

Die reg se oënskynlike onvermoë om korrupsie in staatskontraktering in Suid-Afrika hok te slaan

Geo Quinot

Geo Quinot, Departement Publiekreg, Universiteit Stellenbosch

Opsomming

Ten spyte van 'n aansienlike aantal 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 in staatskontraktering effektief teen te werk 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 ontleding 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 en 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

Abstract

The apparent failure of the law to curb corruption in public procurement in South Africa

Corruption and public procurement have almost become synonymous in the public mind in South Africa. Almost every week brings new claims about some government contract that is clouded by questionable dealings, with words such as “tenderpreneurs” describing this scourge which has firmly taken root in popular discourse. The scope of alleged corruption in state contracting in South Africa is staggering, with the special investigating unit currently

investigating tender irregularities amounting to billions of rand. It is no wonder that minister Trevor Manuel recently identified public procurement as the Achilles heel of government.

In South African law there is, however, no shortage of regulatory measures aimed at controlling public procurement. This aspect of government conduct is highly regulated in terms of binding legal rules with fairly detailed requirements that individual procurements must meet. The question is, therefore, why corruption seems so prevalent in this area. Put differently, the question is why the law is failing to keep corruption in public procurement in check.

In considering this question, this article starts with a broad outline of the regulatory measures in place to deal with corruption in public procurement in South Africa. Against this legal backdrop the article investigates the problems in the public procurement regulatory regime that contribute to the unhealthy state in which this area finds itself, and concludes with some tentative thoughts on possible solutions.

Anti-corruption measures relating to public procurement in South Africa start right at the top, in the Constitution. Section 217(1) of the Constitution states that when an organ of state “contracts for goods or services, it must do so in accordance with a system which is fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective”. Most of these goals can be directly linked to an anti-corruption agenda, with transparency being the most obvious principle pointing to the need for anti-corruption measures in South African procurement systems. But corruption will also adversely impact on the fairness, the competitiveness and the cost-effectiveness of procurement so that corrupt procurement practices will also fall foul of these other constitutional imperatives.

These general constitutional principles are worked out in more detail in a large number of statutes. The most relevant of these for present purposes are the Public Finance Management Act, the Municipal Finance Management Act, the Preferential Procurement Policy Framework Act and the Prevention and Combating of Corrupt Activities Act. Each of these statutes and/or the regulations promulgated under them contains particular provisions dealing expressly with corruption in public procurement.

There is, therefore, no shortage of legal mechanisms aimed at curbing corruption in public procurement. High levels of procurement corruption cannot, therefore, be ascribed to a failure to grapple with the issue, at least in law.

So what are the reasons why the ample law provision does not seem to be having the desired effect?

An analysis of the law addressing corruption in public procurement in South Africa reveals at least five distinct problems that may undermine its effectiveness.

The first problem with public procurement regulation in South Africa is the fragmented nature of the regulatory regime. There are a large number of legislative instruments dealing

with different aspects of procurement, but with little or no alignment between them. This is certainly also true of the provisions dealing with procurement corruption. All three major statutes dealing with procurement corruption seem to adopt their own peculiar approach, with different mechanisms resulting in duplication. These procurement-specific statutes are supplemented by general legislation such as the Promotion of Administrative Justice Act and the Promotion of Access to Information Act with their own regulations governing aspects of public procurement and supply chain management policies, which in fact contain the actual rules to be applied in a given procurement. There are many inconsistencies between these different instruments and it is exceedingly difficult for an administrator to cope with all of these when engaging in procurement. Where the rules of the game are not clear or easily ascertainable it is obviously much more difficult to patrol compliance effectively.

Secondly, the choice of supply chain management policies as the vehicle for the specific rules to be applied in South African public procurement is problematic. These are written in policy language that is not always suitable for regulatory purposes. Drawing the line between bad or ill-advised procurement decisions and corrupt ones may be very difficult in these circumstances, where the rules governing the decisions may be somewhat fuzzy.

Thirdly, it was a mistake to decentralise the public procurement function and the public procurement rule-making function *at the same time*. The result of this double decentralisation has been significant divergence in how public procurement is done and governed at grassroots level, which makes skills transfer and the development of broad-based expertise in public procurement, as well as coordinated supervision, difficult.

Fourthly, while the legislative framework governing public procurement is already highly fragmented, the application of the common law in this area has resulted in even more uncertainty. Common law, in particular contract law and administrative law, has not been consistently applied in this context and there remain many unanswered questions. For an administrator this is, of course, a bewildering prospect. The courts' vacillation between applying exclusively administrative law at the one end of the scale and only contract law at the other end, with a varying blend in between, raises a fundamental question about the nature of public procurement law in South Africa, which also impacts on corruption. With inconsistency in the basic (legal) conceptualisation of public procurement it becomes very difficult to hold procurement officials to exact ethical standards.

Fifthly, enforcement of public procurement rules in South Africa, i.e. the remedies regime, also causes problems in the fight against procurement corruption. Our procurement remedies regime is not coherent or aligned. The remedies regime consists of multiple, often overlapping and even conflicting remedies. There is no single approach to internal enforcement mechanisms, with haphazard internal remedies existing across the procurement landscape, the details of which are mostly found only in supply chain management policies. The external remedies available, notably in terms of judicial review, are not any more coherent. The result is that the rules of public procurement are not, and arguably cannot be, effectively enforced.

There are three solutions or steps that may greatly contribute to regulatory success against corruption in public procurement.

First of all, it is imperative to create a single statute dealing with all aspects of procurement, with specific regulations containing all the rules of procurement. Such a step would go a long way towards establishing a much more transparent system, which much greater possibility of effective compliance monitoring. It would also contribute towards the development of procurement expertise, which in turn should result in greater compliance.

Secondly, while it is perfectly in order to have organs of state conduct their own procurement, there needs to be a central oversight body at national level that can monitor all procurement practices and initiate strategic interventions, such as the formulation of new procurement rules, where systemic problems emerge.

