

'n Wending in voorkeurverkryging

A turn in preferential procurement

J.C. PAUW

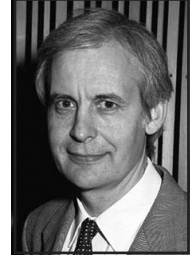
Departement Publieke Administrasie,
Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria
E-pos: kerneels@intekom.co.za

MARIKA VAN DER WALT

Centurion
E-pos: marikav@law.co.za



Marika van der
Walt



Koos Pauw

MARIKA VAN DER WALT is 'n advokaat van Centurion. Sy stel belang in die verwesenliking van die grondwetlike waarde die “bereiking van gelykheid”, waarop Suid-Afrika ingevolge artikel 1 van die *Grondwet* van 1996 gegrond is. Sy het in 2011 die LLD-graad aan die Noordwes-Universiteit verwerf nadat sy 'n proefskrif met die titel “The concept ‘beneficial use’ in South African water law reform” ingedien het. Die *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* het so pas 'n artikel met die titel “The concept ‘beneficial use’ as a limitation of the right to use water” wat Marika en haar studie-leier, prof. Gerrit Pienaar, geskryf het vir publikasie aanvaar. Voordat sy die Balie-eksamen in 1995 geslaag het, het sy aan die Vaaldriehoekse Technikon in mediareg klas gegee. Sy het ook in die laat 1980's 'n paar jaar as 'n joernalis by die koerant *Beeld* gewerk. Haar praktyk draai tans grootliks om waterreg.

MARIKA VAN DER WALT is an advocate from Centurion. She is interested in the realisation of the constitutional value of the achievement of equality in section 1 of the *Constitution* of 1996 on which South Africa was founded. She obtained the degree LLD at North-West University in 2011. Her thesis was entitled “The concept ‘beneficial use’ in South African water law reform”. The *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* has recently published an article entitled “The concept ‘beneficial use’ as a limitation of the right to use water”, written by Marika and her study leader, Prof. Gerrit Pienaar.

Before passing the Bar exam in 1995, Marika taught media law at the then Vaal Triangle Technikon. She was employed as a journalist by the newspaper *Beeld* in the late 1980's. Her practice currently focuses on water law.

KOOS PAUW is emeritus professor aan Unisa. Hy was daar dosent in Publieke Administrasie van Januarie 1995 tot Junie 2012. Hy het onder professor P G W du Plessis in die Filosofie gepromoveer met 'n proefskrif getiteld *Die Filosofie en die bewerking van kontekste*.

Na 15 jaar as dosent word hy in 1985 'n staats-amptenaar en dien vir net minder as tien jaar in die staatsdiens. Met die onderhandelinge rondom die 1993-grondwet het hy 'n rol gespeel in die uitwerk van die taalklausule en die vind van 'n nuwe vlag vir Suid-Afrika. Die Regering van Nasionale Eenheid het hom in 1994 aangewys as waarnemende Direkteur-generaal van die nuwe Departement van Kuns, Kultuur, Wetenskap en Tegnologie.

KOOS PAUW is emeritus professor at Unisa where he lectured in Public Administration from January 1995 to June 2012. When he was a lecturer in Philosophy at the Rand Afrikaans University during the eighties he completed his doctoral studies under Prof P G W du Plessis with a thesis providing an epistemological account of the nature of Philosophy.

After lecturing in Philosophy for 15 years he joined the public service in 1985 where he worked for close on 10 years. He played a key role in drafting the language clause in the 1993 Constitution and finding a flag for the new South Africa during the negotiations for a democratic dispensation at Kempton Park. In 1994 the Government of National Unity appointed him as acting Director-General for

<p>Resente navorsing het gehandel oor die verhouding tussen 'n tesourie en 'n wetgewer binne die verband van die administrasie van openbare finansies. Hy het pas weer met doseerwerk in die Filosofie begin.</p>	<p>the newly established Department of Arts, Culture, Science and Technology. Recent research dealt with the relationship between a treasury and a legislature within the context of public financial management. He has just recently resumed teaching Philosophy.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ABSTRACT

A turn in preferential procurement

In this article the authors analyse and evaluate new preferential procurement regulations by the South African Minister of Finance that came into force on 7 December 2011. The authors accept that preferential procurement is necessary in the light of past discrimination against certain groups, including women, but maintain that the constitutional vision of non-racism and non-sexism sets limits to affirmative action. This vision was at the core of the struggle for a democratic South Africa. The Constitution of the Republic of South Africa, 1996, is analysed as background to the legislation governing preferential procurement. Section 217 of the Constitution governs state procurement. This provision authorises preferential procurement and lays down the principles of public procurement, namely fairness, equitability, transparency, competitiveness and cost-effectiveness. However, section 9 dealing with equality must also be brought into the equation. In terms of section 9, equality also means the ability to fully enjoy the benefits associated therewith. Equality between sexes and races is crucial. Affirmative action aims to achieve a greater degree of substantive equality in the long term. The Constitutional Court provided guidance in this regard in the 2004 judgement in the case of Minister of Finance v Van Heerden. The Preferential Procurement Policy Framework Act of 2000 provides for the possibility of affirmative action to advance or promote persons that were discriminated against on the grounds of race, sex and disability. However, in terms of the new regulations the preference points that a bidder may gain are calculated solely by utilising the score that the bidder achieves in terms of another law, namely the Broad-based Black Economic Empowerment Act of 2003 and its Codes of Good Practice. The article sets out the fundamentals of the Codes of Good Practice and how the scores of entities are calculated and then transcribed into preference points in terms of the regulations under consideration. The preference points (with maxima of 10 or 20 as the case may be) are utilised in formulae to level the playing field in government procurement. The new method to calculate preference points means that white women as a group are in a worse position than before. In the past they could earn preference points because of their sex when bidding for contracts. Their ability to compete in the market has now been reduced. The authors argue that sufficient reasons exist to still protect or advance white women. One reason is the underrepresentation of women in the higher echelons of the labour market. The constitutional project is set back when attempts to achieve racial equality function to the detriment of the non-sexist vision of the Constitution. Ironically white men may have gained ground in comparison to white women. Other problems with the new regulations are also identified in the article. The functionality of bids, so necessary in the light of sections 217 and 195(2) of the Constitution is relegated to a mere necessary condition in the evaluation of bids. In this regard the authors are of the opinion that the Minister of Finance did not give full effect to the judgement in the case Sizabonke Civills CC t/a Pilcon Projects v Zululand District Municipality 2011. The tables translating BBBEE scores into preference points are also SMME unfriendly and are not in accordance with the way in which BBBEE scores are

calculated in the Codes. For white women and white disabled people preferential procurement in South Africa has taken a turn for the worse. The concern is that other groups might also be excluded from the fruits of preferential procurement in future. The article concludes by indicating two topics for further research: namely the reasons underlying the way the regulations were formulated and the relationship between formal and substantive equality in affirmative action.

