empresa fabricante posee una política de gestión responsable de cadenas de suministro globales de minerales procedentes de zonas en conflicto o en alto riesgo como la que aparece en el Anexo II de la Guía OCDE o alineada con las legislaciones vinculantes de suministro responsable de minerales en conflicto (como el Reglamento UE 2017/821); o bien, en el caso de los productos que son objeto del contrato, una certificación TCO Certified o equivalente.

La información que se emplee para acreditar esta cuestión deberá ser de acceso público y estar colgada en la Base de Datos de Transparencia dispuesta por la Comisión Europea

cuando esté lista (se espera que sea a partir de 2019).

- Que la empresa fabricante participe en alguno de los programas industriales alineados con las directrices OCDE de diligencia debida suministro responsable.

Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa en alguno de los programas industriales establecidos por iniciativas multistakeholder como el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), la Responsible Minerals Initiative (RMI), el Better Sourcing Programme (BSP) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente reconocida como tal por la Comisión Europea (se espera que se haga pública dicha lista a partir de 2019).

- Que la empresa fabricante apoye financieramente algún programa o iniciativa de abastecimiento responsable en cualquiera de las áreas de conflicto o en alto riesgo en las que se abastece, con el objetivo de mejorar las condiciones sociales y económicas para los mineros y las comunidades locales, así como para garantizar cadenas de suministro verificables y fomentar la gobernanza minera en la región.

Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa fabricante en alguno de los programas emprendidos con este fin, como los proyectos financiados por el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), el Better Sourcing Programme (BSP), Solutions for Hope (SfH) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente.

2.2.2. Como un criterio de solvencia técnica

Si bien las condiciones especiales de ejecución antedichas deben cumplirse y acreditarse una vez adjudicado el contrato, la opción por establecer un criterio de solvencia técnica posee carácter previo, pues implica una condición *sine qua non* para que la empresa sea admitida y pueda participar en la licitación.

Al respecto, debemos destacar que la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, ha incorporado una interesante novedad, que resulta directa y absolutamente relacionada con la cuestión que nos atañe:

Artículo 89. Solvencia técnica en los contratos de suministro.

1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:

g) Indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministro, incluidos los que garanticen el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, y de seguimiento que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

Que la legislación reconozca como un criterio de solvencia técnica los sistemas de gestión de la cadena de suministro que garanticen el cumplimiento de los derechos fundamentales es sin duda un avance y una garantía jurídica. Y respalda nuestra propuesta puesto que son sistemas como el que propone la Guía OCDE sobre la diligencia debida.

No obstante, aunque la legalidad está fuera de toda discusión, reiteramos que su inclusión en los pliegos debe realizarse siempre bajo un estricto criterio de prudencia, en particular cuando:

- ⇨ Tenemos la seguridad de que la oferta en el mercado garantiza la oferta de productos con las características indicadas. Recordamos al respecto la utilidad de las consultas preliminares del mercado.
- ⇨ Hayamos calificado un lote como “tecnología socialmente responsable” y los criterios de solvencia técnica afecten a una parte muy concreta y parcial de la totalidad del contrato, y además sepamos con seguridad que existe oferta en el mercado con las características y requisitos exigidos.
- ⇨ Conforme vayamos avanzando hacia una contratación pública responsable, hayamos adjudicado ya un pliego con estos criterios y una vez evaluada la experiencia quepa considerar que es posible avanzar en el nivel de exigencia.

Propuesta de redacción:

Como un criterio de solvencia técnica.

1. Conforme al artículo 89.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público se incorporan al presente contrato un requisito de solvencia técnica de carácter social con el objetivo de garantizar una diligencia debida en la cadena de suministro de minerales (estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro) procedentes de zonas en conflicto (o en alto riesgo) entre las empresas licitadoras que importen, fabriquen o distribuyan productos electrónicos en el mercado de la Unión Europea.
2. Para participar en la licitación, las empresas licitadoras deberá acreditar mediante los medios señalados más abajo que en la fabricación del suministro u objeto contractual se han seguido las directrices de diligencia debida establecidas en la Guía OCDE sobre suministro responsable de minerales.
3. Dicha acreditación podrá realizarse por cualquiera de los siguientes medios:
 - Certificación de que la empresa fabricante posee una política de gestión responsable de cadenas de suministro globales de minerales procedentes de zonas en conflicto o en alto riesgo como la que aparece en el Anexo II de la Guía OCDE o alineada con las legislaciones vinculantes de suministro responsable de minerales en conflicto (como el Reglamento UE 2017/821); o bien, en el caso de los productos que son objeto del contrato, una certificación TCO Certified o equivalente. La información que se emplee para acreditar esta cuestión deberá ser de acceso público y estar colgada en la Base de Datos de Transparencia dispuesta por la Comisión Europea

cuando esté lista (se espera que sea a partir de 2019).

- Que la empresa fabricante participa en alguno de los programas industriales alineados con las directrices OCDE de diligencia debida para el suministro responsable.

Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa en alguno de los programas industriales establecidos por iniciativas multistakeholder como el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), la Responsible Minerals Initiative (RMI), el Better Sourcing Programme (BSP) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente reconocida como tal por la Comisión Europea (se espera que se haga pública dicha lista a partir de 2019).

- Que la empresa fabricante apoye financieramente algún programa o iniciativa de abastecimiento responsable en cualquiera de las áreas de conflicto o en alto riesgo en las que se abastece, con el objetivo de mejorar las condiciones sociales y económicas para quienes trabajan en la mina y las comunidades locales, así como para garantizar cadenas de suministro verificables y fomentar la gobernanza minera en la región.

A tal efecto se podrá acreditar la participación de la empresa fabricante en alguno de los programas emprendidos con este fin, como los proyectos financiados por el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), el Better Sourcing Programme (BSP), Solutions for Hope (SfH) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente.

3. Establecimiento de penalidades y sistemas de verificación Comunicación y publicación.

Los pliegos de cláusulas conforman la referencia principal en los procesos de contratación y debemos redactar e incluir en el mismo todas aquellas cuestiones que resultan fundamentales para la correcta ejecución y control de las cuestiones sociales y ambientales. Todo aquello que no figure en el mismo o no redactemos debidamente será papel mojado *a posteriori*.

En consecuencia, proponemos el siguiente decálogo pautado:

1.	Cada cláusula incorporada deberá ser precisa y contener obligaciones o compromisos específicos, concretos y verificables .
2.	Cada cláusula deberá ir acompañada en el pliego de su correspondiente sistema y momento de verificación . Por lo tanto, ya en el propio pliego incluiremos el texto correspondiente indicando que el cumplimiento de cada cláusula deberá acreditarse con una determinada documentación que deberá presentarse en un plazo preestablecido.
3.	Aconsejamos que todas las cláusulas relacionadas con la «tecnología socialmente responsable», ya sean condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación, se califiquen como obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 de la LCSP. Esto nos permite en primer lugar advertir a los licitadores que su cumplimiento es inexcusable y además que su incumplimiento puede conllevar la rescisión del contrato, conforme se establece para las obligaciones esenciales.
4.	Además, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) debe fixar las consecuencias del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución o de los criterios de adjudicación, señalando que, en caso de incumplimiento de las cláusulas relacionadas con la tecnología socialmente responsable, el órgano de contratación podrá optar por imponer penalidades hasta de un 10 por ciento del precio del contrato, o por resolver el mismo (artículo 192 LCSP).
5.	Debemos designar al responsable del contrato con la función de verificar la correcta prestación contractual respecto a los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución de carácter social asumidas por el contratista de conformidad con lo que disponga el contrato.
6.	En caso de incumplimiento la persona responsable del contrato habrá de informar al órgano de contratación sobre los posibles incumplimientos de las obligaciones previstas, y si procede, proponer el inicio del procedimiento de imposición de penalizaciones o de resolución del contrato.
7.	La incorporación de criterios sociales debe siempre realizarse bajo principios de transparencia, proporcionalidad, libre concurrencia e igualdad de trato . Pero además constituye un compromiso hacia la ciudadanía, de manera que supone un deber el publicar y dar a conocer los compromisos y obligaciones que una empresa adjudicataria tiene en materia social y ambiental respecto a la ejecución de un contrato público.

8.	De este modo, y si advertimos en los pliegos que todos los compromisos y obligaciones en materia social y ambiental serán públicos, además de velar por la observancia de los principios antedichos, conseguimos de forma añadida que todos los licitadores tomen nota desde el principio que las cláusulas sociales y ambientales van en serio y que se les exigirá acreditar su efectivo y correcto cumplimiento.
9.	Por lo tanto, se propone la publicación de todos los compromisos y obligaciones sociales y ambientales, de forma clara, visible y accesible en el anuncio de licitación y en el perfil del contratante.
10.	La publicación y comunicación de estas obligaciones sociales nos proporciona un plus de garantía y verificación, pues cualquier persona, ONG o Asociación podrá informar o denunciar ante el órgano de contratación a una empresa del ámbito tecnológico cuando tenga constancia que haya asumido determinados compromisos u obligaciones, pero exista constancia de su incumplimiento. De este modo hacemos partícipe a la sociedad civil de avanzar hacia una tecnología socialmente responsable.

**DESCUBRE LA CONEXIÓN ENTRE TU MÓVIL
Y LA VIOLENCIA EN EL CONGO**



LO QUE TU MÓVIL ESCONDE



GRAN ESTRENO EN:

WWW.TECNOLOGIALIBREDECONFLICTO.ORG

UNA CAMPAÑA DE:



ALBOAN

POR UNA:



**TECNOLOGÍA
LIBRE DE
CONFLICTO**

ONGD promovida por los Jesuitas
www.alboan.org

www.tecnologialibredeconflicto.org