

Die reg se oënskynlike onvermoë om korrupsie in staatskontraktering in Suid-Afrika hok te slaan (The seeming failure of the law to curb corruption in public procurement in South Africa)

Geo Quinot: Departement Publiekreg, Universiteit Stellenbosch

Opsomming

Ten spyte van 'n aansienlike hoeveelheid afdwingbare regsreëls wat staatsverkryging in Suid-Afrika reguleer word hierdie aspek van staatsadministrasie gekenmerk deur hoë vlakke van ongerymdhede. Veral korrupsie blyk hoogty te vier as dit kom by staatskontrakte. Die vraag ontstaan dus hoekom die toepaslike reg oënskynlik nie daarin slaag om korrupsie effektief teen te werk in staatskontraktering nie. Die doel met hierdie artikel is om te fokus op die regsreëls wat spesifiek gemik is daarop om korrupsie in staatskontraktering te beveg en deur 'n analise van daardie reëls probleme te identifiseer wat sodanige oogmerk ondermyn. Vyf hoofprobleme in die regulering van staatsverkryging word geïdentifiseer wat bepaald die stryd teen korrupsie ondermyn te wete die gefragmenteerde aard van die regulatoriese raamwerk, die steun op verkrygingsbeleid as die voertuig vir individuele verkrygingsreëls, die desentralisering van beide die verkrygingsfunksie as die skep van verkrygingsreëls, die inkonsekwente toepassing van gemeenregtelike reëls deur howe in verkrygingsdispute en die onsamehangende stelsel van remedies van toepassing op verkrygingstransaksies. Drie stappe word gevolglik voorgestel wat hierdie probleme kan help aanspreek. Dit is die sentralisering en konsolidering van die regulatoriese raamwerk, die skep van 'n sterk, sentrale oorsigstruktuur en 'n herbesinning van die howe se rol in die regulering van staatsverkryging.

Trefwoorde: administratiefreg, geregtelike hersiening, korrupsie, openbare finansiële bestuur, regulasie, skadevergoeding, staatskontrakte, staatsverkryging, tenders, verkrygingsbeheer

Keywords: administrative law, corruption, damages, judicial review, public finance management, public procurement, regulation, state contracting, tenders

1. Inleiding

Korrupsie en staatskontraktering het al bykans sinoniem geword in publieke omgang in Suid-Afrika. So te sê elke week bring nuus van bewerings van een of ander vorm van ongerymdhede in 'n staatskontrak. Dit is dus geen wonder nie dat die nuutskepping *tenderpreneur* deeglik wortel geskiet het in openbare debat oor hierdie hedendaagse plaag.¹ Die omvang van beweerde korrupsie en ongerymdhede in staatskontraktering in Suid-Afrika is enorm. In antwoord op 'n vraag in die nasionale vergadering het die president in Mei 2012 'n lys van 25 ondersoekte deur die spesiale ondersoekendeheid in terme van die Wet op Spesiale Ondersoekendeheid en Spesiale Tribunale 74 van 1996 wat tans as prioriteitsondersoekte beskou word, verskaf.² Van hierdie 25 ondersoekte handel 24 met beweerde ongerymdhede en/of korrupsie in staatsverkryging oor alle vlakke van regering en in al nege provinsies. Dit sluit in ondersoekte na konstruksiekontrakte deur die nasionale departement van behuising ter waarde van R4 biljoen; kontrakte deur die Gauteng departement van gesondheid ter waarde van R1 biljoen; kontrakte deur die Suid-Afrikaanse Polisiediens ter waarde van R1 biljoen; strafvervolgings rakende kontrakte deur die nasionale departement van openbare werke ter waarde van R400 miljoen en aanbevelings vir die verdere kansellering van kontrakte ter waarde van R700 miljoen en ondersoekte na

131 verkrygingstransaksies deur die SABC tot 'n waarde van R932 miljoen waarvan onbehoorlike besteding ter waarde van R187 miljoen reeds onthul is.

In die Suid-Afrikaanse reg is daar egter geen tekort aan regulatoriese meganismes gemik op die beheer van staatskontraktering nie.³ Hierdie area van staatsadministrasie is hoogs gereguleer deur middel van bindende regsreëls⁴ met betreklik spesifieke voorvereistes waaraan individuele staatsverkrygingstransaksies moet voldoen. Die vraag is gevolglik hoekom korrupsie steeds so algemeen voorkom in hierdie area of meer spesifiek, hoekom die reg oënskynlik nie daarin slaag om korrupsie in staatskontraktering onder beheer te bring nie.

In hierdie bydrae neem ek bostaande vraagstuk in oënskou. Ek begin deur in breë trekke die regsmeganismes gemik op die voorkoming van korrupsie in staatskontraktering in Suid-Afrika uiteen te sit. My oogmerk is nie om 'n in-diepte analise van daardie meganismes hier te doen nie, maar bloot om die toepaslike reg bymekaar te bring.⁵ Teen die agtergrond van hierdie uiteensetting bespreek ek gevolglik die probleme in staatsverkrygingsreg wat na my mening bydrae tot die ongesonde stand van sake in hierdie area. Ek sluit af met enkele tentatiewe voorstelle om die situasie te beredder.

Voor ek egter begin met 'n oorsig oor die reg betreffende korrupsie en staatsverkryging is 'n geregverdigde vraag hoekom ek bepaald fokus op staatskontrakte. Bied hierdie fokusarea nie 'n verwronge prentjie van openbare korrupsie in Suid-Afrika nie? Trouens soos appèlregter Nugent tereg in *South African Post Office v De Lacy*⁶ opmerk kom sake rakende staattenders met ontstellende herhaling voor die howe. Is hierdie spesifieke area van staatsadministrasie dus nie bloot een wat oor die algemeen uitsonderlike regulatoriese uitdagings bied nie sodat 'n mens nie verbaas moet wees as korrupsie ook 'n besondere probleem in die area is nie?

Daar is 'n aantal redes hoekom ek dink 'n fokus op korrupsie in staatskontraktering in die besonder is geregverdig wanneer 'n mens korrupsie in die openbare sektor oor die algemeen oorweeg. Staatskontraktering is van beduidende ekonomiese en sosiale belang in meeste lande. In ontwikkelende lande word geskat dat staatsverkryging tussen 25% en 30% van bruto binnelandse produk verteenwoordig.⁷ Presiese en onlangse syfers in dié verband is nie maklik om in Suid-Afrika te bekom nie, maar gegewe Suid-Afrika se enorme openbare kapitale werke programme is dit te verwagte dat staatsverkryging as 'n persentasie van bruto binnelandse produk plaaslik aan die bokant van hierdie skatting sal wees. Statistiek Suid-Afrika rapporteer dat die gekonsolideerde algemene regeringsuitgawe op die aankoop van goedere en dienste in die 2009/2010 boekjaar op R196.9 miljard gestaan het, 'n toename van R14.8 miljard op 2008/2009 uitgawes.⁸ Die totale verkrygingsuitgawes van staatsbeheerde ondernemings het R212 miljard beloop in 2010/2011.⁹ Staatsverkryging verteenwoordig dus duidelik wesenlike mark-aktiwiteit. Vanuit 'n administratiewe oogpunt is staatsverkryging ook belangrik aangesien meeste, indien nie alle, staatsprogramme en – inisiatiewe essensieel afhanklik is van verkryging: die verkryging van goedere en dienste. Gevolglik, ongeag die meriete van 'n bepaalde staatsprogram, indien die staatskontrakte waarop die program steun faal sal die totale openbare funksie ter sprake faal. 'n Mens kan slegs dink aan onlangse voorbeelde uit die openbare onderwyssektor rakende mislukte verkryging van leermateriaal om hierdie punt te begryp.¹⁰ Dit volg dus dat wanneer staatskontraktering besmet is met korrupsie daar 'n beduidende oorspoel sal wees na ander dimensies van staatsadministrasie. Die stryd teen korrupsie in staatskontraktering word dus die vertrekpunt van die groter stryd teen korrupsie in die openbare sektor.

2. Die Suid-Afrikaanse reg betreffende staatsverkrygingskorrupsie¹¹

Teen-korrupsie meganismes in staatskontraktering in Suid-Afrika begin reg bo in die Grondwet.¹² Artikel 217(1) van die Grondwet vereis dat wanneer 'n staatsorgaan "vir goedere of dienste kontrakteer, moet hy dit doen ooreenkomstig 'n stelsel wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is". Die meeste van hierdie oogmerke kan direk gekoppel word aan 'n teen-korrupsie agenda, met deursigtigheid as die mees voor-die-hand-liggende beginsel wat dui op 'n behoefte aan teen-korrupsie meganismes in die Suid-Afrikaanse verkrygingslandskap. Korrupsie sal egter ook 'n negatiewe impak hê op van die ander beginsels soos billikheid, mededingendheid en kostedoeltreffendheid; sodat korrupte staatskontraktering ook in stryd is met hierdie ander grondwetlike beginsels. Om 'n kontrak byvoorbeeld aan 'n tenderaar toe te ken op grond van 'n omkoopprys eerder as die meriete van die aanbod is uiteraard nie billik teenoor ander tenderaars nie. Sodanige optrede ondermyn ook ware kompetisie en aangesien die kontrak nie toegeken word op grond van die beste terme nie, sal kostedoeltreffendheid verder ingeboet word.