KEY CONCEPTS: Preferential procurement, equality, affirmative action, broad-based black economic empowerment, non-sexism, the position of women, functionality of bids

TREFWOORDE: Voorkeurverkryging, gelykheid, regstellende optrede, omvattende swart ekonomiese bemagtiging, nieseksisme, die posisie van die vrou, funksionaliteit van tenders

OPSOMMING

In hierdie artikel ontleed en evalueer die skrywers nuwe regulasies oor voorkeurverkryging wat deur die Minister van Finansies uitgevaardig en wat in Desember 2011 van krag geword het. Die skrywers gaan van die standpunt uit dat voorkeurverkryging wanneer die staat koop, geregverdig is in die lig van die benadeling van sekere kategorieë mense in die verlede, maar dat regstellende stappe deur die grondwetlike visie van nierassigheid en nieseksisme begrens behoort te word. Die wetgewende agtergrond tot die nuwe regulasies word ontleed aan die hand van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996*. Die nuwe regulasies verskil van die voorheen geldende regulasies deurdat die bydrae van 'n besigheid tot omvattende swart ekonomiese bemagtiging nou die enigste grond word waarop dit voorkeerpunte kan verdien wanneer dit met die staat sake doen. Dit beteken dat die vermoë van wit vroue om in die mark te kompeteer beslis agteruitgegaan het, omdat hulle nou voorkeerpunte verbeur waarop hulle vroeër aanspraak kon maak. Die rede hiervoor is die rasgedrewe aard van beleidvoering. Dit veroorsaak dat die nuwe regulasies nie aan die nieseksistiese gees van die Grondwet voldoen nie. Benewens die agteruitgang van die posisie van wit vroue word ander gebreke in die betrokke ondergeskikte wetgewing ten opsigte van funksionaliteit en die bevordering van kleinsake uitgelig.

1. INLEIDING

Bestaan daar nog by die Regering 'n groter visie van 'n nierassige, nieseksistiese samelewing, ingevolge waarvan elke persoon erken en behandel moet word as 'n mens van gelyke waarde en waardigheid? So 'n visie stel perke aan regstellende optrede.

Ingevolge die uitspraak van die Konstitusionele Hof in die *Van Heerden-saak*, wat ons weldra gaan bespreek, behoort regstellende stappe nie sodanige wesentlike en onverdiende nadeel aan diegene op te lê wat daarvan uitgesluit is, dat dit dié grondwetlike visie op die lang termyn bedreig nie. Wit vroue word egter nou van regstellende stappe by voorkeurverkryging uitgesluit. Tot 7 Desember 2011 het wit vroue ingevolge regulasie 1(h) van die 2001-regulasies (South Africa 2001) van die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5 van 2000* (Suid-Afrika 2001) getel onder die groep mense wat voorkeur kon kry by die toekenning van staatskontrakte. Die grond hiervoor was dat daar in die verlede teen hulle gediskrimineer is as vroue. Die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid* (artikel 2(1)(d)(i)) laat staatsorgane toe om punte toe te ken vir die bereiking van bepaalde doelwitte waarby kontraktering met persone, wat in die verlede deur onbillike diskriminasie benadeel is op grond van ras, geslag of gestremdheid, inbegryp

is. Die regulator verwys nou egter net na swart ekonomiese bemagtiging as die primêre doelwit van voorkeurverkryging (South Africa 2011: reg 5(2) en reg 6(2)). Kontraktering met vroue of gestremdes word net bevorder waar die bevoorreedes swart is. Hoewel die wet dus die bevordering van kontraktering met wit vroue of wit gestremdes toelaat, het die regulator 'n keuse daarteen uitgeoefen.

Die vermoë van wit vroue en gestremdes om regeringskontrakte te verkry het dus verswak en die ideaal van 'n nierassige, nieseksistiese samelewing, waarin elke persoon erken en behandel moet word as 'n mens van gelyke waarde en waardigheid het 'n knou gekry. Die verwydering van die voorkeur wat voorheen aan wit vroue gegee is by die verkryging van kontrakte is teleurstellend in die lig van die klem wat die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna "Grondwet") op die verwydering van diskriminasie teen vroue plaas. Die verwydering van diskriminasie teen vroue is trouens 'n internasionale noodsaaklikheid.

In hierdie artikel word die betekenis en toepassing van die regulasies teen die agtergrond van die grondwetlike eis van die bereiking van gelykheid bespreek. Benewens die posisie van wit vroue, gee ons 'n ontleding van die wetgewende agtergrond, met inbegrip van die Grondwet, en analiseer die tegniese werking van die regulasies. Die toepassing van die begrip *funksionaliteit* in die regulasies, wat dui op die kwaliteit van die tender en die vermoë van 'n tenderaar om die kontrak uit te voer, word ook nagegaan. Ons metode is vertolkingskundig (hermeneuties) en beoordelend.

2. AGTERGROND ... MET DIE KLEM OP DIE GRONDWET

Die oogmerk van 'n nieseksistiese en nierassige samelewing blyk uit die staanspoor uit die Grondwet. Artikel 1 van die Grondwet van 1996 lui dat die Republiek van Suid-Afrika een soewereine, demokratiese staat is wat onder meer gegrond is op die waardes van menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en nierassigheid en nieseksisme. (Die waarde van gelykheid tussen mans en vroue blyk ook uit artikel 2 van die Verdrag van die Europese Unie (European Union 2004:17)). Een van die kernideale in die aanhef tot die Grondwet is dat Suid-Afrika behoort aan almal wat daarin woon, verenig in ons verskeidenheid. 'n Ander een is dat die Grondwet aangeneem word om die verdeeldheid van die verlede te heel en 'n samelewing gegrond op demokratiese waardes, maatskaplike geregtigheid en basiese menseregte te skep. 'n Mens moet onthou dat vroue, net soos swartmense, maar nie in dieselfde mate nie, ook tradisioneel as minderwaardig beskou is. Dit sluit natuurlik wit vroue in. Daar het ook die persepsie bestaan dat politieke partye so te sê uitsluitlik mans gekies het om hulle by CODESA te verteenwoordig. Die persepsie van die uitsluiting van vroue van die onderhandelingsstafel was 'n belangrike rede wat aanleiding gegee het tot die stigting van die Women's National Coalition (Hassim 2002:13) wat vroue van alle politieke partye verenig het in hul strewe om gelyke regte vir vroue te beding. Wit vroue en swart vroue het dus saam die idee van gelyke geleenthede in die nuwe bedeling aangegryp.

Die idee van gelyke geleenthede is vantevore op 'n treffende wyse tydens sy verhoor deur Nelson Mandela geopper:

I have fought against white domination, and I have fought against black domination. I have cherished the ideal of a democratic and free society in which all persons live together in harmony and with equal opportunities. It is an ideal which I hope to live for and to achieve. But if needs be, it is an ideal for which I am prepared to die. (Mandela 2011 (1964))

Wat dit so treffend maak, is dat gelyke geleenthede die ideaal is. Die vyand is wit oorheersing en die vyand is swart oorheersing. Oorheersing van een groep deur 'n ander is onversoenbaar met die ideaal van gelyke geleenthede. Wat problematies in Suid-Afrika is, is dat die wit minderheid die swart meerderheid onderdruk het en dat daar 'n noodsaak vir regstellende stappe is, maar dat die gevaar bestaan dat die swart meerderheid die wit minderheid mettertyd kan verdruk.