Lastly, once these two steps have been taken, it is important for courts to clarify and carefully delineate their role in the regulation of public procurement. This involves revisiting the availability of various remedies and the circumstances under which each one can be pursued.

In conclusion, corruption, and procurement corruption in particular, is one of the biggest threats to South Africa's continued development towards a stable constitutional democracy. If we leave this scourge unchecked it will continue to diminish our already limited resources for delivering on the social justice commitment that is a key ingredient of our constitutional transition and remains largely only a promise to most South Africans. Corruption in public procurement does not only divert resources away from their public purpose, but also undermines the very programmes that were meant to be served by the goods and services thus procured. Curbing procurement corruption should therefore be a priority in our general war on corruption.

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 is daar 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 ingevolge die Wet op Spesiale

Ondersoekeenhede en Spesiale Tribunale 74 van 1996 wat tans as prioriteitsondersoeke beskou word, verskaf.² Van hierdie 25 ondersoeke handel 24 met beweerde ongerymdhede en/of korrupsie in staatsverkryging dwarsoor die nasionale regering en in al nege provinsies. Dit sluit in ondersoeke na konstruksiekontrakte deur die nasionale Departement van Behuising ter waarde van R4 miljard; kontrakte deur die Gautengse Departement van Gesondheid ter waarde van R1 miljard; kontrakte deur die Suid-Afrikaanse Polisie diens ter waarde van R1 miljard; 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 ondersoeke na 131 verkrygingstransaksies deur die SABC ter waarde van R932 miljoen, waarvan onbehoorlike besteding ter waarde van R187 miljoen reeds onthul is. Dit is geen wonder nie dat minister Trevor Manuel tydens 'n onlangse mediakonferensie in die parlement staatsverkryging as die "Achilles' heel of government by any measure at the moment" beskryf het.³

In die Suid-Afrikaanse reg is daar geen tekort aan regulatoriese meganismes gemik op die beheer van staatskontraktering nie.⁴ Hierdie area van staatsadministrasie is hoogs gereguleer deur middel van bindende regsreëls⁵ 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 hierdie vraagstuk in oënskou.⁶ Ek begin deur 'n kort beskrywing te gee van wat korrupsie in hierdie konteks behels. Daarna sit ek in breë trekke die regsmeganismes gemik op die voorkoming van korrupsie in staatskontraktering in Suid-Afrika uiteen. My oogmerk is nie om 'n diepgaande ontleding van daardie meganismes hier te doen nie, maar bloot om die toepaslike reg bymekaar te bring.⁷ Teen die agtergrond van hierdie uiteensetting bespreek ek vervolgens die probleme in staatsverkrygingsreg wat bydra tot die ongesonde stand van sake in hierdie area. Ek sluit af met enkele tentatiewe voorstelle om die situasie te beredder.

Voor ek begin met 'n oorsig oor die reg betreffende korrupsie en staatsverkryging, is 'n geregverdigde vraag hoekom ek 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*⁸ opmerk, kom sake rakende staattenders met ontstellende herhaling voor die hof. Is hierdie spesifieke area van staatsadministrasie dus nie bloot een wat oor die algemeen uitsonderlike regulatoriese uitdagings bied sodat 'n mens nie verbaas moet wees as korrupsie ook 'n besondere probleem in dié area is nie?

Daar is 'n aantal redes hoekom 'n fokus op korrupsie in staatskontraktering in die besonder geregverdig is wanneer 'n mens korrupsie in die openbare sektor oor die algemeen oorweeg. Staatskontraktering is van beduidende ekonomiese en sosiale belang in die meeste lande. In ontwikkelende lande word geskat dat staatsverkryging tussen 25% en 30% van bruto binnelandse produk (BBP) verteenwoordig.⁹ 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 BBP 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.¹⁰ Die totale verkrygingsuitgawes van staatsbeheerde ondernemings het R212 miljard beloop in 2010/2011.¹¹ Staatsverkryging verteenwoordig dus duidelik wesenlike markaktiwiteit.

Vanuit 'n administratiewe oogpunt is staatsverkryging ook belangrik, aangesien die meeste staatsprogramme en -inisiatiewe, indien nie almal nie, 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 maar dink aan onlangse voorbeelde uit die openbare onderwyssektor rakende mislukte verkryging van leermateriaal om hierdie punt te begryp.¹² Dit volg dus dat wanneer staatskontraktering besmet is met korrupsie, dit nie alleen die kontrakte ter sprake aantas nie, maar inderdaad staatsadministrasie in die breë. Die stryd teen korrupsie in staatskontraktering word dus die vertrekpunt van die groter stryd teen korrupsie in die openbare sektor.

2. Korrupsie in die konteks van staatskontraktering

Korrupsie is 'n baie moeilike begrip om met presisie te definieer.¹³ Een rede hiervoor is dat korrupsie as verskynsel op 'n verskeidenheid terreine met verskillende fokus in elk ondersoek word. Dit kan byvoorbeeld beskou word as 'n ekonomiese, regs- of sosiale konsep, afhangend van die fokus van die bepaalde ondersoek of die teorie onderliggend aan die ondersoek.¹⁴

'n Verdere rede vir die vaagheid van die begrip is die feit dat korrupsie essensieel in moraliteit en etiek geanker is, welke velde op sigself moeilik vatbaar is vir presiese en universele definisie en baie uiteindelik afhang van die bepaalde sosiale konteks.¹⁵ 'n Mens se begrip van korrupsie hang ook af van kultuur. Wat as omkoopgeld in een kultuur beskou word, kan maklik as 'n aanvaarbare blyk van waardering of respek in 'n ander kultuur gesien word.¹⁶

Op sy eenvoudigste kan korrupsie beskryf word as die misbruik van openbare mag vir private gewin. Een welbekende definisie omskryf korrupsie as “gedrag wat afwyk van die formele pligte van 'n openbare amp vir private (persoonlik, familie of geslote groep) finansiële of status-gewin; of wat reëls teen die uitoefening van sekere tipes private-belang-invloed skend” (my vertaling).¹⁷

In die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Bedrywighede 12 van 2004¹⁸ word die algemene misdryf van korrupsie soos volg omskryf:

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 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, ten einde op te tree, persoonlik of deur beïnvloeding van iemand anders om aldus op te tree, op 'n wyse –

(i) wat neerkom op die –

(aa) onwettige, oneerlike, ongemagtigde, onvoltooide, of bevooroordeelde; of

(bb) misbruik of verkoop van inligting of materiaal verkry in die loop van die uitoefening, uitvoering of verrigting van enige bevoegdhede, pligte of werksaamhede voortspruitend uit 'n grondwetlike, statutêre, kontraktuele of enige ander regsverpligting;

(ii) wat neerkom op –

(aa) die misbruik van 'n gesagsposisie;

(bb) 'n vertrouensbreuk; of

(cc) die skending van 'n regsplig of 'n stel reëls;

(iii) met die doel om 'n ongeregverdigde gevolg te bereik; of

(iv) wat neerkom op enige ander ongemagtigde of onbehoorlike oorreding om enigiets te doen of nie te doen nie

is skuldig aan die misdryf van korrupsie.

In die konteks van staatsverkryging kan korrupsie vele vorme aanneem. Dit sluit openbare korrupsie, private korrupsie en “outokorrupsie”¹⁹ in. Openbare korrupsie is 'n handeling tussen 'n private verskaffer en 'n staatsamptenaar met die bevoegdheid om 'n verkrygingsbesluit te neem.²⁰ Die mees algemene vorm kom voor wanneer die verskaffer omkoopgeld aan die amptenaar betaal om 'n sekere besluit in die guns van die verskaffer te neem. Private korrupsie vind plaas tussen private verskaffers in die staatsverkrygingskonteks. Dit sluit optrede soos prysvasstelling en ander vorme van onmededingende handelinge in.²¹ Outokorrupsie vind plaas waar 'n amptenaar voordele vir hom-/haarself of 'n verwante persoon bekom wat in werklikheid die publiek toekom. Dit sluit algemeen in die toeken van staatskontrakte aan 'n eie onderneming of 'n onderneming van 'n verwante persoon.²²

3. Die Suid-Afrikaanse reg betreffende staatsverkrygingskorrupsie²³

Teen-korrupsie-meganismes in staatskontraktering in Suid-Afrika begin reg bo in die Grondwet.²⁴ Artikel 217(1) van die Grondwet vereis dat wanneer 'n staatsorgaan “vir goedere of dienste kontraktee, moet hy dit doen ooreenkomstig 'n stelsel wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is”. Die meeste van hierdie beginsels kan direk gekoppel word aan 'n teen-korrupsie-agenda,²⁵ met deursigtigheid as die mees voor die hand liggende beginsel, wat dui op 'n behoefte aan teen-korrupsie-meganismes in die Suid-Afrikaanse verkrygingslandskap. Internasionaal word daar algemeen aanvaar dat deursigtigheid 'n belangrike meganisme is om verkrygingsreg-oogmerke soos korrupsievrye staatsverkryging te bewerkstellig.²⁶

Korrupsie sal egter ook 'n negatiewe impak hê op van die ander beginsels, soos billikheid, mededingendheid en kostedoeltreffendheid; korrupte staatskontraktering is du ook in stryd met hierdie grondwetlike beginsels.²⁷ Om byvoorbeeld 'n kontrak 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 bepalinge nie, sal kostedoeltreffendheid verder ingeboet word.

Kostedoeltreffendheid en mededingendheid word ook ondermyn deur die “reputasie-skade” wat korrupsie aan verkrygingstelsels kan aanrig. Indien verskaffers, veral internasionale verskaffers, die indruk kry dat staatskontrakte in 'n bepaalde stelsel op korrupte wyses toegeken word, is dit te verwagte dat minder sodanige verskaffers vir staatskontrakte sal tender.²⁸ Op hierdie wyse word kompetisie tussen verskaffers ondermyn.²⁹

Hierdie grondwetlike beginsels word in groter besonderhede uitgewerk in 'n groot aantal wette. Die mees relevante wette 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 wat daaronder uitgevaardig is, bevat spesifieke bepalinge wat uitdruklik handel met korrupsie in staatskontraktering.

Die besonderheidsvoorskrifte vir verkrygingstelsels, insluitende die reëls wat bepaalde staatskontraktering beheer en wat deur elke staatsdepartement op nasionale en provinsiale vlak geïmplementeer moet word, verskyn in die tesourie-regulasies uitgevaardig ingevolge die Wet op Openbare Finansiële Bestuur³⁰ en op plaaslike vlak in die Munisipale Verkrygingsregulasies uitgevaardig ingevolge die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Finansiële Bestuur.³¹ 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.³² Hierdie pligte word afgedwing deur middel van regulasie 16A9, wat

voorsiening maak vir 'n wye en redelik drastiese reeks afdwingingsmeganismes.³³ By hierdie meganismes is ingesluit die bevoegdheid 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 doen, insluitende die lê van kriminele klagtes; en om die toepaslike tesourie van sodanige stappe in kennis te stel, wat weer kan lei tot die uitsluiting van die betrokke tenderaar van toekomstige staatskontrakte. Hierdie bepaling word grootliks herhaal op plaaslikeregeringsvlak in regulasie 38 van die munisipale verkrygingsregulasies.