Hierdie grondwetlike beginsels word in groter besonderhede uitgewerk in 'n groot aantal wette. Die mees relevante vir huidige doeleindes is die Wet op Openbare Finansiële Bestuur 1 van 1999, sy plaaslike owerheid eweknie: die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Finansiële Bestuur 56 van 2003, die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5 van 2000 en die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Bedrywighede 12 van 2004. Elk van hierdie wette en/of die regulasies uitgevaardig daaronder bevat spesifieke bepalinge wat uitdruklik handel met korrupsie in staatskontraktering.

Die detail voorskrifte vir verkrygingstelsels, insluitende die reëls wat bepaalde staatskontraktering beheer en wat deur elke staatsdepartement op nasionale en provinsiale vlakke geïmplementeer moet word, verskyn in die Tesourie Regulasies uitgevaardig in terme van die Wet op Openbare Finansiële Bestuur¹³ en op plaaslike vlak in die Munisipale Verkrygingsregulasies uitgevaardig in terme van die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Finansiële Bestuur.¹⁴ Die Tesourie Regulasies verbied spesifiek in regulasie 16A8.3 enige misbruik van die verkrygingstelsel wat insluit enige gebruik van die stelsel vir persoonlike gewin. Dit verplig ook alle amptenare en rolspelers om owerhede by te staan ten einde korrupsie teen te werk.¹⁵ Hierdie pligte word afgedwing deur middel van regulasie 16A9, wat voorsiening maak vir 'n wye en redelik drastiese reeks van afdwingingsmeganismes.¹⁶ By hierdie meganismes is ingesluit die mag om aanbiedinge te verwerp of om kontrakte te kanselleer waar korrupsie in die stelsel ontdek word; om ondersoek in te stel na bewerings van korrupsie en om remediërende stappe te neem, insluitende die lê van kriminele klagtes; en om die toepaslike tesourie van sodanige stappe in kennis te stel, wat weer mag lei tot die uitsluiting van die betrokke tenderaar van toekomstige staatskontrakte. Hierdie bepalinge word grootliks herhaal op plaaslike regeringsvlak in regulasie 38 van die Munisipale Verkrygingsregulasies.

In terme van die Voorkeurverkrygingsregulasies, 2011, uitgevaardig in terme van die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid,¹⁷ en wat van toepassing is op alle staatsorgane, moet 'n staatsorgaan optree teen 'n tenderaar of kontrakteur indien bedrieglike optrede bespeur word in voorleggings rakende voorkeur in die tender. Die staatsorgaan se magte in hierdie verband sluit in die kansellering van die kontrak; die eis van skadevergoeding en die uitsluiting van die betrokke tenderaar van toekomstige staatskontrakte vir 'n periode van tot tien jaar. In oorweging van 'n staatsorgaan se pligte onder die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid het die konstitusionele hof in *Viking Pony Africa Pumps (Pty) Ltd t/a Tricom Africa v Hydro-Tech Systems (Pty) Ltd*¹⁸ opgemerk dat hierdie bepalinge¹⁹ verseker dat geen staatsorgaan passief kan bly wanneer daar aanduidings van bedrieglike voorkeur is nie, maar dat dit staatsorgane verplig om

gepaste stappe te neem om die situasie aan te spreek.²⁰ Die hof het 'n breë interpretasie van 'n staatsorgaan se pligte in hierdie verband aanvaar en bepaal dat die plig om op te tree ontstaan sodra die staatsorgaan bedrieglike optrede bespeur. Die hof het aangedui dat *bespeur* ("detect") in hierdie verband

generally means no more than discovering, getting to know, coming to the realisation, being informed, having reason to believe, entertaining a reasonable suspicion, that allegations, of a fraudulent misrepresentation by the successful tenderer, so as to profit from preference points, are plausible.²¹

Die hof het gevolglik die argument verwerp dat 'n staatsorgaan se plig om stappe te neem ontstaan eers wanneer bedrieglike optrede afdoende as feit bewys is.²² Uit hierdie beslissing is dit duidelik dat 'n staatsorgaan pro-aktief moet wees in die navolg van bewerings van korrupsie in die konteks van voorkeurverkryging. Dit is ook duidelik dat die voorskrif om gepaste stappe te neem 'n wye spektrum van verskillende handelingte aan die kant van die staatsorgaan mag vereis, insluitende aanvanklike ondersoek om die bewerings te bevestig en indien daar meriete in die bewerings is, die instel van sanksies teen die bedrieglike tenderaar.

Die mag om tenderaars uit te sluit van toekomstige staatskontrakte as 'n sanksie in terme van die Wet op Openbare Finansiële Bestuur, die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Finansiële Bestuur en die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid het gelei tot die skep van die Databasis vir Beperkte Verskaffers.²³ Hierdie databasis word deur die nasionale tesourie bygehou en bevat al die inligting rakende besluite om tenderaars uit te sluit van toekomstige staatskontrakte deur enige staatsorgaan.²⁴ Kontrakterende staatsorgane is verplig om te bevestig, alvorens 'n tender toegeken word, dat die voorkeurtenderaar nie op die databasis verskyn nie.²⁵ Indien die voorkeurtenderaar wel op die databasis verskyn moet die kontrak nie aan daardie tenderaar toegeken word nie.

Die finale stuk wetgewing om te oorweeg in Suid-Afrika se stryd teen korrupsie in staatsverkryging is die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Bedrywighede ("die Korrupsie Wet"). Hierdie wet skep twee korrupsie-misdrywe: artikel 12, "Misdrywe ten opsigte van korrupte bedrywighede met betrekking tot kontrakte",²⁶ en artikel 13, "Misdrywe ten opsigte van korrupte bedrywighede met betrekking tot verkryging en terugtrekking van tenders".²⁷ Tussen hierdie twee artikels word korrupsie in die verkryging van staatskontrakte oor 'n breë spektrum gekriminaliseer. Artikel 17 maak dit voorts ook 'n misdryf vir 'n openbare beampte om 'n private belang te bekom of te hou in enige kontrak met die staatsorgaan in wie se diens hy of sy staan. Hierdie "korrupsie misdrywe" is onderhewig aan spesiale strawwe in terme van die Korrupsie Wet. Wanneer 'n persoon skuldig bevind word aan enige van die misdrywe geskep in artikels 12 of 13 mag die hof, addisioneel tot die gewone strawwe van boetes en/of tronkstraf,²⁸ beveel dat die persoon se besonderhede op die Register vir Tenderoortreders geëndosseer word.²⁹ Dié register word deur die wet self geskep.³⁰ Endossering op die register lei daartoe dat die persoon uitgesluit word van alle toekomstige staatskontrakte vir die termyn van endossering en dat enige bestaande kontrakte met daardie persoon gekanselleer kan word.³¹ Terwyl dit die hof is wat die bevel gee vir endossering, word die termyn van endossering deur die nasionale tesourie bepaal met 'n minimum van vyf jaar en 'n maksimum van tien.³² Die buitengewone aspek van endossering op die register in terme van die Korrupsie Wet, is die wye omvang van verwante partye waarvan die besonderhede ook op die register geëndosseer mag word as gevolg van 'n skuldigbevinding van 'n korrupte tenderaar sonder dat enige van hierdie verwante persone partye tot die strafverhoor was. Buiten die persoon wat skuldig bevind is in die strafverhoor (*die oortreder*), mag die besonderhede van die volgende verwante partye

ook geëndosseer word met die gevolg dat hulle ook van toekomstige staatskontrakte uitgesluit sal word:

- "enige vennoot, bestuurder, direkteur of iemand anders wat gehele of gedeeltelike beheer oor daardie onderneming [die oortreder] uitoefen of kan uitoefen en wat betrokke was by die betrokke misdryf of wat weet of redelikerwys behoort te geweet of vermoed het dat die onderneming die betrokke misdryf gepleeg het";³³
- "enige ander onderneming besit of beheer deur die aldus veroordeelde";³⁴
- "enige vennoot, bestuurder, direkteur of iemand anders wat gehele of gedeeltelike beheer oor sodanige ander onderneming uitoefen of kan uitoefen, en welke — (aa) onderneming, vennoot, bestuurder, direkteur of iemand anders betrokke was by die betrokke misdryf; of (bb) ... geweet het of redelikerwys behoort te geweet of vermoed het dat sodanige ander onderneming betrokke was by die betrokke misdryf";³⁵
- "elke onderneming wat in die toekoms opgerig word en welke onderneming in geheel of gedeeltelik beheer of besit word deur die persoon of onderneming aldus veroordeel of geëndosseer".³⁶