Die eintlike vraag is hoe 'n mens gelykheid bereik in 'n samelewing wat so ongelyk soos ons s'n is. Die blote verbod op diskriminasie op grond van geslag soos vervat in artikel 9(3) van die Grondwet behels onder meer 'n siening van geregtigheid en dus gelykheid wat met prosesse in die hier en die nou handel, oftewel formele gelykheid. Die doel van regstellende stappe om, aan die ander kant, substantiewe gelykheid te bereik soos wat ingevolge artikel 9(2) van die Grondwet toegelaat word, behels by implikasie die bereiking van die ideaal van 'n nierassige en nieseksistiese samelewing. Dit impliseer toevallig ook die moontlikheid dat sekere stappe mettertyd sal uitfaseer. 'n Mens sou dink dat die uitfasering van bestaande regstellende stappe ten gunste van, byvoorbeeld, wit vroue slegs kan geskied indien dit aan sekere vereistes voldoen. Wetgewing gee nie leiding wat dit betref nie. Wanneer dit kom by sosiale manipulasie ("social engineering") soos die *Broad-Based Black Economic Empowerment Act 53* van 2003 (hierna genoem die *Wet op Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging of OSEB*), die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5* van 2000 en die *Employment Equity Act 55* van 1998 (hierna genoem die *Wet op Billike Indiensneming*), moet 'n mens na die uitwerking van die betrokke regstellende maatreëls kyk. Bereik dit die ideale van die Grondwet?

In die saak van *Minister of Finance v Van Heerden* 2004 6 SA 121 (CC) para 44 het regter Moseneke beslis dat 'n beampte moet kyk na die uitwerking van die maatreël in die konteks van die samelewing as geheel. Die beampte sou moes vra: Sal die maatreël op die duur die bereiking van gelykheid bevorder? Sal dit bydra tot 'n nierassige, nieseksistiese samelewing waarin elke persoon erken en behandel sal word as 'n mens van gelyke waarde en waardigheid? Regter Moseneke het verduidelik dat dit sentraal tot hierdie visie is dat Suid-Afrikaners erken dat hulle in 'n samelewing met 'n verskeidenheid lewe, wat bestaan uit mense van verskillende rasse, verskillende tale, verskillende gelowe en al twee geslagte. Alle vroue, ook wit vroue, behoort dus 'n plek in die samelewing te hê. Volgens die regter is verskeidenheid en ons gelykheid as burgers iets wat die Grondwet vier en beskerm. Die konkrete begrensing van regstellende stappe bestaan eerstens daaruit dat 'n maatreël nie magsmisbruik moet daarstel nie. Dit moet tweedens ook nie sulke wesentlike en onverdiende nadeel aan diegene wat daarvan uitgesluit is, oplê dat die grondwetlike doelwit op die lang termyn daardeur bedreig sal word nie. Dit geld vir ras, geslag en ander vorms van diversiteit. Die groot gevaar wanneer wit vroue van voorkeurverkryging uitgesluit word, is na ons mening dat sodanige wesentlike en onverdiende nadeel (om die woorde van Regter Moseneke te gebruik) aan wit vroue opgelê word dat die grondwetlike doelwit van nieseksisme op die lang termyn daardeur bedreig sal word. Die voorkeur wat wit vroue onder die vervangde regulasies geniet het, was geregverdig omdat daar histories op onbillike wyse teen hulle gediskrimineer is. Die nuwe voorkeurverkrygingsregulasies sal na ons mening nie daartoe bydra dat wit vroue gehelp word om al hul regte en vryhede ten volle te kan geniet soos wat met die begrip "gelykheid" in die Grondwet bedoel word nie (sien artikel 9(2)). Daar bestaan ook 'n gevaar, hoe gering ook al, dat die beskerming van swart vroue deur regstellende stappe ook mettertyd in die gedrang kan kom.

Tans kan benadeelde groepe staatmaak op twee artikels in die Grondwet wat 'n spesifieke rol speel in die afdwing van substantiewe gelykheid in staatsverkryging. Hierdie artikels magtig wetgewing wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Ingevolge artikel 9(2), waarna flussies verwys is, kan wetgewende en ander maatreëls getref word ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder.

Gelykheid word in die subartikel soos volg omskryf: “Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in”. Dit is hierdie grondwetlike bepaling wat die regstellende stappe magtig wat deur die *Wet op Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging* meegebring word. Die wet bevat ook bepalings oor verkryging.

Op sy beurt bepaal artikel 217 van die Grondwet dat staatskontrakte toegeken mag word volgens ’n verkrygingsbeleid wat sekere kategorieë van voorkeur bevat en wat persone of kategorieë van persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, beskerm of bevorder. Bevoordeling of beskerming moet egter steeds aan die eise van billikheid voldoen. Billikheid in hierdie konteks beteken ’n regverdige deel of aandeel (Pauw & Wolvaardt 2009:74). Pauw en Wolvaardt (*op cit*) is ook van mening dat die wetgewing (’n triptiek bestaande uit die Grondwet, Wet 5 van 2000 en sy Regulasies) bevredigend is – met dit voor oë dat hulle oor die regulasies wat nou vervang is, skryf. Voorkeurverkrygingsbeleid moet ingevolge artikel 217 binne ’n raamwerk wat deur wetgewing bepaal is, geskied. Alle verkryging moet verder binne ’n stelsel afspeel wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is. Dit is die vyf beginsels of kriteria van staatverkryging. Die wetgewing wat deur hierdie bepaling in die Grondwet vereis word, is die vermelde *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5 van 2000*. Met die risiko dat ons die vanselfsprekende beklemtoon, wil ons stel dat die voorkeur en beskerming wat ingevolge artikel 217 van die Grondwet aan voorheen benadeeldes verleen word op twee maniere deur die Grondwet beperk word. In die eerste plek moet dit ingevolge wetgewing geskied en in die tweede plek moet die maatreëls en die wetgewing aan die vyf beginsels voldoen. Na ons mening is hierdie bepaling in die Grondwet redelik. Dit maak die balans tussen regstelling en gelykheid wat in Wet 5 van 2000 na vore kom, moontlik. Mense wat deur apartheidswetgewing agtergestel is, moet in ’n posisie geplaas word om op gelyke voet met blankes mee te ding.

3. ANDER WETGEWING

Die praktiese uitwerking van voorkeurverkrygingswetgewing is vir besighede van groot belang. Oorwegend wit besighede moet weet hoe dit hul kans beïnvloed om staatskontrakte te kry; oorwegend swart besighede moet weet hoe om hierdie bepalings tot hul voordeel te benut. Daar is egter meer grondliggende vrae. Hoe beïnvloed die wetgewing die gelykheid en vryheid wat wit mense (en vroue!) veronderstel is om te geniet? Is die wetgewing meer of minder billik soos bedoel in artikel 217(1) van die Grondwet? Sal die wetgewing “ekonomiese transformasie” bevorder? Die laaste vraag plaas natuurlikerwys die *Wet op Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging* op die verhoog. Dit sal weldra blyk dat laasgenoemde ten regte of ten onregte die hoofspeler in die toneel geword het.