Ingevolge die Voorkeurverkrygingsregulasies, 2011, uitgevaardig kragtens die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid,³⁴ en wat van toepassing is op alle staatsorgane, moet 'n staatsorgaan optree teen 'n tenderaar of kontrakteur indien bedrieglike optrede, wat korrupte gedrag sou insluit, 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 ingevolge die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid merk die konstitusionele hof in *Viking Pony Africa Pumps (Pty) Ltd t/a Tricom Africa v Hydro-Tech Systems (Pty) Ltd*³⁵ op dat hierdie bepaling³⁶ verseker dat geen staatsorgaan passief kan bly wanneer daar aanduidings van bedrieglike voorkeur is nie, maar dat dit staatsorgane verplig om gepaste stappe te doen om die situasie aan te spreek.³⁷ Die hof aanvaar 'n breë interpretasie van 'n staatsorgaan se pligte in hierdie verband en bepaal dat die plig om op te tree, ontstaan sodra die staatsorgaan bedrieglike optrede bespeur. Die hof dui aan 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".³⁸

Die hof verwerp gevolglik die argument dat 'n staatsorgaan se plig om stappe te doen, eers ontstaan wanneer bedrieglike optrede afdoende as feit bewys is.³⁹ Soos die woorde "having reason to believe" in bostaande diktum aandui, word niks meer as 'n subjektiewe vermoede vereis ten einde hierdie plig te aktiveer nie. Die toets vir sodanige aktivering is egter nie net subjektief in die vorm van 'n opinie gevorm deur die staatsorgaan nie. Soos die woorde "being informed" aandui, kan 'n objektiewe gebeurtenis ook die plig aktiveer. Uit hierdie beslissing is dit duidelik dat 'n staatsorgaan proaktief moet wees in die opvolg van bewerings van korrupsie in die konteks van voorkeurverkryging. Dit is ook duidelik dat die voorskrif om gepaste stappe te doen, 'n wye spektrum verskillende handeling aan die kant van die staatsorgaan mag vereis, insluitende 'n aanvanklike ondersoek om die bewerings te bevestig, en indien daar meriete in die bewerings is, die instel van sanksies teen die bedrieglike tenderaar, hetsy van 'n administratiewe of 'n geregtelike aard.

Die bevoegdheid om tenderaars uit te sluit van toekomstige staatskontrakte as 'n sanksie ingevolge 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.⁴⁰ Hierdie databasis word deur die nasionale tesourie bygehou en bevat al die inligting rakende besluite om tenderaars van toekomstige staatskontrakte deur enige staatsorgaan uit te sluit.⁴¹ Kontrakterende staatsorgane is verplig om te bevestig, alvorens 'n tender toegeken word, dat die voorkeurtenderaar nie op die databasis verskyn nie.⁴² Indien die voorkeurtenderaar wel op die databasis verskyn, moet die kontrak nie aan daardie tenderaar toegeken word nie.

Die finale stuk wetgewing vir oorweging in Suid-Afrika se stryd teen korrupsie in staatsverkryging is die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Bedrywighede (“die Korrupsiewet”). Hierdie wet skep twee korrupsiemisdrywe: artikel 12, “Misdrywe ten opsigte van korrupte bedrywighede met betrekking tot kontrakte”,⁴³ en artikel 13, “Misdrywe ten opsigte van korrupte bedrywighede met betrekking tot verkryging en terugtrekking van tenders”.⁴⁴ 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 kragtens die Korrupsiewet. 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,⁴⁵ beveel dat die persoon se besonderhede op die register vir tenderoortreders geëndosseer word.⁴⁶ Dié register word deur die wet self geskep.⁴⁷ 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.⁴⁸ Terwyl dit die hof is wat die bevel vir endossering gee, word die termyn van endossering deur die nasionale tesourie bepaal, met 'n minimum van vyf jaar en 'n maksimum van tien.⁴⁹ Die buitengewone aspek van endossering op die register kragtens die Korrupsiewet is die wye omvang van verwante partye van wie die besonderhede ook op die register geëndosseer mag word as gevolg van 'n skuldigbevinding van 'n korrupte tenderaar sonder dat enige van hierdie persone partye tot die strafverhoor was. Afgesien van 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 gewet of vermoed het dat die onderneming die betrokke misdryf gepleeg het;⁵⁰
- enige ander onderneming besit of beheer deur die aldus veroordeelde;⁵¹

- 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;⁵²
- 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.⁵³

Die register vir tenderoortreders wat deur die Korrupsiewet geskep is, staan apart van die databasis vir beperkte verskaffers waarna hier bo verwys is, hoewel beide deur die nasionale tesourie in stand gehou word.⁵⁴ Staatsorgane is verplig om voor die toeken van 'n kontrak te bevestig dat voorkeurtenderaars op geneen van hierdie lysie verskyn nie.⁵⁵

Bostaande oorsigtelike bespreking dui aan dat daar geen tekort aan regsmeganismes in Suid-Afrika is wat op die bekamping van korrupsie in staatskontrakte gemik is 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 tot hierdie stand van sake bydra.⁵⁶

4. Probleme in die regulering van staatsverkryging

4.1 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 'n mens alleen fokus op artikel 217(1) van die Grondwet, wat die vyf basiese beginsels van staatsverkryging in Suid-Afrika neerlê, sal 'n mens verwag om 'n samehangende, eenvormige en gesistematiseerde regulatoriese struktuur te vind, gebou op die duidelike en gesaghebbende vyf beginsels. Die oomblik as 'n mens egter agter die Grondwet kyk, verander die prentjie drasties.

Soos ek in afdeling 2 hier bo 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 gesê, benader elk van die drie primêre stukke wetgewing in dié konteks verkrygingskorrupsie op 'n eiesoortige wyse, met verskillende meganismes wat oorvleuel en by geleentheid ook tot duplisering lei. Die remedies wat deur hierdie wetgewende bepalings geskep word, is een voorbeeld waarop ek in meer besonderhede in afdeling 3.5 hier onder uitbrei.

Nog 'n voorbeeld, waarna ek reeds hier bo 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 hul 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 ingevolge artikel 12 of 13 van die Korrupsiewet 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 ingevolge die Wet op Openbare Finansiële Bestuur en die tesourie-regulasies daaronder om ook toepaslike stappe, insluitende sanksies, te doen. Trouens, 'n suksesvolle vervolging van 'n artikel 12- of 13-misdryf sou nouliks haalbaar wees sonder die noue samewerking van die betrokke kontrakterende staatsorgaan. Dit volg dus dat dieselfde onbehoorlike optrede noodwendig behoort te 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 hier ter sprake is.