Die Register vir Tenderoortreders, geskep deur die Korrupsie Wet, staan apart van die Databasis vir Beperkte Verskaffers, waarna hierbo verwys is, hoewel beide deur die nasionale tesourie instandgehou word.³⁷ Staatsorgane is verplig om te bevestig dat voorkeurtenderaars op geneen van hierdie lyste verskyn nie voor die toeken van 'n kontrak.³⁸

Bostaande oorsigtelike bespreking dui aan dat daar geen tekort aan regsmeganismes in Suid-Afrika is gemik op die bekamping van korrupsie in staatskontrakte nie. Hoë vlakke van korrupsie in staatskontraktering kan dus nie toegeskryf word aan 'n gebrek aan toepaslike regsreëls en instellings nie. Die vraag is dus wat skort met hierdie oorfloed van regsmeganismes wat meebring dat korrupsie steeds hoogty vier. In die volgende afdeling bespreek ek 'n aantal redes wat na my mening bydrae tot hierdie stand van sake.³⁹

3. Probleme in die regulering van staatsverkryging

3.1 Gefragmenteerde regulasie

Een van die grootste probleme met die staatsverkrygingsregulasie in Suid-Afrika, indien nie die enkele grootste probleem nie, is die gefragmenteerde aard van die regulatoriese sisteem. As mens alleen fokus op artikel 217(1) van die Grondwet, wat die vyf basiese beginsels van staatsverkryging in Suid-Afrika neerlê, sal mens verwag om 'n koherente, eenvormige en gesistematiseerde regulatoriese struktuur te vind, gebou op die duidelike en gesaghebbende vyf beginsels. Die oomblik sodra mens egter agter die Grondwet kyk, verander die prentjie drasties.

Soos ek in afdeling 2 hierbo uitgewys het, is daar 'n groot aantal wetgewende instrumente wat verskillende aspekte van staatskontraktering reguleer met min of geen belyning tussen die verskillende meganismes nie. Hierdie probleem geld ook vir meganismes gemik op korrupsie in staatsverkryging. Soos ek uitgewys het, benader elk van die drie primêre stukke wetgewing in dié konteks verkrygingskorrupsie op 'n eiesoortige wyse met verskillende meganismes wat oorvleuel en by geleentheid tot duplisering lei. Die remedies geskep deur hierdie onderskeie wetgewende bepalings is een voorbeeld waarop ek in meer besonderhede in afdeling 3.5 hieronder uitbrei. Nog 'n voorbeeld, waarna ek reeds hierbo verwys het, is die twee lyste van uitgeslote tenderaars in die Databasis van Beperkte Verskaffers en die Register van Tenderoortreders. Hoewel dit maklik is om op die oog-af te

onderskei tussen hierdie twee lyste en hulle oënskynlik neerslag vind in twee uiteenlopende kontekste, kan die dieperliggende oorvleueling tussen die twee meganismes regulatoriese probleme meebring. Dit is byvoorbeeld moeilik om 'n geval voor te stel waar 'n tenderaar skuldig bevind kan word aan 'n misdryf in terme van artikels 12 of 13 van die Korrupsie Wet en gevolglik gestraf word met endossering op die register sonder dat die betrokke staatsorgaan bewus was van die onbehoorlike optrede en gevolglik onder 'n verpligting was in terme van die Wet op Openbare Finansiële Bestuur en die Tesourie Regulasies daaronder om ook toepaslike stappe, insluitende sanksies, te neem. Trouens, 'n suksesvolle vervolging van 'n artikel 12 of 13-misdryf sou benouliks haalbaar wees sonder die noue samewerking van die betrokke kontrakterende staatsorgaan. Dit volg dus dat dieselfde onbehoorlike optrede noodwendig lei tot uitsluiting van die oortreder van toekomstige staatskontrakte deur middel van beide die databasis en register. Die *meganismes* agter sodanige insluiting op die twee lyste verskil egter drasties en daarmee die moontlike termyn van endossering. Die vraag ontstaan hoekom daar twee afsonderlike meganismes ter sprake is hier.

Die gefragmenteerde aard van verkrygingsreg word vererger deur die toepassing van 'n aantal algemene stukke wetgewing, soos die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000, wat besondere implikasies vir staatskontraktering inhou naas die spesifieke wetgewende bepalings hierbo uitgewys. In hierdie meer algemene wette vind mens verdere bepalings wat nog verdere detail reëls vir verkryging neerlê. Die uitsluiting van tenderaars is weereens 'n goeie voorbeeld van hierdie verdere fragmentasie. Dit is nou gevestigde reg dat die besluit om tenderaars op die Databasis van Beperkte Verskaffers te plaas 'n administratiewe handeling is met die gevolg dat administrateurs ook die reëls van die algemene administratiefreg moet nakom in die neem van so 'n besluit.⁴⁰ Administratiefreg kan moontlik ook 'n rol speel in die endossering van tenderaars op die Register van Tenderoortreders.⁴¹ Selfs op hierdie vlak is die regulatoriese prentjie egter nog nie volledig nie aangesien die wetgewing aangevul word deur verkrygingsbeleid, wat in wese die detail reëls bevat waaraan 'n bepaalde staatskontrak moet voldoen.

Daar is vele teenstrydighede tussen hierdie verskillende instrumente en dié moeras van regulasie skep besondere uitdagings vir administrateurs ten einde effektiewe staatsverkryging te bedryf. In sy analyse van die praktiese implikasies van die meervoudige regulasies toepaslik in hierdie veld wys Wim Trengove daarop dat daar nie minder nie as sewe lae van reg is waardeur 'n administrateur moet worstel ten einde goedere of dienste te bekom.⁴² Dit is dus nie moeilik om te begryp hoekom misbruik van die verkrygingstelsel so moeilik is om te patrolleer nie. Waar die reëls van die spel nie duidelik is nie of nie maklik is om onomwonde te formuleer nie is dit uiteraard baie moeiliker om nakoming effektief af te dwing. In hierdie konteks kan gebrekkige verkryging net sowel 'n gevolg van gebrek aan kapasiteit wees, waarvoor individuele administrateurs benouliks verkwalik kan word gegewe die gekompliseerde aard van verkrygingsregulasie, as 'n gevolg van misbruik of korrupsie. Om die verskil tussen gebrekkige kapasiteit en misbruik of korrupsie as oorsake van mislukte staatskontraktering te identifiseer is gevolglik nie altyd maklik nie en kan 'n baie duur en tydrowende oefening wees wat besonderhede deskundigheid vereis en as 'n gevolg nie werklik haalbaar is oor 'n breë spektrum van staatskontraktering nie. So 'n ondersoek mag dalk regverdigbaar wees in geval van groot staatskontrakte, soos byvoorbeeld die Seriti kommissie se huidige ondersoek na die regering se berugte wapentransaksie, maar verseker nie vir alledaagse aankope nie. Maar juis hierin sit die knoop, want soos die spreekwoord lui: dit is die klein jakkalsies wat die wingerd verniel.

3.2 Aard van die regulatoriese raamwerk

’n Tweede groot probleem in verkrygingsreg in Suid-Afrika, wat skakel met die eerste probleem van fragmentasie, handel oor die aard van die regulatoriese raamwerk. Die keuse van verkrygingsbeleid as die voertuig vir die spesifieke reëls van toepassing op individuele staatskontrakte is besonder problematies. Soos wat mens kan verwag van beleidsdokumente is hierdie voorskrifte in beleidsterme geformuleer wat nie altyd gepas is vir regulatoriese doeleindes nie, ten minste nie wat die implementering van regulasies betref nie. As ’n mens na sulke beleidsdokumente kyk vind ’n mens dikwels vae, wollerige stellings soos “die verkrygingseenheid moet goeie verhoudinge met verskaffers nastreef”. Hoewel so ’n stelling gepas is in ’n suiwer beleidsdokument, raak dit ietwat problematies wanneer dit vermeng word met meer spesifieke, afdwingbare regsreëls wat die implementering van bepaalde verkrygingstransaksies moet reguleer. Soos met die eerste probleem in paragraaf 3.1 hierbo uitgewys, raak dit moeilik om in hierdie konteks te onderskei tussen ondeurdagte verkrygingsbesluite en korrupte optrede waar die reëls wat die besluite onderlê nie besonder duidelik of voldoende spesifiek is nie.