Vanweë sy tegniese aard is dit nodig om die werking van die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5 van 2000* en sy regulasies te verduidelik wat die proses voorskryf ingevolge waarvan hierdie regstellende maatreëls of gelykstelling plaasvind. In dié proses moet die wetgewing vir omvattende swart ekonomiese bemagtiging ook aandag kry. Die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid* verleen voorkeur aan benadeelde groepe deur middel van die toepassing van ’n formule om hul tenders meer mededingend te maak. Die formule het twee komponente. Dit laat toe dat onderskeidelik 10 of 20 voorkeerpunte vir die bereiking van bepaalde doelwitte toegeken mag word (artikel 2(1)), wat kontraktering met persone wat in die verlede deur onbillike diskriminasie benadeel is op grond van ras, geslag of gestremdheid insluit. Die 10 punte word toegeken in die geval van groter kontrakte en die 20 punte vir kontrakte onder ’n bepaalde grens. Die betrokke afsny punte word van tyd tot tyd deur regulasies bepaal. Alle “atlete” hardloop op dieselfde baan by wyse van spreke, maar sommiges spring vroeër weg. Iemand wat

voorheen benadeel is of wie se bod sekere voorgeskrewe doelwitte bevorder, kan begin met 'n aantal voorkeerpunte. Hierby word dan die punte vir die prys wat die tenderaar bie gevoeg wat deur 'n elegante formule aangepas word om saam met die voorkeerpunte 'n maksimum van 100 punte te genereer. Wanneer die staat koop, word die maksimum van pryspunte uit die aard van die saak deur die laagste bod verdien. Tenderaars ding met mekaar mee op grond van die hoeveelheid punte behaal.

Dit val op dat Wet 5 van 2000 meer as net kleur in gedagte het in die bepaling wat na voorkeurkategorieë verwys. Artikel 2(1)(d)(i) en die 2001-regulasies (reg 1(h)(1)) wat aanvanklik ingevolge hierdie wet gepromulgeer is, verwys na ras, geslag en gestremdheid as die kategorieë ten opsigte waarvan voorkeur verleen mag word. (Daar is ook ander gronde vir voorkeerpunte, maar ons laat dit vir eers.) In die verlede het die *Voorkeurverkrygingsregulasies* van 2001 dus bepaal dat 'n Histories-benadeelde Individu 'n Suid-Afrikaanse burger beteken wat weens die beleid van apartheid in die verlede nie stemreg gehad het nie, sowel as 'n vrou (ons beklemtoning) of 'n gestremde persoon. Indien 'n mens hierdie bepaling saamlees met artikel 217 van die Grondwet wat verwys na die beskerming en bevordering van persone teen wie onbillik gediskrimineer is, wil die wetgewing impliseer dat die vorige regime nie net teen mense gediskrimineer het op grond van hul ras nie, maar ook op grond van hul geslag en gestremdheid.

Ingevolge regulasie 3(2) en regulasie 4(2) van die vorige regulasies kon 'n persoon die 10 of 20 voorkeerpunte kry omdat hy of sy 'n Histories-benadeelde Individu was of met een gesubkontraakteer het of bepaalde doelwitte van die Heropbou en Ontwikkelingsprogram sou bereik (South Africa 2001). Ingevolge regulasie 6(2) en regulasie 5(2) van die 2011-*Voorkeurverkrygingsregulasies* word die 10 of 20 punte egter nou suiwer vir die omvattende swart ekonomiese bemagtigingstatus van die bydraer toegeken (South Africa 2011b). Dit is afhanklik van die telling wat 'n entiteit verdien op die sogenaamde Generiese Telkaart ingevolge die Kodes vir Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging. Die OSEB-statusvlak ingevolge die Kodes bereken, word nou outomaties in voorkeerpunte uit 10 of 20 omgeskakel volgens twee tabelle in die *Voorkeurverkrygingsregulasies*. Die Kodes is gepromulgeer ingevolge die *Wet op Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging* (South Africa 2007) en is later gewysig (sien die voorstelle in (South Africa 2011a); sien ook www.thedti.gov.za/economic_empowerment/bee-strategy.pdf.) Die Kodes het die krag van ondergeskikte wetgewing. Die Generiese Telkaart bestaan uit sekere elemente met verskillende gewigte wat almal saam uit 100 tel. Die elemente is: eienaarskap (20), bestuursbeheer (10), billike indiensneming (15), vaardigheidsontwikkeling (15), voorkeurverkryging (20), ontwikkeling van ondernemings (15) en sosio-ekonomiese ontwikkeling (5). Die totale punte bepaal 'n firma se OSEB-status nadat verdere berekeninge in verband met die bereiking van voorgeskrewe teikens gemaak is. Hierdie status word dan verwerk om 'n voorkeerpunt uit 10 of 20 te genereer wanneer die nuwe voorkeurverkrygingsregulasies toegepas word.

Die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid* laat toe – die formulering is *kan* en nie *moet* nie – dat die bepaalde doelwitte kontraktering insluit met persone wat in die verlede deur onbillike diskriminasie benadeel is op grond van ras, geslag of gestremdheid. Daarom het die Regering 'n keuse gehad wie hy deur middel van die regulasies wil bevoordeel. Dit is dus regmatig om die bevoordeelde groep mense te beperk tot mense wat nie vantevore stemreg gehad het weens hul ras nie. Die *Wet op Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging* is aanvaar omdat ras onder apartheid gebruik is om toegang tot Suid-Afrika se produktiewe bronne en vaardighede te beperk (vergelyk langtitel van die Wet). Dit lui voorts dat tensy verdere stappe gedoen word om die effektiewe deelname van die meerderheid Suid-Afrikanners in die ekonomie te vergroot, die stabiliteit en voorspoed van die ekonomie in die toekoms tot nadeel van alle Suid-Afrikanners ondermyn kan word.

Die 2011-*Voorkeurverkrygingsregulasies* val dus weliswaar binne die raamwerk wat deur die Grondwet en die tersaaklike wette daargestel word. Gesien uit die hoek van die waardes wat deur artikel 1 van die *Grondwet* van 1996 daargestel word, stel dit egter teleur. Die Republiek van Suid-Afrika is tog op onder meer die waarde van nieseksisme, benewens nierassigheid gegrond. Die 2001-*Voorkeurverkrygingsregulasies* wat mense sonder stemreg, vroue en gestremdes ingesluit het, het meer kriteria bevat wat die bereiking van gelykheid kon bevorder. Dit het ook meer gedoen om die waarde van nieseksisme te bevorder as die 2011-*Voorkeurverkrygingsregulasies*.