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 hier bo uitgewys. In hierdie meer algemene wette vind 'n mens verdere bepalings wat nog verdere gedetailleerde reëls vir verkryging neerlê. Die uitsluiting van tenderaars is weer eens '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.⁵⁷ Administratiefreg kan moontlik ook 'n rol speel in die endossering van tenderaars op die register van tenderoortreders.⁵⁸ Selfs op hierdie vlak is die regulatoriese prentjie egter nog nie volledig nie, aangesien die wetgewing aangevul word deur verkrygingsbeleid, wat in wese die besonderheidsreëls bevat waaraan 'n bepaalde staatskontrak moet voldoen.

Daar is vele teenstrydighede tussen hierdie verskillende instrumente, en dié moeras van regulasies skep besondere uitdagings vir administrateurs ten einde effektiewe staatsverkryging te bedryf.

In sy ontleding van die praktiese implikasies van die meervoudige regulasies wat van toepassing is op hierdie terrein 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.⁵⁹ 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 is dit dus heeltal moontlik dat gebrekkige verkryging in 'n

bepaalde geval bloot 'n resultaat van gebrek aan vermoë is om die komplekse reëls te verstaan en na te volg eerder as wat dit 'n resultaat van doelbewuste korrupte gedrag is. Om die verskil tussen onskuldige gebrekkige vermoë en misbruik of korrupsie as oorsake van mislukte staatskontraktering te identifiseer, is gevolglik nie altyd maklik nie. Om in bepaalde gevalle vas te stel wat die spesifieke oorsaak van 'n mislukte staatsverkryging was, kan dus 'n baie duur en tydrovende oefening wees wat besondere deskundigheid vereis. Sodanige oefening is bygevolg nie werklik haalbaar oor 'n breë spektrum van staatskontraktering nie. Dit kan dalk regverdigbaar wees in die geval van groot staatskontrakte, soos die Seriti-kommissie se huidige ondersoek na die regering se berugte wapentransaksie, maar vir seker 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.

4.2 Aard van die regulatoriese raamwerk

'n Tweede groot probleem in verkrygingsreg in Suid-Afrika, wat aansluit by 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.

Beleid kan verstaan word as breë stellings van openbare oogmerke;⁶⁰ dit behels meestal strategieë of aksieplanne gerig op die realisering van doelwitte in belang van die breë gemeenskap.⁶¹ Regsreëls, daarenteen, koppel 'n spesifieke regsgevolg aan 'n spesifieke handeling of stand van sake.⁶² Daar is dus 'n bepaalde verhouding tussen beleid en regsreëls, maar die twee vervul fundamenteel verskillende funksies. Een van die belangrikste verskille is dat beleid nie direk afdwingbaar is nie, terwyl afdwingbaarheid juis 'n kerneienskap van regsreëls is.

Hierdie verskil is al telkens deur ons howe beklemtoon.⁶³ Soos appèlregter Harms in *Akani Garden Route (Pty) Ltd v Pinnacle Point Casino (Pty) Ltd*⁶⁴ tereg opmerk, moet beleid eers in statutêre instrumente omskep word alvorens dit die publiek kan bind. Beleidsdokumente word dus tradisioneel in taal geskryf wat nie spesifiek is nie en gevolglik nie uiting gee aan afdwingbare reëls nie. Dit volg dat die vermenging van die konsepte van beleid en regsreëls in enkele dokumente problematies is, veral wanneer sodanige instrumente ten doel het om spesifieke handeling dwingend te reguleer. Dit is presies die geval in die huidige benadering tot kontrole oor staatsverkryging deur middel van individuele staatsverkrygingsbeleidsdokumente wat elke staatsorgaan se verkryging voorskryf.

Soos wat 'n mens van beleidsdokumente kan verwag, 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 hier bo 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.

4.3 Desentralisasie van staatskontraktering

Die derde rede wat bydra tot gebrekkige staatskontraktering en wat die stryd teen tenderkorupsie in Suid-Afrika ondermyn, is 'n historiese een. Dit was 'n groot fout om tegelyk te poog om die funksie van verkryging *asook* 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, *asook* 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 sowel die ontwikkeling van breë deskundigheid in staatskontraktering 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 internasionale “beste praktyk” 'n geïntegreerde, gedesentraliseerde benadering tot verkryging ondersteun, dit wil sê die werklike bekom van goedere en dienste, dit nie geld vir die verdere afwenteling van die funksie om die toepaslike reëls te skep en oorsig te bied na die vlak van die kontrakterende staatsorgaan nie.⁶⁵ Met ander woorde, in die meeste moderne verkrygingstelsels vind 'n mens vandag dat die werklike verkryging van die goedere deur die staatsorgaan wat daardie goedere benodig 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. Met ander woorde, in verkrygingsreg word daar 'n funksionele onderskeid getref tussen die funksie van verkryging

en die funksie van oorsig oor verkryging (insluitende die funksie van die skep van verkrygingsreëls en standaarde). Eersgenoemde kan oorgelaat word aan die staatsorgaan wat die goedere nodig, maar nie laasgenoemde nie.

4.4 Wisselende toepassing van die gemenerereg deur die howe

Terwyl die wetgewende raamwerk wat staatskontraktering omvat, alreeds uiters gefragmenteerd is, soos hier bo aangedui, lei die toepassing van gemeenregtelike reëls deur die howe op hierdie gebied 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.⁶⁶

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 tussenin,⁶⁷ laat fundamentele vrae ontstaan oor die aard van staatsverkrygingsreg in Suid-Afrika, wat ook 'n impak op korrupsie het. Etiese norme en standaarde verskil merkbaar tussen openbare handelinge, dit wil sê handelinge in die openbare belang deur staatsorgane uitgevoer, en suiwer besigheidstransaksies. In laasgenoemde kategorie het ons skynbaar 'n heelwat groter aptyt vir kommersiële armdraaiery as in die eerste kategorie gevalle. So sou dit aanvaarbaar wees in 'n suiwer besigheidstransaksie tussen private partye vir 'n koper om verskillende verkopers openlik en doelbewus teen mekaar af te speel ten einde die beste moontlike prys te bekom deur byvoorbeeld een verkoper te wys op die laer pryse van 'n mededinger. Soortgelyke optrede sou egter meestal verdag wees wanneer die koper 'n staatsorgaan is.⁶⁸