3.3 Desentralisasie van staatskontraktering

Die derde rede wat bydrae tot gebrekkige staatskontraktering en wat die stryd teen tenderkorrupsie ondermyn in Suid-Afrika is ’n historiese een. Na my mening was dit ’n groot fout om terselfdertyd te poog om die funksie van verkryging *sowel as* die skep van die reëls wat verkryging beheers te desentraliseer. Met ander woorde, dit was ’n fout om van individuele staatsorgane te verwag om self hul verkryging te bestuur, insluitende self kontrakte te sluit, *sowel as* om self die reëls te skryf waarvolgens hulle hierdie funksie sal vervul, soos wat tans in die vorm van verkrygingsbeleid verwag word. Dit is moeilik genoeg om van amptenare in elke staatsorgaan te verwag om die gesentraliseerde verkrygingsfunksie van die staatstenderraad en onderskeie provinsiale tenderrade oor te neem binne die konteks van ’n hoogs gefragmenteerde regulatoriese raamwerk, maar om verder te verwag dat hierdie amptenare ook nog die reëls van verkryging binne hul onderskeie omgewings moet skep en onderhou is ’n stap te ver.

Die gevolg van hierdie dubbele desentralisasie was ook aansienlike uiteenlopendheid in hoe staatskontraktering deur verskillende staatsorgane aangepak word en hoe dit op voetsoolvlak gereguleer word. Hierdie verskille ondermyn verder die oordrag van vaardighede en die ontwikkeling van breë deskundigheid in staatskontraktering *sowel as* gekoördineerde oorsig. Al hierdie faktore lei tot ’n uiters kwesbare regulatoriese omgewing wat eenvoudig nie opgewasse is om die versoekings wat die groot bedrae ter sprake in staatskontrakte meebring effektief te weerstaan nie.

In hierdie konteks is dit opmerklik dat terwyl ’n geïntegreerde, gedesentraliseerde benadering tot verkryging, dit is die werklike bekom van goedere en dienste, wyd aanvaar word as wenslik, die afwenteling van die funksie om die toepaslike reëls te skep en selfs oorsig na die vlak van die kontrakterende staatsorgaan nie in lyn is met internasionale beste praktyk nie.⁴³ Met ander woorde, in die meeste moderne verkrygingstelsels vind mens vandag dat die werklike verkryging van die goedere deur die staatsorgaan wat daardie goedere nodig self gedoen word en nie meer deur ’n sentrale liggaam soos ’n nasionale tenderraad nie. In teenstelling hiermee, suggereer internasionale beste praktyk egter dat die skep van verkrygingsreëls asook oorsig oor verkryging eerder deur ’n sentrale, nasionale liggaam wat ideaal onafhanklik van die regering is, gedoen moet word.

3.4 Wisselende toepassing van die gemeneg deur die howe

Terwyl die wetgewende raamwerk wat staatskontraktering omvat alreeds uiters gefragmenteerd is, soos hierbo aangedui, lei die toepassing van gemeenregtelike reëls deur die howe in hierdie area tot verdere onsekerheid. Gemeenregtelike reëls en in die besonder reëls van die kontraktereg en administratiefreg word nie eenvormig toegepas op staatskontraktering nie. Terwyl daar steeds vele onbeantwoorde vrae is, skep uitsprake dikwels meer vrae as wat dit antwoorde bied. Vir 'n administrateur is hierdie stand van sake uiteraard hoogs verwarrend.

Die howe se weifeling tussen die toepassing van administratiefreg aan die een kant van die spektrum en kontraktereg aan die ander kant, met 'n wisselende mengsel tussen-in,⁴⁴ skep fundamentele vrae oor die aard van staatsverkrygingsreg in Suid-Afrika, wat ook 'n impak het op korrupsie. Etiese norme en standaarde verskil merkbaar tussen publieke handelinge, dit is handeling geneem in die publieke belang deur staatsorgane, en suiwer besigheidstransaksies. In laasgenoemde kategorie het ons skynbaar 'n heelwat groter aptyt vir harde-baard optrede as in die eerste kategorie gevalle. Hierdie stand van sake in Suid-Afrika word onder andere uitgedra in artikel 195 van die Grondwet wat openbare administrasie toewy aan "demokratiese waardes en beginsels". Ons beskou dus kennelik die staat as 'n rolmodel vir die samelewing⁴⁵ insluitende as 'n "moral exemplar"⁴⁶ onderhewig aan hoër etiese standaarde as ander regsobjekte of ten minste deelnemers aan die mark. Ten einde die staat aan sodanige hoër etiese standaarde te hou, is dit gevolglik belangrik om te kan onderskei tussen publieke handelinge en besigheidstransaksies. Staatskontraktering pas egter nie gemaklik in hierdie tweedeling nie. Aan die een kant tree die staat in hierdie gevalle duidelik op vir die doeleindes van staatsadministrasie, maar aan die ander kant is staatsverkrygingstransaksies dikwels identies aan transaksies onderneem deur enige ander markdeelnemer en kom dit dus as blote besigheidstransaksies voor. Hierdie probleem vind neerslag in die reg in die wyse waarop staatsverkryging gemeenregtelik gereguleer word deur óf die administratiefreg óf die kontraktereg. Om dit anders te stel, die spanning tussen hierdie verskillende sieninge van staatsverkrygingstransaksies word weerspieël in die howe se konseptualisering van staatsverkryging as óf onderhewig aan administratiefreg óf aan kontraktereg. Die uitkoms van hierdie stryd hou gevolglik belangrike implikasies in vir die toepassing van etiese standaarde op die tersaaklike handelinge.

Ongelukkig het die Suid-Afrikaanse howe tot dusver nie 'n besonder konsekwente benadering tot die spanning in hierdie tweedeling gevolg nie. Na my mening het die onsekerheid wat hiermee meegebring word 'n negatiewe impak op die afdwinging van die hoogste etiese standaarde op staatshandelinge. 'n Mens sou dink dat die vraagstuk beantwoord is toe appèlregter Cameron in *Logbro Properties CC v Bedderson NO*⁴⁷ dit gestel het dat

[e]ven if the conditions [at issue] constituted a contract ... its provisions did not exhaust the province's duties toward the tenderers. Principles of administrative justice continued to govern that relationship, and the province in exercising its contractual rights in the tender process was obliged to act lawfully, procedurally and fairly ... The principles of administrative justice nevertheless framed the parties' contractual relationship, and continued in particular to govern the province's exercise of the rights it derived from the contract.

Hierdie sinvolle benadering is egter nie in daaropvolgende uitsprake konsekwent nagevolg nie. In een van die mees opmerkbare afwykings hiervan het die hoogste hof van appèl in *Government of the RSA v Thabiso Chemicals*⁴⁸ opgemerk dat

the principles of administrative law have [no] role to play in the outcome of the dispute. After the tender had been awarded, the relationship between the parties in this case was governed by the principles of contract law.

Dit is geen verrassing nie dat hierdie latere siening intussen gelei het tot 'n eng konseptualisering van staatsverkrygingstransaksies as suiwer kommersieel en gevolglik nie onderhewig aan die hoogste etiese standaard nie. Die beste voorbeeld van hierdie uitkoms is te vinde in die uitspraak in *South African Container Stevedores (Pty) Ltd v Transnet Port Terminals*.⁴⁹ In hierdie saak verklaar die hoë hof dat

there is no reason why 'commercial arm twisting' should not be allowed in the procurement process and that it must be borne in mind that the purpose of section 217 is, subject to the affirmative action issue, to ensure that the government gets the best price and value for which it pays.⁵⁰

Met hierdie vlak van teenstrydige basiese (regs-) konseptualisering van staatsverkryging is dit moeilik om verkrygingsbeampies tot presiese etiese standaard te hou. 'n Mens sou selfs kon aanvoer dat aangesien die reg beskou kan word as 'n uitdrukking van 'n samelewing se norme en standaard, die weifeling wat na vore kom uit hierdie teenstrydige regsbenaderings moontlik dui op 'n weifeling in ons gemeenskap se siening van ons verwagtinge van staatsverkryging. Dit dui moontlik op 'n onsekerheid oor of ons skoon staatsverkryging teen alle koste verkies bo goedkoop en vinnige verkryging wat die wiede van staatsadministrasie teen 'n hoër tempo aan die rol hou. Indien dit inderdaad die geval is dat daar so 'n aarseling in ons openbare bewussyn bestaan oor die sleutelmerk van staatsverkryging kan ons nie verwag dat die positiewe reg nietemin wondere sal verrig en korrupsievrye staatsverkryging sal meebring nie.

3.5 Die stelsel van remedies

Die afdwinging van staatsverkrygingsreëls in Suid-Afrika, dit is die stelsel van remedies, skep ook probleme in die stryd teen tenderkorrupsie. Die Suid-Afrikaanse verkrygingsremediestelsel is nóg samehangend nóg behoorlik belyn.⁵¹ Net soos staatsverkrygingsregulering oor die algemeen gefragmenteerd is, bestaan die stelsel van remedies uit meerdere, dikwels oorvleuelende en selfs botsende individuele remedies. Daar is geen enkele benadering tot interne of administratiewe afdwingingsmeganismes nie maar eerder 'n veelvoud van onsamehangende interne remedies gestrooi oor die verkrygingslandskap, die detail waarvan dikwels alleen te vinde is in verkrygingsbeheerbeleid van individuele instellings.