4. DIE POSISIE VAN DIE VROU IN PERSPEKTIEF

Die Kodes van Gesonde Praktyk vir Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging bevorder nieseksisme, maar ongelukkig net ten opsigte van swart vroue. 'n Voorbeeld hiervan is dat swart vroue tussen 40% en 50% van die bevoordeeldes van alle elemente van die Generiese Telkaart moet wees vir 'n entiteit om vol punte te kry (South Africa 2007: Code 000 *Framework for measuring Broad-Based Black Economic Empowerment*; Statement 000 *General Principles and the Generic Scorecard* para 9.1). Ander kategorieë wat voorkeur behoort te geniet, soos swart mense met gestremdhede en swart jeugdige, hoef egter net tussen 2% en 3% van die bevoordeeldes van die elemente van die Generiese Telkaart te wees (South Africa 2007: Code 000 *Framework for measuring Broad-Based Black Economic Empowerment*; Statement 000 *General Principles and the Generic Scorecard* para 9.2). Die uitwerking hiervan is dat swart vroue bevoordeel word omdat hulle swart is en omdat hulle vroue is. Die doelstelling met die bevoordeling is om hulle minstens op gelyke voet met swart mans te plaas soos gesien aan die vereiste dat hulle sowat 40 tot 50% van die bevoordeeldes moet wees. In die praktyk kry 'n mens egter meer punte vir die bevoordeling van swart vroue as vir die bevoordeling van swart mans. By die eienaarskaptelkaart word daar byvoorbeeld 3 punte toegeken as 25% +1 stem in die hande van swart mense is. Nog twee punte word toegeken as 10% van die stemreg in die hande van swart vroue is (South Africa 2007: Code 100 *Measurement of the Ownership Element of Broad-Based Black Economic Empowerment*, Statement 100 *The general principles for measuring Ownership* para 2.1). Dit is dus duidelik dat swart vroue meer deur die Kodes bevoordeel word as swart mans. Daar is geen twyfel nie dat swart vroue meer bevoordeel moet word omdat hulle as vroue 'n groter agterstand het, maar dieselfde argument geld ook wit vroue. Dit sou die posisie van wit vroue teenoor wit mans versterk het as hulle in die nuwe voorkeurregulasies darem een punt by die Nasionale Tesourie gekry het om die speelveld vir hulle meer gelyk te maak.

Dit is so dat wit vroue in 'n beter posisie as ander vroue is, maar in vergelyking met mans is hulle soos in ander lande in 'n kwesbare posisie. (In die Europese Unie wissel die indiensneming van vroue tussen minder as 40% en meer as 70%; die gemiddelde indiensnemingsgaping tussen mans en vroue was in 2008 13,7 persentasiepunte (Medina-Arnaiz 2010:558, voetnoot 2)). Die weglating van wit vroue uit die voorkeurverkrygingsregulasies beteken dat die waarde van nieseksisme net by swart vroue bevorder word. Die waardes van nierassigheid en nieseksisme duik met betrekking tot wit vroue in die hek as dit by voorkeurverkryging kom. Een van die probleme met die uitsluiting van wit vroue is dat minderhede oral die gevaar loop om uitgesluit te word (Myers & Chan 1996:226 en 224). Hierdie skrywers toon aan dat besighede wat aan minderhede in New Jersey behoort bitter min (0,5%) openbare kontrakte gekry het.

Wanneer 'n mens die posisie van vroue in die werksplek met dié van mans vergelyk, trek vroue nog al die jare aan die kortste ent. Volgens die 2011-sensus van die Businesswomen's Association (Businesswomen's Association of South Africa 2011) het net 37 maatskappye uit 'n steekproef van meer as 300 maatskappye vroue in 25% of meer van direkteursposte of uitvoerende

bestuursposte gehad. Daar was 27 maatskappye wat geen vroulike direkteurs of uitvoerende bestuurders gehad het nie. In die steekproef is gekyk na 319 maatskappye wat op die JSE genoteer is en 20 staatsbeheerde korporasies. Vroue was in die pos van besturende direkteur of hoof uitvoerende beampte in net 4,4% van maatskappye. Vroue beklee net 15,8% of 1127 van alle direkteursposte. Sowat 22% van alle uitvoerende bestuurders is vroue. In die BWA-sensus van 2004 het vroue net 221 van die 3 125 direkteursposte in die sensus beklee (Botha 2004).

Dit is waarskynlik as gevolg van beide wetgewing en sosiale druk dat die prentjie verbeter het, maar die syfer bly laag. Hoewel net na genoteerde maatskappye en staatsbeheerde ondernemings gekyk is en die aantal mense wat geraak is dus relatief min is, is die boodskap dat vroue nie gesien word as mans se gelyke as dit kom by die bestuur van genoteerde maatskappye nie. Vroue wat hul eie ondernemings het, is waarskynlik nog kwesbaarder as vroue wat die beskerming van 'n groot maatskappy het. 'n Beleid van voorkeurverkryging wat vroulike ondernemers bevoordeel omdat hulle vroue is, is dus nodig vir die bereiking van gelykheid.¹

Die speelveld waarop vroue in Suid-Afrika teen mekaar meeding, is weliswaar nie gelyk nie. As 'n mens die rasseverdeling van vroulike uitvoerende bestuurders bekyk, blyk dit volgens die 2011-BWA-sensus dat wit vroue 70,6% van poste beklee, met swart vroue in net 14,6% van die poste. Bruin- en Indiërvroue het onderskeidelik 7,4% en 6,9% van die poste van uitvoerende bestuurders beklee. Die beter posisie van wit vroue kan waarskynlik toegeskryf word daaraan dat hulle toegang tot beter onderwys gehad het en oor meer jare toegang tot beter ondervinding in die werksplek geniet het. Wit vroue is dus in 'n beter posisie as vroue van ander rassegroepe. Gemeet teenoor mans is alle vroue egter nog in 'n kwesbare posisie, met swart, bruin en Indiërvroue nog meer kwesbaar. 'n Mens kan net wonder wat dit aan die posisie van wit vroue sou doen as hulle heeltemal uitgesluit sou word van die *Wet op Billike Indiensneming* soos wat nou gebeur in die geval van die *Regulasies op Voorkeurverkryging*. Dit is suiwer bespiegeling, maar ons meen dat wit vroue sonder die beskerming van die *Wet op Billike Indiensneming* in 'n nog swakker posisie sou wees as voor 1994 toe wit mans 'n bevoorregte posisie had en gelykheid nie grondwetlik beskerm was nie. Toe is daar teen wit vroue gediskrimineer omdat hulle vroue was, nou word dit blykbaar soms as billik beskou om regulatoriese beskerming aan vroue te ontnem omdat hulle wit is en daar soveel voorheen benadeelde vroue is wat gehelp moet word. Dit is jammer dat die groter visie van 'n nierassige, nieseksistiese samelewing, waarin elke persoon erken en behandel moet word as 'n mens van gelyke waarde en waardigheid, nie meer regstellende aksie vereis in die geval van die toekenning van staatskontrakte aan wit vroue nie. 'n Mens wonder onwillekeurig wat in die toekoms gaan word van die bevordering van die belange van swart vroue, sou die grondwetlike visie van 'n nieseksistiese samelewing bedreig word deur die visie van 'n tradisionele landelike samelewing waar patriargie die botoon voer. Dit is nie heeltemal vergesog nie.

Daar bestaan benewens die weglating van wit vroue van bevordering, verskeie verskille tussen die ou en nuwe regulasies wat vervolgens bespreek sal word.