Hierdie stand van sake in Suid-Afrika word onder andere uitgedra in artikel 195 van die Grondwet, wat die openbare administrasie toewy aan “demokratiese waardes en beginsels” soos onpartydigheid, billikheid, verantwoordingspligtigheid en deursigtigheid. Ons beskou kennelik die regering dus as 'n rolmodel vir die samelewing⁶⁹ insluitende as 'n “moral exemplar”⁷⁰ onderhewig aan hoër etiese standaarde as ander regsobjekte of ten minste deelnemers aan die mark. Ten einde die regering 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 in 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 wat deur enige ander markdeelnemer onderneem word 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 onderhewig aan óf administratiefreg óf 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, en die onsekerheid wat hierdeur meegebring word, het '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*⁷¹ 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 opmerklike afwykings hiervan het die hoogste hof van appèl in *Government of the RSA v Thabiso Chemicals*⁷² 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."

Uit bostaande aanhalings blyk dit duidelik dat appèlregter Cameron in *Logbro Properties CC v Bedderson NO*⁷³ die verhouding tussen die partye na afloop van die toeken van 'n tender as steeds onderhewig aan die administratiefreg beskou, terwyl appèlregter Brand in *Government of the RSA v Thabiso Chemicals*⁷⁴ duidelik van mening is dat die verhouding tussen die partye alleen deur die kontraktereg beheers word. 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 standaarde nie.

Die beste voorbeeld van hierdie uitkoms is te vinde in die uitspraak in *South African Container Stevedores (Pty) Ltd v Transnet Port Terminals*.⁷⁵ In hierdie saak verklaar die hoë hof: "[T]here 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."⁷⁶

Met hierdie vlak van teenstrydige basiese (regs-) konseptualisering van staatsverkryging is dit moeilik om verkrygingsbeamptes aan presiese etiese standaarde te hou. 'n Mens sou selfs kon aanvoer dat aangesien die reg beskou kan word as 'n uitdrukking van 'n samelewing se

norme en standaarde, die weifeling wat uit hierdie teenstrydige regsbenaderings na vore kom, 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 ten alle koste verkies bo goedkoop en vinnige verkryging wat die wiele van staatsadministrasie teen 'n hoër tempo aan die rol hou. Indien dit inderdaad die geval is dat daar so 'n weifeling in ons openbare bewussyn bestaan oor die sleutelwoordmerk van staatsverkryging, kan ons nie verwag dat die positiewe reg nogtans wondere kan verrig en korrupsievrye staatsverkryging meebring nie.

4.5 Die stelsel van remedies

Die effektiewe afdwing van regsreëls, dit wil sê die stelsel van remedies, is 'n wesenselement in suksesvolle regulering deur middel van regsreëls. In die konteks van staatsverkrygingsreg en korrupsie is dit ook die geval. Soos Rose-Ackerman tereg opmerk, is dit veral wanneer onafhanklike howe die reëls afdwing dat kodes van staatsverkrygingsreg die proses van staatsverkryging teen onbehoorlike invloed beskerm.⁷⁷

Die afdwing van staatsverkrygingsreëls in Suid-Afrika skep egter ook probleme in die stryd teen tenderkorrupsie. Die Suid-Afrikaanse verkrygingsremediestelsel is nóg samehangend nóg behoorlik belyn.⁷⁸ 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 oor die verkrygingslandskap gestrooi, waarvan die besonderhede dikwels alleen in verkrygingsbeheerbeleid van individuele instellings te vinde is.⁷⁹

Die beskikbare eksterne remedies is geensins meer stelselmatig nie. Soos in die vorige afdeling opgemerk, is die toepassing van administratiefreg op staatsverkrygingshandelinge, en gevolglik die beskikbaarheid van geregtelike hersiening van sulke handelinge, geensins konsekwent nie. Wanneer die verhouding tussen die partye tot 'n staatskontrak as suiwer kontraktueel aangemerkt word, soos in *Government of the RSA v Thabiso Chemicals*,⁸⁰ kan optrede onder daardie kontrak nie deur middel van geregtelike hersiening gereguleer word nie. Nietemin, soos appèlregter Nugent in *South African Post Office v De Lacy*⁸¹ opgemerk het, het hersieningsaansoeke rakende verkrygingshandelinge algemeen geword. In hierdie konteks vervul geregtelike hersiening 'n belangrike reguleringsfunksie as een wyse waarop die reëls van staatsverkrygingsreg, insluitende alle reëls gemik op die bekamping van korrupsie, afgedwing kan word.⁸²

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.

Ten minste 'n deel van die antwoord lê opgesluit in die feit dat die meeste van die eksterne remedies nie behoorlik ontwikkel is nie, wat ons weer eens terugbring by die gebrek aan

behoorlike sistematiesing en koördinerings van verskillende individuele remedies. Staatsverkrygingsregulering behoort in 'n groot mate selfafdwingend te wees, aangesien daar meestal meer as een tenderaar by 'n verkrygingsproses betrokke is, met die gevolg dat daar altyd minstens een party is (die verloorder) wat goeie aansporing het om nakoming van die verkrygingsreëls nougeset te monitor en wat afdwingingsmeganismes kan aktiewer indien nodig. *Selfafdwinging* in hierdie konteks verwys daarna dat, anders as in baie ander kontekste van staatsoptrede, daar minder behoefte is aan 'n eksterne afdwingingsinstelling by staatskontrakting in die lig van die meerdere partye betrokke met 'n sterk aansporing om staatsorgane aan die reëls te hou.