Die beskikbare eksterne remedies is geensins meer stelselmatig nie. Soos in die vorige afdeling opgemerk, is die toepassing van administratiewe freg op staatsverkrygingshandelinge en gevolglik die beskikbaarheid van geregtelike hersiening van sulke handelinge geensins konsekwent nie. Nietemin, soos appèlregter Nugent in *South African Post Office v De Lacy*⁵² opgemerk het, het hersieningsaansoeke rakende verkrygingshandelinge algemeen geword.

Die vraag is dus hoekom hierdie hoër vlakke van geregtelike oorsig, oftewel pogings om verkrygingsreëls af te dwing, nie lei tot minder gebrekkige verkryging nie, insluitende 'n afname in tenderkorrupsie. Na my mening lê ten minste 'n deel van die antwoord opgesluit in die feit dat die meeste van die eksterne remedies nie behoorlik ontwikkel is nie, wat ons weereens terugbring by die gebrek aan behoorlike sistematiese en koördinerende verskillende individuele remedies. Staatsverkrygingsregulering behoort tot 'n groot mate self-afdwingend te wees aangesien daar meestal meer as een tenderaar betrokke is by 'n

verkrygingsproses met die gevolg dat daar ten minste altyd een party is (die verloorder) wat goeie aansporing het om nakoming van die verkrygingsreëls nougeset te monitor en wat afdwingingsmeganismes kan aktiveer indien nodig. Vir hierdie self-afdwinging om egter optimaal te werk moet daar effektiewe en gesistematiseerde afdwingingsmeganismes bestaan. In hierdie verband faal die Suid-Afrikaanse reg. As gevolg van die onderontwikkelde stand van die stelsel van remedies beskikbaar aan tenderaars geniet ons nie die regulatoriese voordele van private afdwinging nie. Skadevergoeding as 'n remedie in staatsverkryging is grootliks onbenut in Suid-Afrika. 'n Deliktuele eis is net 'n baie eng omstandighede beskikbaar te wete waar *mala fides* soos korrumperte handelinge bewys kan word en nie in gevalle waar verlies as gevolg van *bona fide* handelinge veroorsaak is nie.⁵³ Die moontlikheid van vergoeding as deel van 'n hersiening bly grootliks onverkende gebied.⁵⁴ Die gevolg van hierdie swak vergoedingseise is dat teleurgestelde tenderaars noodwendig hul wend tot geregtelike hersiening. Dit is egter te betwyfel of geregtelike hersiening 'n gepaste remedie is vir tenderaars om hul private belange te beskerm. Soos adjunk-hoofregter Moseneke in *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape*⁵⁵ opgemerk het:

It is nonetheless appropriate to note that ordinarily a breach of administrative justice attracts public law remedies and not private law remedies. The purpose of a public law remedy is to pre-empt or correct or reverse an improper administrative function. In some instances the remedy takes the form of an order to make or not to make a particular decision or an order declaring rights or an injunction to furnish reasons for an adverse decision. Ultimately the purpose of a public remedy is to afford the prejudiced party administrative justice, to advance efficient and effective public administration compelled by constitutional precepts and at a broader level, to entrench the rule of law.

In die meeste hersieningsaansoeke in die verkrygingskonteks is dit egter veilig om aan te neem dat die applikant nie voor die hof is om breër grondwetlike waardes te bevorder of selfs korrupsie te beveg nie, maar eerder om die verlore staatskontrak te bekom of ten minste koste verloor in die gebrekkige tenderproses te herwin.⁵⁶ Wat dus na vore kom uit hierdie opstelling van remedies is 'n totale omkeer van die behoorlike rolle van die onderskeie remedies binne die breër regulatoriese sisteem. Die remedie wat mees gepaste een is om private belange te beskerm, te wete skadevergoeding, word eng gekonstrueer wat dit baie moeilik maak vir private partye om hul belange te beskerm, maar wat wel die nastreef van breër belange, soos die stryd teen korrupsie, aanmoedig. In teenstelling is die remedie wat die mees gepaste een is om die breër openbare belang te bevorder, naamlik geregtelike hersiening, algemeen beskikbaar vir private tenderaars, maar met uiters beperkte remediërende voordele vir daardie tenderaar. Die gevolg is dat private belange in 'n publieke remedie ingedwing word met die effek dat die openbare belang, merkbaar die stryd teen korrupsie, tussen die remedies verlore gaan.

4. Oplossings

In die lig van die probleme hierbo uitgelig kan ons nou fokus op die moontlike oplossings. Die vraag hier is hoe ons die aansienlike reg wat staatsverkryging beheers meer effektief kan inspan in die stryd teen korrupsie. Hoewel ek geensins voorhou om al die antwoorde te hê nie en nie eens daarop kan aanspraak maak dat hierdie tentatiewe voorstelle inderdaad die probleem gaan *oplos* nie, dink ek wel daar is 'n aantal stappe wat ons kan neem wat ten minste die moontlikheid kan vergroot dat die reg effektief korrupsie in staatsverkryging kan teenwerk.

4.1 Sentraliseer en verenig die reëls van staatsverkryging

Die eerste stap in die vind van oplossings vir bostaande probleme is om 'n enkele wet te skep wat alle aspekte van staatsverkryging omvat met spesifieke regulasies wat die reëls van verkryging uiteensit. So 'n wet behoort dus die huidige gefragmenteerde statutêre bepalinge betreffende staatsverkryging te konsolideer en die regulering van staatsverkryging op alle regeringsvlakke en sferes en vir alle staatsorgane op 'n enkele eenvormige grondslag plaas. 'n Eenvormige, sentrale wet met regulasies behoort ook weg te doen met die noodsaak aan verkrygingsbeleid as 'n vorm van regulasie binne individuele staatsorgane. So 'n stap sal baie bydrae tot die skep van 'n meer deursigtige stelsel, met 'n baie groter kans vir effektiewe monitering van nakoming. Dit behoort ook te lei tot die ontwikkeling van groter kundigheid in verkryging aangesien alle rolspelers met dieselfde stel reëls dwarsoor alle staatsinstellings sal werk wat weereens groter reëlnakoming ondersteun.

Daar is enkele tekens dat daar wel beweging in hierdie rigting is. 'n Voorbeeld is die nuwe Voorkeurverkrygingsregulasies, 2011 wat alle staatsorgane onder 'n enkele stel reëls rakende voorkeurverkryging gebring het. Noudat ook staatsbeheerde ondernemings sedert Desember 2012 onderhewig is aan hierdie enkele stel reëls,⁵⁷ is dit die eerste keer in Suid-Afrika se "nuwe" verkrygingslandskap, ingelei deur die Wet op Openbare Finansiële Bestuur, dat *alle* staatsorgane onderhewig is aan 'n enkele stel reëls oor hoe staatskontrakte beoordeel moet word. Nog 'n positiewe ontwikkeling is die konsep Tesourie Regulasies onder die Wet op Openbare Finansiële Bestuur wat in November 2012 vir kommentaar gepubliseer is met 'n teiken implementeringsdatum van 1 April 2013.⁵⁸ Hierdie konsep bevat dramaties meer reëls rakende verkryging as die huidige Tesourie Regulasies.⁵⁹ Daar word heelwat minder oorgelaat aan individuele staatsorgane se verkrygingstelsels en oor meeste aspekte van verkryging vind 'n mens een of ander reël in die konsep. Hoewel hierdie regulasies nie van toepassing is op plaaslike regering nie en daar dus steeds onderskeid is tussen die regulering van staatsverkryging op verskillende vlakke van regering, is hierdie konsep 'n positiewe stap in die rigting van groter duidelikheid en eenvormigheid in staatsverkrygingsregulering.

4.2 Skep 'n enkele oorsig-struktuur op nasionale vlak

Terwyl dit sinvol is dat elke staatsorgaan sy eie verkryging bestuur, moet daar nietemin 'n sentrale nasionale liggaam wees wat toesig kan hou oor verkrygingspraktyke en wat strategiese ingryping kan loods waar nodig, soos byvoorbeeld om verkrygingsreëls aan te pas of nuwe reëls te skep waar sistemiese probleme na vore kom. Die voorbeeld van die Suid-Afrikaanse Inkomstediens is 'n goeie model om te oorweeg in hierdie verband. Die oogmerk van so 'n liggaam moet wees om nie self verkryging te behartig nie, met ander woorde dit is nie 'n tenderraad soos ons dit voorheen in Suid-Afrika geken het nie, maar eerder om leiding te verskaf vir institusionele verkryging en om in te meng waar nodig. Dit is belangrik dat hierdie liggaam voorts onafhanklik van die regering moet wees ten einde dit in staat te stel om behoorlike nakoming van verkrygingsreëls na te volg sonder vrees vir politieke of burokratiese inmenging. Vanuit 'n teen-korrupsie perspektief is so 'n struktuur van uiterste belang. Daar is geen twyfel nie dat korrupsie, insluitende verkrygingskorrupsie, sistemies is in Suid-Afrika. Die enigste wyse om dus verkrygingskorrupsie effektief te bestry is deur die skep van meganismes wat 'n oorkoepelende blik op die hele staatsverkrygingstelsel het. Die behoefte aan so 'n meganisme blyk duidelik uit die groot aantal en hoë profiel ondersoeke en klagtes insake verkryging wat deur die openbare beskermer onderneem word.