5. ANDER VERSKILLE TUSSEN DIE OU EN NUWE REGULASIES

Dit is reeds gestel dat die vernaamste verskil tussen die twee stelle regulasies behels dat die voorkeerpunte (10 vir groter kontrakte en 20 vir kleiner kontrakte) wat deur 'n bod verdien kan word nou geheel en al van die tenderaar se OSEB- (Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging-) status afhanklik is. Die hart van die regulasies word dus vervang deur die resultaat van ander regulasies

¹ Sien ook die Europese Unie se Direktiewe 2004/17/EC en 2004/18/EC; die *Spaanse Organiese Wet 3/2007 oor Effektiewe Gelykheid vir Vroue, asook Mans*, en Medina-Arnaiz (2010: 542, 544).

(as ons dit so kan noem), wat ingevolge 'n ander wet as die wet wat bedoel word in artikel 217 van die Grondwet gepromulgeer is. Dit hang saam met die feit dat daar nie meer 'n definisie van "Histories-benadeelde Individu" in die regulasies voorkom nie. Die klem wat geplaas is op die feit dat mense voorheen nie kon stem nie, val nou weg. Dit is nie meer nodig nie omdat die grondslag van voorkeur nou ras en ras alleen is op grond van die definisie van *swart* in artikel 1 van die OSEB-wet van 2003 (South Africa 2003b). In die 2001-voorkeurverkrygingsregulasies is 'n Histories-benadeelde Individu, soos reeds verduidelik, gedefinieer as iemand wat nie voorheen stemreg had nie, vroue en gestremdes. Die toenmalige verwysing na stemreg om die persone wat deur apartheid benadeel is aan te dui, is aan te beveel in die lig van artikel 1(b) van die Grondwet wat nierassigheid as een van die kernwaardes van die staat vestig. Die definisie van voorheen benadeelde persoon is voorheen gekwalifiseer deur burgerskap deurdat iemand wat na die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika nie as histories benadeel geag is nie (Regulasie 1(h) *Staatskoerant* 25549 van 10 Augustus 2001). Die bepaling lui: "Provided that a person who obtained South African citizenship on or after the coming to effect of the Interim Constitution, is deemed not to be an HDI". Hierdie kwalifikasie ten opsigte van immigrante het sin gemaak omdat Suid-Afrikaners wat na 1993 op grond van hulle ouderdom stemreg gekry het en immigrante wat swart is, nie direk deur apartheid benadeel is nie. Hoekom hierdie kwalifikasie nodig was ten opsigte van vrouens en gestremdes is egter nie so duidelik nie. Dit is trouens nie die gebrek aan stemreg wat hierdie twee groepe as groepe gekortwiek het nie. Waarskynlik moet dit verklaar word uit die feit dat 'n handves van menseregte vir die eerste keer met die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet tot stand gekom het en so die regte van vroue en gestremdes op vaste voet geplaas het. Soos die tyd aanstap, sal daar al minder Suid-Afrikaners wees wat nie voor 1983 (in die geval van Bruin mense en Indiërs) en voor 1994 (swart Afrikane) stemreg gehad het nie en wat dus met reg onder die verdwene definisie sou val. Die verdwene definisie hou dus op sigself 'n element van uitfasering in. Dit geld glad nie vir die definisie van *swart* in Wet 53 van 2003 nie.² Die Kodes van Gesonde Praktyk vir Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging maak wel voorsiening vir die hersiening van die duur van die Kodes, maar is baie algemeen (South Africa 2007: *Framework for measuring Broad-based Black Empowerment*, 000, para 13).

'n Ontwikkeling wat 'n meer konkrete wegbeweeg van die letter van die Grondwet impliseer, is dat die keuse wat die Grondwet in artikel 217(2) aan rekenpligtige beamptes gee om 'n voorkeurverkrygingsbeleid toe te pas of nie toe te pas nie, nou verskraal. 'n Implikasie van die OSEB-basis vir voorkeerpunte wat in die lig van artikel 217(2) van die Grondwet opval, is dat rekenpligtige beamptes die diskresie wat hulle gehad het om die voorkeerpunte per tender saam te stel ingevolge 'n interne beleid verloor. Normaalweg is vyf voorkeerpunte vir voorheen benadeeldes wat ras betref, drie punte vir vroue en twee punte vir gestremdes toegeedeel. Dit was 'n gebruik, maar hoegenaamd nie voorgeskryf nie. Benewens die punte vir voorheen benadeeldes kon staatsorgane ook punte gee vir die sogenaamde HOP-doelwitte wat verskeie ontwikkelingsmomente kon bevat waarvoor die regulasies voorsiening gemaak het. Die blykbare bedoeling van die Grondwet dat staatsorgane 'n voorkeurverkrygingsbeleid kon hê, verval wat voorkeerpunte betref. Dit is beslis 'n terugwaartse stap in die lig van die beleid dat rekenpligtige beamptes in beheer van hulle hulpbronne moet wees. Op die webwerf van die Nasionale Tesourie gewy aan die Wet op Openbare Finansiële Bestuur 1 van 1999 (WOFB), word hierdie beleid soos volg verwoord:

The head official (Director-General of a national department or provincial head of department) is responsible for outputs and implementation, and is accountable to Parliament or provincial

² Tans is daar egter 'n voorgestelde wetswysiging om hierdie gebrek reg te stel (South Africa 2011a).

legislature for the management of the implementation of that budget. This approach is in line with the approach of the new Public Service Regulations, which relies on a performance-driven system based on measurable outputs (<http://www.treasury.gov.za/legislation/PFMA/default.aspx>).

In die vorige regulasies kon die gewig wat deur middel van voorkeerpunte aan ras toegeken word, wissel na gelang van omstandighede. Teoreties sou 'n departement wat van oordeel was dat swart mense reeds die agterstand wat sekere kontrakte betref, ingehaal het, minder voorkeerpunte vir ras en meer vir die sogenaamde HOP doelwitte kon gee. Hierdie diskresie is weggevat.

'n Verdere noemenswaardige verskil is dat drempelwaardes vir plaaslik vervaardigde elemente ingevoer word. Wat dit met regstellende stappe te doen het, is onseker. Ander nuwe elemente is noodsaaklik maar tegnies van aard – byvoorbeeld, nuwe drempels vir die 10 en die 20 punte, en 'n beslissingsmeganisme waar die redelike prys van 'n kontrak op of na aan 'n drempel val.³

Die volgende verskil sal interessant wees vir iemand wat haar verdiep in die skryf van wette en ondergeskikte wetgewing. Die nuwe regulasies maak nie meer voorsiening vir die berekening van pryspunte in gevalle waar die staat verkoop en waar die hoogste prys dus *ceteris paribus* die kontrak moet wen nie. Die vorige ondergeskikte wetgewing het sodanige formules bevat, maar die Wet magtig dit nie direk nie.

Volgens die regulasies sal elkeen wat wil bier vir 'n staatskontrak sy OSEB-sertifikaat moet indien wat óf deur 'n geakkrediteerde verifikasie-agent óf deur 'n geregistreerde rekenmeester en outiteur gesertifiseer moet word. Watter invloed dit op klein besighede sal hê, sal interessant wees om te sien. Die regulasies is ook nou van toepassing op openbare entiteite soos omskryf in bylaes 2, 3B en 3D tot die Wet op Openbare Finansiële Bestuur. Dit is 'n groot stap. Bylae 2 bevat reuse soos die Ontwikkelingsbank en ESKOM.