Om selfafdwinging egter optimaal te implementeer 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, dit wil sê afdwinging van die reëls van staatsverkrygingsreg deur private partye. Skadevergoeding as 'n remedie in staatsverkryging is grootliks onbenut in Suid-Afrika. 'n Deliktuele eis is net in baie eng omstandighede beskikbaar, te wete waar *mala fides* soos by korrupte handeling bewys kan word en nie in gevalle waar verlies as gevolg van *bona fide*-handeling veroorsaak is nie.⁸³ Die moontlikheid van vergoeding as deel van 'n hersiening bly grootliks onverkende gebied.⁸⁴ Die gevolg van hierdie swak vergoedingsreëling is dat teleurgestelde tenderaars hul noodwendig tot geregtelike hersiening wend. Dit is egter te betwyfel of geregtelike hersiening 'n gepaste remedie vir tenderaars is om hul private belange te beskerm. Soos adjunkhoofregter Moseneke in *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape*⁸⁵ opmerk:

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 wat in die gebrekkige tenderproses verloor is, te herwin.⁸⁶

Wat dus na vore kom uit hierdie opstelling van remedies is 'n totale ommekeer van die behoorlike rolle van die onderskeie remedies binne die breër regulatoriese sisteem. Die remedie wat die 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, met name die stryd teen korrupsie, tussen die remedies verlore gaan.

5. Oplossings

In die lig van die probleme hier bo 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 voorgee dat ek al die antwoorde het nie, en nie eens daarop kan aanspraak maak dat hierdie tentatiewe voorstelle inderdaad die probleem gaan *oplos* nie, is daar wel is 'n aantal stappe wat gedoen kan word om ten minste die moontlikheid te vergroot dat die reg effektief korrupsie in staatsverkryging kan teenwerk.

5.1 Sentraliseer en verenig die reëls van staatsverkryging

Die eerste stap om oplossings vir bostaande probleme te vind, 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 te plaas. 'n Eenvormige, sentrale wet met regulasies behoort ook die noodsaak aan verkrygingsbeleid as 'n vorm van regulasie binne individuele staatsorgane uit te skakel. So 'n stap sal baie bydrae tot die skep van 'n meer deursigtige stelsel, met 'n baie groter kans op 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 weer eens 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,⁸⁷ is dit die eerste keer in Suid-Afrika se “nuwe” verkrygingslandskap, ingelui 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-tesourieregulasies onder die Wet op Openbare Finansiële Bestuur wat in November 2012 vir kommentaar gepubliseer is met 'n teikenimplementeringsdatum van 1 April 2013.⁸⁸ Hierdie konsep bevat dramaties meer reëls rakende verkryging as die huidige tesourieregulasies.⁸⁹ Daar word heelwat minder oorgelaat aan individuele staatsorgane se verkrygingstelsels, en oor die 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 'n onderskeid is tussen die regulering van staatsverkryging in die verskillende sferes van regering, is hierdie konsep 'n positiewe stap in die rigting van groter duidelikheid en eenvormigheid in staatsverkrygingsregulering.

5.2 Skep 'n enkele oorsigstruktuur 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 van stapel kan stuur waar nodig, byvoorbeeld om verkrygingsreëls aan te pas of nuwe reëls te skep waar sistemiese probleme na vore kom. Die oogmerk van so 'n liggaam moet wees om verkryging nie self 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 gryp 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 te verseker 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 in Suid-Afrika is. Die enigste wyse om verkrygingskorrupsie effektief te bestry, is dus 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 ondersoeke en hoëprofiel-ondersoeke en klagtes insake verkryging wat deur die openbare beskermer onderneem word.

Daar is weer eens tekens van positiewe stappe in hierdie rigting. In sy 2012-begrotingstoespraak het die minister van finansies, Pravin Gordhan, aangekondig dat 'n nuwe staatsverkrygingsoorsigliggaam, die kantoor van die hoofverkrygingsbeampte ("Office of the Chief Procurement Officer") binne die nasionale tesourie geskep gaan word. 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 hoofverkrygingsbeampte wie se funksies die volgende sal insluit:

- Verbetering van die funksionering en effektiwiteit van die staatsverkrygingstelsel.
- Bevordering, monitering, assessering en afdwing 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-tesourieregulasies stel ook 'n aansienlik meer omvattende rapporteringstruktuur vir verkryging in die vooruitsig ~~in~~ vergeleke met die huidige tesourieregulasies. Die konsep sluit maandelikse rapportering van alle verkrygingstransaksies in.⁹⁰ Alhoewel rapportering steeds net aan die toepaslike tesourie is, is die voorgestelde verpligtinge wat oorsig betref, 'n stap in die regte rigting. Groter rapportering skep ten minste die moontlikheid van meer geredelike kontrolering van individuele verkrygingstransaksies.

Dit ondersteun uiteraard ook deursigtigheid, wat, soos hier bo aangedui, direk in verband staan met die stryd teen korrupsie.

5.3 Howe moet hul rol in verkrygingsbeheer duidelik afbaken

Wanneer bogenoemde twee stappe gedoen is, is dit belangrik vir die howe 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 waarin elk nagevolg kan word.

Vergoeding/skadevergoeding behoort meer algemeen beskikbaar te wees aan verontregte tenderaars wat nadeel gely het as gevolg van 'n verbroude tenderproses.⁹¹ Dit 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 oproep om 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 howe inderdaad die mees gepaste meganisme is in die voorste linie in die stryd teen tenderkorrupsie.

6. 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 ons reeds beperkte bronne wat vir die realisering van sosiale geregtigheid as 'n sleutelaspek van ons grondwetlike oorgang beskikbaar is, en wat steeds bloot 'n belofte aan die meeste Suid-Afrikaners is.

Korrupsie in staatsverkryging neem nie alleen hulpbronne van hul openbare doel weg 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 wat op die stryd teen tenderkorrupsie gerig is nie. Die probleem is eerder een van belyning en koördinerings van die

verskillende dimensies van staatsverkrygingsregulasies op 'n wyse wat die bekamping van tenderkorrupsie 'n realiteit eerder as net 'n beleid sal maak.

Bibliografie

Baxter, L. 1984. *Administrative law*. Kenwyn: Juta & Kie Bpk.

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.

—. 2013. *The regulatory framework for public procurement in South Africa*. In Quinot en Arrowsmith (reds.) 2013.

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 Public Procurement as a Market for Small Enterprises.pdf](http://www.thedti.gov.za/sme_development/sumit/Leveraging_Public_Procurement_as_a_Market_for_Small_Enterprises.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).