Daar is weereens tekens van positiewe stappe in hierdie rigting. In sy 2012 begrotingstoespraak het minister van finansies Pravin Gordhan aangekondig dat 'n nuwe staatsverkrygingsoorsigliggaam, die Kantoor van die Hoof Verkrygingsbeampte ("Office of the Chief Procurement Officer") geskep gaan word binne die nasionale Tesourie. Die oogmerk van hierdie struktuur sal wees om oorsig te bied oor alle staatsverkryging met 'n spesifieke fokus op korrupsie. Die eenheid sal gelei word deur 'n Hoof Verkrygingsbeampte, waarvan die funksies sal insluit:

- Verbetering van die funksionering en effektiwiteit van die staatsverkrygingstelsel.
- Bevordering, monitering, assessering en afdwinging van verkrygingsbeheer.
- Ontwikkeling en implementering van 'n nasionale verkrygingstrategie.
- Oorsig oor die bestuur van termynkontrakte vir algemene goedere en dienste.
- Oorsig oor die ontwikkeling van verkrygingskapasiteitsbou en kliënte ondersteuning.

Die 2012 konsep Tesourie Regulasies stel ook 'n aansienlik meer omvattende rapporteringstruktuur vir verkryging in die vooruitsig in vergeleke met die huidige Tesourie Regulasies. Die konsep sluit in maandelikse rapportering van alle verkrygingstransaksies.⁶⁰ Alhoewel rapportering steeds net aan die toepaslike tesourie is, is die voorgestelde verpligtinge 'n stap in die regte rigting wat oorsig betref.

4.3 Howe moet hul rol in verkrygingsbeheer duidelik afbaken

Wanneer bostaande twee stappe geneem is, is dit belangrik vir die houe om hul rol in die regulering van staatsverkryging versigtig en duidelik af te baken. Hierdie proses behels primêr 'n heroorweging van die beskikbaarheid van verskillende remedies en die omstandighede waaronder elk nagevolg kan word.

Na my mening behoort (skade)vergoeding meer algemeen beskikbaar te wees aan verontregte tenderaars wat nadeel gely het as gevolg van 'n verbroude tenderproses.⁶¹ Hierdie is die gepaste wyse om private belange te beskerm en sal die onbehoorlike steun op geregtelike hersiening as 'n meganisme om sodanige private belange te bevorder verminder. Geregtelike hersiening kan dan terugkeer na sy behoorlike rol in die nastreef van administratiewe geregtigheid en die realisering van goeie, skoon administrasie. Die verdere gevolg sal wees dat regters meer spesifiek kan fokus op die sistemiese probleme wat na vore kom uit die geregtelike hersiening van verkrygingsbesluite en om remedies te skep wat sensitief is vir sodanige sistemiese kwessies eerder as om eng te moet fokus op die belange van die spesifieke partye voor die hof soos wat tans te dikwels die geval is. My argument in hierdie verband moet nie verkeerd verstaan word as 'n beroep op minder geregtelike oorsig of kontrole nie, maar eenvoudig vir 'n versigtige oorweging van die mees effektiewe vorm van oorsig vir bepaalde regulatoriese probleme. Dit sluit in die vraag of houe inderdaad die mees gepaste meganisme is in die voorste linie in die stryd teen tenderkorrupsie.

5. Gevolgtrekking

Korrupsie en tenderkorrupsie in die besonder is een van die grootste gevare in Suid-Afrika se voortgesette ontwikkeling in die rigting van 'n stabiele grondwetlike demokrasie. Indien ons nie hierdie moderne plaag effektief kan stuit nie sal dit net verder vreet aan om ons reeds beperkte bronne beskikbaar vir die realisering van sosiale geregtigheid as 'n sleutelaspek van ons grondwetlike oorgang en wat steeds bloot 'n belofte is aan meeste Suid-Afrikanners.

Korrupsie in staatsverkryging neem nie alleen bronne weg van hul openbare doel nie, maar ondermyn die hele staatsprogram wat deur die benodigde goedere en dienste gedien moes

word. Die stryd teen tenderkorrupsie behoort dus 'n hoë prioriteit te wees in ons algemene stryd teen korrupsie.

Soos ek in hierdie bydrae aangedui het, is daar geen tekort aan regsreëls gerig op die stryd teen tenderkorrupsie nie. Die probleem is eerder een van belyning en koördinerende van die verskillende dimensies van staatsverkrygingsregulasie op so 'n wyse wat die bekampings van tenderkorrupsie 'n realiteit eerder as net 'n beleid sal maak.

Bibliografie

Bolton, P. 2006. The exclusion of contractors from government contract awards. *Law, Democracy and Development*, 10(1):25–48.

—. 2007. *The law of government procurement in South Africa*. Durban: LexisNexis.

Coetzee, G. 2012. Ace-uitsprake onder die loep. *Volksblad*. 22 Februarie. <http://www.volksblad.com/Rubrieke/GertCoetzee/Ace-uitsprake-onder-die-loep-20120222> (4 Desember 2012 geraadpleeg).

Couzens, M. 2012. Procurement adjudication and the rights of children: *Freedom Stationery (Pty) Ltd v MEC for Education, Eastern Cape* 2011 JOL 26927 (E). *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 15(1):391–428.

Davies, A.C.L. 2006. Ultra vires problems in government contracts. *Law Quarterly Review* 122:98–123.

Departement van Basiese Onderwys en SECTION27. 2012. *Joint statement issued by the Department of Basic Education and SECTION27 on the release of the Limpopo textbook delivery verification report*. <http://www.section27.org.za/wp-content/uploads/2012/07/16-July-2012-Limpopo-Report-Joint-Statement1.pdf> (20 Augustus 2012 geraadpleeg).

Departement van Handel en Nywerheid. 2011. Leveraging public procurement. *Annual Small Business Summit*. 12 Oktober. http://www.thedti.gov.za/sme_development/sumit/Leveraging%20Public%20Procurement%20as%20a%20Market%20for%20Small%20Enterprises.pdf (14 Augustus 2012 geraadpleeg).

Fuller, M.B., M. Nebbe en W. Schreiner (reds.). 2011. *Africa growth report*. Beirut Boston Pretoria Tianjin Zurich: INNOVATIO Publishing Ltd.

Gilder, B. 2012. Tackle all dimensions of corruption. *The Sunday Independent*. 08 Desember. <http://www.iol.co.za/sundayindependent/tackle-all-dimensions-of-corruption-1.1360443> (9 Januarie 2013 geraadpleeg).

Jongbloed, Z. 2010. Die jagseisoen op Julius Malema is nou oop. *Die Burger*. 18 Julie. <http://www.dieburger.com/Rubrieke/ZeldaJongbloed/Die-jagseisoen-op-Julius-Malema-is-nou-ooop-20100718-2> (4 Desember 2012 geraadpleeg).

Lamprecht, M. 2012. Leuens onvermydelik. *Beeld*. 01 April. <http://www.beeld.com/Suid-Afrika/Nuus/Leuens-onvermydelik-20120401> (4 Desember 2012 geraadpleeg).

(2013) 10:1 *LitNet Akademies* 215-248 (<http://www.litnet.co.za/Article/die-reg-se-onskynlike-onvermoom-korrupsie-in-staatskontraktering-in-suid-afrika-hok-te-s/>)

Naki, E. 2012. Tenderpreneurs: the bad side of BEE. *The New Age*. 22 Februarie. http://thenewage.co.za/Detail.aspx?blog_id=2021&blog_cat_id=1079 (9 Januarie 2013 geraadpleeg).

Pakuscher, E.K. 1971. Judicial review of executive acts in economic affairs in Germany. *Journal of Public Law*, 20:273–98.

Quinot, G. 2008. Worse than losing a government tender: winning it. *Stellenbosse Regstydskrif*, 19(1):101–21.

—. 2009a. *State Commercial Activity: A Legal Framework*. Claremont: Juta.

—. 2009b. Towards effective judicial review of state commercial activity. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:436–49.

—. 2011. Enforcement of procurement law from a South African perspective. *Public Procurement Law Review*, 20(6):193–206.

Sapa. 2011. Vavi slates 'tenderpreneurs'. *Fin24*. 02 Junie. <http://m.news24.com/fin24/Economy/Vavi-slates-tenderpreneurs-20110602> (9 Januarie 2013 geraadpleeg).