Die jeug word in OSEB-Kodes erken, maar nie direk in die huidige of vervangde voorkeurverkrygingsregulasies nie. Die Kodes vereis dat swart jeugdige saam met groepe soos landelike swart mense; swart gestremdes en werklose swart mense net tussen 2% en 3% van die bevoordeeldes van al die elemente van die Generiese Telkaart moet uitmaak (Suid-Afrika 2007: Kode 000 Stelling 000, para 9.2). Wanneer die werkloosheid onder swart jeugdige beskou word, sou dit wenslik wees dat hul belange in die besonder bevorder hoort te word. Wet 5 van 2000 maak egter nie daarvoor voorsiening nie.

Die Regulasies stel verder teleur omdat dit die betekenis van die terme “100% erkenning” en “vrygestelde mikro-onderneming” in die Kodes ignoreer. Dit is opmerklik dat, ingevolge para 8.2 van die generiese telkaart 'n bydraer tot Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging wat 'n Vlak 4-bydraer is, 100% erkenning vir Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging kry. Daar is mense wat verstaan dat 100% erkenning dieselfde moet beteken as vol punte wanneer punte toegeken word. 'n “Vrygestelde mikro-onderneming”, is per definisie een wat van die vereistes van Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging vrygestel is en dus 'n 100% OSEB-aankoop-erkenningvlak het (para 4.2 van Kode 000). Ingevolge die 2011-Voorkeurverkrygingsregulasies kry 'n mens egter net 5 uit 10 of twaalf uit twintig punte wanneer jy 'n bydraer op Vlak 4 is (reg 5(2) en reg 6(2)). Die wending verras aangesien die woorde “vrygestel” en “100% erkenning” 'n baie duidelike betekenis het. Daar kan aangevoer word dat die verkrygingsregulasies teenstrydig met die Kodes is.

Die vraag moet beantwoord word hoedanig die nuwe regulasies swart versus wit firmas sal bevoordeel of benadeel. Hierdie bevoordeling of benadeling kan verwys na hul kanse om kontrakte

³ Vergelyk interessantheidshalwe die metode wat gevolg word in Myers & Inhyuck (2009:251–256, 252–253) in “Estimation of race-neutral goals in public procurement and contracting”.

te wen of na hulle handelingsvryheid in die bedryf van hul besighede of na albei. Die keerkant van hierdie vraag is wat die gevolge van die twee stelsels vir gelykheid in die samelewing sou wees. 'n Aantal scenario's kan oorweeg word onder verskillende aannames. 'n Eenvoudige scenario lyk só, kom ons veronderstel daar is vier mededingende besighede in die mark wat deur hulle gestremde eienaars bestuur word en wat elkeen vol punte vir indiensneming, vaardigheidsontwikkeling, voorkeurverkryging, sake-ontwikkeling en sosio-ekonomiese ontwikkelingsinisiatiewe op die OSEB-telkaart het. Hierdie firmas bestaan onderskeidelik uit wit mans, wit vroue, swart mans en swart vroue. Veronderstel voorts dat al vier die besighede ewe goeie pryse vir hulle produkte kan aanbied. In hierdie scenario sal die gestremde wit mans wat voorheen slegs 2 voorkeerpunte onder die normale 5 – 3 – 2 punteverdeling sou verdien, nou 5 verdien. Die wit vroue sal 5 voorkeerpunte onder albei stelsels kry, die swart mans sou van 7 na 10 beweeg en die swart vroue sal op 10 bly. In hierdie scenario het die mans vooruitgang gemaak maar nie die vroue nie. In 'n sekere sin is die wit vrou relatief die slegste af van al vier groepe onder die nuwe regulasies in vergelyking met hulle vorige posisie.

6. FUNKSIONALITEIT

Wat verder van – noem dit maar – politieke belang is, is die bepalinge oor funksionaliteit. Dit verwys na kwaliteitsaspekte van 'n bod waaraan punte toegeken kan word omdat dit objektief meetbaar is, maar wat buite die voorkeurterrein met sy 10 en 20 punte val omdat dit nie deel van die prys uitmaak nie (Pauw & Wolvaardt 2009:80 en verder, veral 84). Die betrokke artikel in Wet 5 van 2000 is 2(f). Dit het met koste-effektiwiteit te doen en onderskei nie tussen groepe nie. Die Grondwet vereis inderdaad koste-effektiwiteit van staatsorgane ingevolge artikel 195(1)(b). In die verlede het sommige staatsorgane ook voorkeurbepunting op funksionaliteit van toepassing gemaak. Dit het outomaties hoër punte meegebring vir voorheen benadeelde firmas op grond van die wiskunde van die formule. Hierdie voorheen algemeen aanvaarde praktyk is egter *ultra vires* aangesien Wet 5 van 2000 die voorkeurformules direk aan die prys en net aan die prys koppel.⁴ Dit is onder staatsorgane se aandag gebring deur 'n praktyknota van die Nasionale Tesourie gedateer 3 September 2010 nadat die Hooggeregshof in Pietermaritzburg die regulasies ongeldig verklaar het (*Sizabonke Civils CC t/a Pilcon Projects v Zululand District Municipality* 2011 (4) SA 406 (KZP) para 11.) Die nuwe regulasies bepaal gevolglik dat voorkeerpunte nie op funksionaliteit bereken kan word nie aangesien die berekening van voorkeerpunte intree eers nadat die berekenings ten opsigte van funksionaliteit gedoen is (reg 4). In die Regulasie word die punte vir funksionaliteit aan minimum standarde vir kwalifikasie as 'n aanvaarbare tender gekoppel. Regulasie 4(4) stel dan dat slegs aanbiedings wat aan die minimum funksionaliteitstandaarde voldoen verder aan die voorkeerpuntberekening onderwerp word. Dit is natuurlik vanselfsprekend aangesien 'n bod wat nie 'n aanvaarbare tender is nie, nie vir beoordeling oorweeg kan word nie. Wet 5 van 2000 is nogal eksplisiet hieroor deurdat die begrip “aanvaarbare tender” gedefinieer word en dit dan uitspel dat punte slegs aan aanvaarbare tenders toegeken word (artikel 2(1)(b)). Wat Regulasie 4(4) wel vermag het, is om die interpretasie te vestig dat funksionaliteit slegs op vooraf kwalifikasie betrekking het en – behalwe waar tenders dieselfde punte verdien – nie gebruik word om aanbiedinge met mekaar te vergelyk met die oog op die grondwetlike vereiste van koste-effektiwiteit nie (Pauw 2011). Die ongeldigverklaring van die regulasies deur die Pietermaritzburgse Hooggeregshof is moontlik gemaak deur Wet 5 van 2000 se beperking van voorkeur tot 'n komponent in die formule. Die implikasie van die Wet is dat voorkeerpunte se impak ernstig beperk kan word indien funksionaliteit 'n belangrike kriterium vir die toekenning

⁴ Die onwettigheid van hierdie praktyk is vanselfsprekend en lank reeds bekend – vergelyk Unisa (2005:65).

van 'n kontrak is; en dit is soos dit hoort want prys, regstelling en koste-effektiwiteit moet in balans wees. Daar is vele kontrakte – gewoonlik van 'n tegniese aard soos byvoorbeeld inligtingtegnologie – waar funksionaliteit belangriker is as prys. In sulke gevalle kon voorkeerpunte nie maklik die deurslag gee nie. Kom ons aanvaar dat die hof die Wet se beperking van die impak van voorkeerpunte so verstaan het. Indien dit so is, het die manier waarop die regulasies geformuleer is en verstaan word eintlik die impak van die hof se beslissing teengewerk en het Nasionale Tesourie sy tong vir die hof uitgesteek. Meer nog: dit ry die uitvoering van sowel artikel 217 (wat betref koste-effektiwiteit) en artikel 195(1)(b) van die Grondwet in die wiele.

7. EVALUERING

Hoewel ons die noodsaak van Omvattende Swart Ekonomiese Bemagtiging verstaan, is ons teleurgesteld dat die visie van 'n nieseksistiese, nierassige samelewing nie meer so sentraal in regeringsbeleid is nie. Die impak van die weglating van wit vroue en gestremdes op hulle moet nie onderskat word nie. Stel jou byvoorbeeld voor dat Indiërmans of bruin mense van regstellende aksie uitgesluit word. Dit sal mos 'n vernietigende uitwerking op hulle hê.

Navorsing roep gewoonlik net soveel vrae op as wat dit beantwoord. Twee verdere ondersoeke kan uit hierdie artikel spruit. Die eerste projek kan die motivering wat die nuwe regulasies onderlê, ondersoek. Waarom formuleer die Nasionale Tesourie regulasies met sulke ooglopende tekortkominge? Die tweede projek is baie diepliggender: navorsing oor die verhouding tussen formele en substantiewe gelykheid soos wat dit na vore kom in regstellende aksie en die staat se hantering daarvan. Watter een is basies en watter een is afgelei?

BIBLIOGRAFIE

- Businesswomen's Association of South Africa. 2004. Census of the Businesswomen's Association <http://www.bwasa.co.za/Census/2011CensusResults/tabid/14840/Default.aspx> [1 November 2011]
- Businesswomen's Association of South Africa. 2011. Census of the Businesswomen's Association <http://www.bwasa.co.za/Census/2011CensusResults/tabid/14840/Default.aspx> [1 November 2011]
- Bolton, P. 2007. *The Law of Government Procurement in South Africa*. Durban: LexisNexis Butterworth.
- Botha, Z. 2004. Engineering News Women-in-Business Census finds Corporate SA wanting. <http://www.engineeringnews.co.za/print-version/womeninbusiness-census-finds-corporate-sa-wanting-2004-05-14> [1 December 2011]
- European Union. 2004. Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC.
- European Union. 2010. Consolidated Treaty of the European Union. *Official Journal of the European Union* C83: 1 – 408.
- Hassim, S. 2002. "Negotiating Spaces: Women in South Africa's Transition to Democracy" in *Interdisciplinary Research Seminar* 25 March:1–61. Johannesburg: University of the Witwatersrand.
- Mandela, N.R. 2011 (1964). Centre of Memory 2011 "Biography" <http://www.nelsonmandela.org> [14 November 2011].
- Medina-Arnaiz, T. 2010. Integrating Gender Equality in Public Procurement: the Spanish Case. *Journal of Public Procurement*, 10(4):541-563.
- Myers, S.L. & Chan, J.T. 1996. Who Benefits from Minority Business Set-Asides? The Case of New Jersey *Journal of Policy Analysis and Management*, 15(2):202–226.
- Myers, S.L. & Inhyuck, S.H. 2009. Estimation of race-neutral goals in public procurement and contracting. *Applied Economics*, 16:251–256.
- Pauw, J.C. & Wolvaart, J.S. 2009. Multi-criteria decision making in public procurement – a plan from the South. *Politeia*, 28(1):66–88.
- Pauw, J.C. 2011. Konsultasie met die Departement van Landelike Ontwikkeling en Grondhervorming. Burgerspark hotel, Pretoria, 22 September 2011.

- Spanje, Koninkryk van. 2007. *Organiese Wet 3/2007 oor Effektiewe Gelykheid vir Vroue en Mans*.
- South Africa. 1998. *Employment Equity Act 55 of 1998*. Pretoria: Government Printer.
- South Africa. 2001. *Preferential Procurement Regulations, 2001 (Government Gazette 25549 10 August 2001)*.
- South Africa (South African Government). 2003a. *South Africa's economic transformation: a strategy for Broad-Based Black Economic Empowerment* Pretoria: Department of Trade and Industry.
- South Africa. 2003b. *Broad-Based Black Economic Empowerment Act 53 of 2003*. Pretoria: Government Printer.
- South Africa (National Treasury). 2004. Supply chain management: a guide for accounting officers/authorities. Pretoria. <http://www.treasury.gov.za/divisions/sf/sc/Guidelines/SCM%20Jan900-Guidelines.pdf>
- South Africa (Department of Trade and Industry). 2007. *Codes of good practice on Black Economic Empowerment*. General Notice 112 in *Government Gazette* 29617 of 9 February 2007. Pretoria: Government Printer.
- South Africa (National Treasury). 2010. National Treasury Instruction Note on the amended guidelines in respect of bids that include functionality as a criterion for evaluation (issued September 2010). (<http://www.treasury.gov.za/divisions/sf/sc/PracticeNotes/Instuction%20Note%2015%20Sep%202010.pdf> [30 November 2011]).
- South Africa (Department of Trade and Industry). 2011a. Broad-based Black Economic Empowerment Act: intention to amend: comments invited. General Notice 87 in *Government Gazette* 34019 of 18 February 2011. Pretoria: Government Printer.
- South Africa (National Treasury). 2011b. *Preferential Procurement Regulations, 2011 R502 in Government Gazette* 34350 of 8 June 2011. Pretoria: Government Printer.
- South Africa (National Treasury). 2011b. *Preferential Procurement Regulations, 2011 R502 in Government Gazette* 34350 of 8 June 2011. Pretoria: Government Printer.
- South Africa (Department of Trade and Industry). 2011c. Broad-Based Black Economic Empowerment Amendment Bill, 2011: For public comments. General Notice 893 in *Government Gazette* 34845 of 9 December 2011. Pretoria: Government Printer.
- Suid Afrika. 1996. *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*. Pretoria: Staatsdrukker.
- Suid-Afrika. 2000. *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5 van 2000*. Pretoria: Staatsdrukker.
- Unisa (Center for Business Management). 2005. Programme in Public Procurement and Supply Management *Study Guide for Module 2 PPS02D*. Pretoria: Unisa.

HOFSAKE

- Sizabonke Civils CC t/a Pilcon Projects v Zululand District Municipality* 2011 4 SA 406 (KZP)
- Minister of Finance v Van Heerden* 2004 6 SA 121 (CC)