Seddon, N. 2004. *Government contracts*. 3de uitgawe. Sydney: The Federation Press.

Seekings, J. en N. Nattrass. 2011. State-business relations and pro-poor growth in South Africa. *Journal of International Development*, 23(3):338–57.

Segar, S. 2012. ANC anti-small business – DA. *Cape Argus*. 14 Augustus. <http://www.iol.co.za/business/business-news/anc-anti-small-business-da-1.1361960> (9 Januarie 2013 geraadpleeg).

Stats SA. 2011. *Statistical release P9119.4: financial statistics of consolidated general government 2009/2010*.

The Presidency: Republic of South Africa. 2012. Written reply: National Assembly question number 914. 08 Mei. <http://www.pmg.org.za/node/32986> (9 Januarie 2013 geraadpleeg).

Trengove, W. 2012. Problems besetting the public procurement process: a case study. *Challenges to the Achievement of Administrative Justice in South Africa Conference*. Universiteit van Kaapstad. 25 Januarie 2012.

UN Trade and Development Board. 2012. Competition policy and public procurement. UN Doc TD/B/C.I/CLP/14.

Williams, S. en G. Quinot. 2007. Public procurement and corruption: the South African response. *South African Law Journal*, 124(2):339–63.

Williams, S. en G. Quinot. 2008. To debar or not to debar: when to endorse a contractor on the register for tender defaulters. *South African Law Journal*, 125(2):248–58.

Williams-Elegbe, S. 2012. *Fighting corruption in public procurement*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

¹ Die woord word meestal gebruik om te verwys na 'n persoon wat deur middel van politieke netwerke uiters winsgewende staatskontrakte vir groot persoonlike gewin bekom het. Sien b.v. Lamprecht (2012); Coetzee (2012); Jongbloed (2010). Die Engelse ekwivalent *tenderpreneur* kom net so algemeen voor, sien b.v. Gilder (2012); Naki (2012); Segar (2012); Sapa (2011); Seekings en Natrass (2011:350); Fuller e.a. (2011:1).

² The Presidency: Republic of South Africa (2012).

³ Sien in die algemeen Bolton (2007).

⁴ Anders as in baie ander regstelsels word die detail van staatsverkryging in Suid-Afrika nie bloot deur middel van nie-bindende regsinstrumente soos riglyne en instruksies vanaf die Tesourie gereguleer nie, hoewel daar ook 'n aansienlike hoeveelheid sodanige sagte regsmeganismes bestaan in Suid-Afrika wat die bindende regsreëls aanvul.

⁵ Hierdie bepaling is reeds elders onderwerp aan deeglike analise. Sien Williams-Elegbe (2012:71–6,98–102); Williams en Quinot (2007); Williams en Quinot (2008); Bolton (2007:391–401); Bolton (2006:25).

⁶ 2009 5 SA 255 (HHA) par. 1.

⁷ UN Trade and Development Board (2012:3).

⁸ Stats SA (2011:3). *Algemene regering*, oftewel *General government*, in hierdie statistieke sluit in nasionale en provinsiale regerings, hoër onderwysinstellings en nie-handeldienste van plaaslike owerhede, maar sluit uit staatsbeheerde ondernemings. Syfers aangedui vir verkryging van goedere en dienste sluit uit eiendomskostes (soos huur); aankoop van vaste bates, voorraad en kapitale spandering (soos die aankoop van goedere en dienste vir verspreiding na huishoudings).

⁹ Departement van Handel en Nywerheid (2011).

¹⁰ Twee voorbeelde dui hierdie punt effektief aan: In 2010 is 'n tender vir die verkryging van skryfbehoeftes vir openbare skole deur die Oos-Kaap Departement van Onderwys reg aan die einde van die jaar gekanselleer met die gevolg dat die Departement moes rondskarrel om 'n verskaffer te vind, sonder om die verkryging per openbare tender te adverteer, ten einde skryfbehoeftes gereed te hê vir die begin van die 2011 skooljaar. 'n Tenderaar in die gekanselleerde 2010 tenderproses het gevolglik suksesvol aansoek gedoen by die Hoë Hof om 'n interdik ten einde die Departement en sy verskaffer te verhoed om voort te gaan met die kontrak hangende 'n hersieningsaansoek van die oorspronklike, 2010 tenderproses. Die gevolg was dat baie van die mees behoeftige skole in die Oos-Kaap sonder enige skryfbehoeftes gelaat is vir 'n goeie deel van die 2011 skooljaar. Sien *Freedom Stationery (Pty) v MEC for Education, Eastern Cape* 2011-03-10 saaknr 59/2011 (OKO) en vir kommentaar op die uitspraak, Couzens (2012). 'n Tweede, meer onlangse voorbeeld, kom van die Limpopo provinsie, waar probleme met verkryging in 2012, saam met ander probleme, baie skole in die provinsie sonder leerdermateriaal gelaat het vir ten minste die eerste helfde van die 2012 skooljaar. Sien *Section 27 v Minister of Education* 2012-05-17 saaknr 24565/2012 (GNP); Departement van Basiese Onderwys en SECTION27 (2012).

¹¹ Hierdie afdeling steun op my vroeëre gesamentlike publikasies: Williams en Quinot (2007) en Williams en Quinot (2008).

¹² Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 ("die Grondwet").

¹³ GK R225 in SK 27388 van 15 Maart 2005.

¹⁴ GK R868 in SK 27636 van 30 Mei 2005.

¹⁵ Tesourie Regulasie 16A8.3 lui:

A supply chain management official or other role player—

- (a) must recognise and disclose any conflict of interest that may arise;
- (b) must treat all suppliers and potential suppliers equitably;
- (c) may not use their position for private gain or to improperly benefit another person;
- (d) must ensure that they do not compromise the credibility or integrity of the supply chain management system through the acceptance of gifts or hospitality or any other act;
- (e) must be scrupulous in their use of public property; and
- (f) must assist accounting officers or accounting authorities in combating corruption and fraud in the supply chain management system.

¹⁶ Tesourie Regulasie 16A9.1 lui:

The accounting officer or accounting authority must—

- (a) take all reasonable steps to prevent abuse of the supply chain management system;
- (b) investigate any allegations against an official or other role player of corruption, improper conduct or failure to comply with the supply chain management system, and when justified—
 - (i) take steps against such official or other role player and inform the relevant treasury of such steps; and
 - (ii) report any conduct that may constitute an offence to the South African Police Service;
- (c) check the National Treasury's database prior to awarding any contract to ensure that no recommended bidder, nor any of its directors, are listed as companies or persons prohibited from doing business with the public sector;
- ...
- (e) reject a proposal for the award of a contract if the recommended bidder has committed a corrupt or fraudulent act in competing for the particular contract; or
- (f) cancel a contract awarded to a supplier of goods or services—
 - (i) if the supplier committed any corrupt or fraudulent act during the bidding process or the execution of that contract; or
 - (ii) if any official or other role player committed any corrupt or fraudulent act during the bidding process or the execution of that contract that benefited that supplier.

Tesourie Regulasie 16A9.2 lui:

The accounting officer or accounting authority—

- (a) may disregard the bid of any bidder if that bidder, or any of its directors—
 - (i) have abused the institution's supply chain management system;
 - (ii) have committed fraud or any other improper conduct in relation to such system;or
- (iii) have failed to perform on any previous contract; and
- (b) must inform the relevant treasury of any action taken in terms of paragraph (a).

Tesourie Regulasie 16A9.3 lui:

The National Treasury and each provincial treasury must establish a mechanism:

- (a) to receive and consider complaints regarding alleged non-compliance with the prescribed minimum norms and standards; and
- (b) to make recommendations for remedial actions to be taken if non-compliance of any norms and standards is established, including recommendations of criminal steps to be taken in the case of corruption, fraud or other criminal offences.

¹⁷ GK R502 in *SK* 34350 van 8 Junie 2011.

¹⁸ 2011 1 SA 327 (KH) par. 28.

¹⁹ Die saak is beslis onder die essensieel identies bewoorde regulasie 15 van die Voorkeurverkrygingsregulasies, 2001, wat nou vervang is deur Voorkeurverkrygingsregulasies, 2011.

²⁰ *Viking Pony Africa Pumps (Pty) Ltd t/a Tricom Africa v Hidro-Tech Systems (Pty) Ltd* 2010 3 SA 365 (HHA) par. 32.

²¹ *Viking Pony Africa Pumps (Pty) Ltd t/a Tricom Africa v Hidro-Tech Systems (Pty) Ltd* 2011 1 SA 327 (KH) par. 31.

²² Par. 32.

²³ "Database of Restricted Suppliers".

²⁴ Die Databasis is openlik beskikbaar op die webwerf van die Nasionale Tesourie: www.treasury.gov.za/publications/other/Database%20of%20Restricted%20Suppliers.pdf (4 September 2012 geraadpleeg).

²⁵ Tesourie Regulasie 16A9.1(c); Munisipale Verkrygingsregulasie 38(1)(c).

²⁶ Art. 12 van die Korrupsie Wet lui:

(1) Enigiemand wat, regstreeks of onregstreeks—

(a) enige beloning aanvaar of instem of aanbied om dit te aanvaar van enigiemand anders, hetsy tot sy of haar eie voordeel of tot voordeel van daardie ander persoon of iemand anders; of

(b) enige beloning gee of instem of aanbied om dit te gee aan enigiemand anders, hetsy tot voordeel van daardie ander persoon of tot voordeel van iemand anders—

(i) ten einde op enige wyse—

(aa) die bevordering, uitvoering of verkryging van enige kontrak by 'n openbare liggaam, privaat organisasie, regs persoon of enige ander organisasie of instelling; of

(bb) vasstelling van die prys, teenprestasie of ander gelde in so 'n kontrak gestipuleer of andersins bepaal,

onbehoorlik te beïnvloed; of

(ii) as 'n vergoeding vir optrede soos beoog in paragraaf (a),

is skuldig aan die misdryf van korrupte bedrywighede met betrekking tot kontrakte.

(2) Enigiemand wat, ten einde 'n kontrak by 'n openbare liggaam te verkry of behou of as 'n beding van so 'n kontrak, regstreeks of onregstreeks, enige beloning gee of instem of aanbied om dit te gee aan enigiemand anders, hetsy tot voordeel van daardie ander persoon of tot voordeel van iemand anders—

(a) met die doel om die verkiesing van 'n kandidaat of 'n kategorie of party kandidate tot die wetgewende gesag op enige wyse te bevorder; of

(b) met die opset om die uitslag van 'n verkiesing, gehou vir die doel van verkiesing van persone om as lede te dien van die wetgewende gesag, op enige wyse te beïnvloed of raak,

is skuldig aan 'n misdryf.

²⁷ Art. 13 van die Korrupsie Wet lui:

(1) Enigiemand wat, regstreeks of onregstreeks, enige beloning aanvaar of instem of aanbied om dit te aanvaar van enigiemand anders, hetsy tot sy of haar eie voordeel of tot voordeel van iemand anders, as—

(a) oorreding om, persoonlik of deur beïnvloeding van iemand anders om aldus op te tree—

(i) 'n tender, met betrekking tot 'n kontrak vir verrigting van enige werk, lewering van enige diens, verskaffing van enige artikel, materiaal of stof of verrigting van enige ander optrede, aan 'n besondere persoon toeken; of

(ii) op uitnodiging om vir so 'n kontrak te tender, 'n tender vir daardie kontrak doen wat as doel het om die aanbesteder 'n besondere tender te laat aanvaar; of

(iii) 'n tender wat deur hom of haar vir so 'n kontrak gedoen is, terugtrek; of

(b) vergoeding vir optrede soos in paragraaf (a) (i), (ii) of (iii) beoog,

is skuldig aan die misdryf van korrupte bedrywighede met betrekking tot verkryging en terugtrekking van tenders.

(2) Enigiemand wat, regstreeks of onregstreeks—

(a) enige beloning gee of instem of aanbied om dit te gee aan enigiemand anders, hetsy tot voordeel van daardie ander persoon of tot voordeel van iemand anders, as—

(i) oorreding om, persoonlik of deur beïnvloeding van iemand anders om aldus op te tree, 'n tender, met betrekking tot 'n kontrak vir verrigting van enige werk, lewering van enige diens, verskaffing van enige artikel, materiaal of stof of verrigting van enige ander optrede, aan 'n besondere persoon toe te ken; of

(ii) vergoeding vir optrede soos in subparagraaf (i) beoog; of

(b) met die opset om 'n tender te verkry met betrekking tot 'n kontrak vir verrigting van enige werk, lewering van enige diens, verskaffing van enige artikel, materiaal of stof of verrigting van enige ander optrede, enige beloning gee of instem of aanbied om dit te gee aan enigiemand wat 'n tender met betrekking tot daardie kontrak gedoen het, hetsy tot voordeel van daardie tenderaar of tot voordeel van enigiemand anders, as—

(i) oorreding om die tender terug te trek; of

(ii) vergoeding vir die terugtrekking van of omdat die tender teruggetrek is, is skuldig aan die misdryf van korrupte bedrywighede met betrekking tot verkryging en terugtrekking van tenders.

²⁸ Korrupsie Wet art. 26.

²⁹ Korrupsie Wet art. 28.

³⁰ Korrupsie Wet art. 29.

³¹ Korrupsie Wet art. 28(3).

³² Korrupsie Wet art. 28(3)(ii). Die Regulasies betreffende die Register vir Tenderoortreders, geskep in terme van die Korrupsie Wet (GK R104 in SK 27365 van 11 Maart 2005) is duidelik *ultra vires* waar dit bepaal in regulasie 3 dat inligting vir 20 jaar op die Register gelys moet word.

³³ Korrupsie Wet art. 28(1)(b)(ii).

³⁴ Korrupsie Wet art. 28(1)(c)(i).

³⁵ Korrupsie Wet art. 28(1)(c)(ii).

³⁶ Korrupsie Wet art. 28(1)(d).

³⁷ Soos met die Databasis van Beperkte Verskaffers is die Register openlik beskikbaar op die Nasionale Tesourie se webwerf: www.treasury.gov.za/publications/other/Register%20for%20Tender%20Defaulters.pdf (4 September 2012 geraadpleeg).

³⁸ Tesourie Regulasie 16A9.1(c); Munisipale Verkrygingsregulasie 38(1)(c).

³⁹ Terwyl my bespreking fokus op die rol van die reg in die bekamping van korrupsie in staatsverkryging in die besonder kan baie van die regulatoriese probleme hieronder aangespreek ook in 'n meer algemene lig as probleme met staatsverkrygingsregulasie in geheel beskou word.

⁴⁰ *Chairman of the State Tender Board v Digital Voice Processing (Pty) Ltd, Chairman of the State Tender Board v Sneller Digital (Pty) Ltd* 2012 2 SA 16 (HHA) par. 30—1.

⁴¹ Williams en Quinot (2007:361).

⁴² Trengove (2012).

⁴³ Sien byvoorbeeld die UNCITRAL Model Law on Public Procurement http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html (04 September 2012 geraadpleeg).

⁴⁴ Sien Quinot (2009a:52—132).

⁴⁵ *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par. 222. Sien ook *Ex parte Minister of Safety and Security: In re S v Walters* 2002 4 SA 613 (KH) par. 6; *Mohamed v President of the Republic of South Africa (Society for the Abolition of the Death Penalty and Another Intervening)* 2001 3 SA 893 (KH) par. 68 en *Police and Prisons Civil Rights Union v Minister of Correctional Services* 2006 2 All SA 175 (O) par. 82; Quinot (2009a:130–1).

⁴⁶ Soos gestel deur die Federal Court of Australia in *Hughes Aircraft Systems International v Airservices Australia* 1997 FCA 558 (30 Junie 1997). Sien Seddon (2004:12–3) en vir die toepassing van dieselfde beginsel in Engelse en Duitse reg onderskeidelik sien Davies (2006:105) en Pakuscher (1971:285).

⁴⁷ 2003 2 SA 460 (HHA) par. 7–8.

⁴⁸ 2009 1 SA 163 (HHA) par. 18.

⁴⁹ 2011-30-03 saaknr 11445/2010 (KZD).

⁵⁰ Par. 104.

⁵¹ Vir 'n in-diepte bespreking sien Quinot (2011:193–206).

⁵² 2009 5 SA 255 (HHA) par. 1.

⁵³ Sien Quinot (2008).

⁵⁴ Sien Quinot (2008); Quinot (2011:204–5).

⁵⁵ 2007 3 SA 121 (KH) par. 29.

⁵⁶ Cf Quinot (2009b:442–3).

⁵⁷ Die Voorkeurverkrygingsregulasies, 2011 het op 7 Desember 2011 in werking getree, maar die toepassing daarvan op die staatsorgane gelys in Skedules 2 (“Groter Openbare Instellings”), 3B (“Nasionale Regeringsbesigheidsondernemings”) en 3D (“Provinsiale Regeringsbesigheidsondernemings”) van die Wet op Openbare Finansiële Bestuur is uitgestel tot 7 Desember 2012 (GK R1027 in SK 34832 van 7 Desember 2011).

⁵⁸ GK 1005 in SK 35939 van 30 November 2012.

⁵⁹ Die hele deel 7, regulasies 20 – 30, van die konsep handel oor verkryging en beslaan sowat 60 bladsye in die Staatskoerant in vergelyke met die huidige Tesourie Regulasies wat slegs twee regulasies bevat wat handel met verkryging, regulasies 16 en 16A, wat slegs tien bladsye in die Staatskoerant beslaan het.

⁶⁰ Regulasie 27.1.2.

⁶¹ Sien Quinot (2008:111–3).