- Harlow, C. en R. Rawlings. 2009. *Law and administration*. 3de uitgawe. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jongbloed, Z. 2010. Die jagseisoen op Julius Malema is nou oop. *Die Burger*, 18 Julie. <http://www.dieburger.com/Rubriek/ZeldaJongbloed/Die-jagseisoen-op-Julius-Malema-is-nou-ooop-20100718-2> (4 Desember 2012 geraadpleeg).
- Jowell, J. 1973. The legal control of administrative discretion. *Public Law*, 18:178–220.
- Lamprecht, M. 2012. Leuens onvermydelik. *Beeld*, 1 April. <http://www.beeld.com/Suid-Afrika/Nuus/Leuens-onvermydelik-20120401> (4 Desember 2012 geraadpleeg).
- 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).
- Nye, J.S. 1967. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, 61:417–27.
- O’Byrne, S.K. 1992. Public power and private obligation: an analysis of the government contract. *Dalhousie Law Journal*, 14:485–525.
- Pakuscher, E.K. 1971. Judicial review of executive acts in economic affairs in Germany. *Journal of Public Law*, 20:273–98.
- Pound, R. 1959. *Jurisprudence*. St. Paul: West Publishing Co.
- Quinot, G. 2008a. Worse than losing a government tender: winning it. *Stellenbosse Regstydskrif*, 19(1):101–21.
- . 2008b. Public procurement. *Juta’s Quarterly Review of South African Law*, 1.
- . 2008c. Public procurement. *Juta’s Quarterly Review of South African Law*, 3.
- . 2009a. *State commercial activity: A legal framework*. Claremont: Juta Bpk.
- . 2009b. Towards effective judicial review of state commercial activity. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:436–49.
- . 2011a. Enforcement of procurement law from a South African perspective. *Public Procurement Law Review*, 20(6):193–206.
- . 2011b. Public procurement. *Juta’s Quarterly Review of South African Law*, 4.
- Quinot, G. en S. Arrowsmith. 2013. Introduction. In Quinot en Arrowsmith (reds.) 2013.

- Quinot, G. en S. Arrowsmith (reds.). 2013. *Public procurement regulation in Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, S. 1999. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sapa. 2011. Vavi slates “tenderpreneurs”. *Fin24*, 2 Junie.
<http://m.news24.com/fin24/Economy/Vavi-slates-tenderpreneurs-20110602> (9 Januarie 2013 geraadpleeg).
- Sapa. 2013. Manuel calls for supply chain reform. *Fin24*, 19 Februarie.
<http://www.fin24.com/Economy/Manuel-calls-for-supply-chain-reform-20130219> (25 Februarie 2013 geraadpleeg).
- Seddon, N. 2004. *Government contracts*. 3de uitgawe. Sydney: The Federation Press.
- Seekings, J. en N. Natrass. 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. 8 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.
- . 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.

—. 2013. A perspective on corruption and public procurement in Africa. In Quinot en Arrowsmith (reds.) 2013.

Eindnotas

¹ Die woord word meestal gebruik om te verwys na 'n persoon wat d.m.v. politieke netwerke uiters winsgewende staatskontrakte vir groot persoonlike gewin bekom het. Sien bv. Lamprecht (2012); Coetzee (2012); Jongbloed (2010). Die woord *tenderpreneur* kom net so algemeen in Engelse tekste voor; sien bv. 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 Sapa (2013).

⁴ Sien in die algemeen Bolton (2007).

⁵ Anders as in baie ander regstelsels word die besonderhede van staatsverkryging in Suid-Afrika nie bloot d.m.v. niebindende regsinstrumente soos riglyne en instruksies vanaf die tesourie gereguleer nie, hoewel daar ook 'n aansienlike aantal sodanige sagte regsmeganismes hier te lande bestaan wat die bindende regsreëls aanvul.

⁶ Die omvang van hierdie bydrae is dus beperk tot die kwessie van korrupsie in staatsverkryging en bepaald die regsmeganismes gemik op die bekamping daarvan. 'n Algemene bespreking van staatskontraktering val gevolglik buite die omvang van die bydrae. Vir sodanige bespreking sien Quinot en Arrowsmith (2013) en Bolton (2007).

⁷ Hierdie bepaling is reeds elders aan deeglike analise onderwerp. Sien Williams-Elegbe (2012:71–6, 98–102); Williams en Quinot (2007); Williams en Quinot (2008); Bolton (2007:391–401); Bolton (2006:25).

⁸ 2009 5 SA 255 (HHA) par. 1.

⁹ UN Trade and Development Board (2012:3).

¹⁰ Stats SA (2011:3). *Algemene regering* oftewel *general government* in hierdie statistieke sluit in nasionale en provinsiale regerings, hoëronderrysinstellings en niehandelsdienste van plaaslike owerhede, maar sluit staatsbeheerde ondernemings uit. 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).

¹¹ Departement van Handel en Nywerheid (2011).

¹² Twee voorbeelde illustreer hierdie punt effektief. In 2010 is 'n tender vir die verkryging van skryfbehoeftes vir openbare skole deur die Oos-Kaapse Departement van Onderwys reg aan die einde van die jaar gekanselleer. Die gevolg was dat die departement moes rondskarrel om 'n verskaffer te vind ten einde skryfbehoeftes gereed te hê vir die begin van die 2011-skooljaar sonder om die verkryging per openbare tender te adverteer. '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 behoeftigste 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 Limpopo, waar probleme met verkryging in 2012 saam met ander probleme baie skole in die provinsie sonder leerdermateriaal gelaat het vir ten minste die eerste helfte 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).

¹³ Williams en Quinot (2007:340).

¹⁴ Sien in die algemeen Williams-Elegbe (2012:9–13).

¹⁵ Williams en Quinot (2007:340).

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Nye (1967:417).

¹⁸ Art. 3.

¹⁹ Williams en Quinot (2007:341).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Williams en Quinot (2007:342).

²² *Ibid.*

²³ Hierdie afdeling steun op my vroeëre gesamentlike publikasies: Williams en Quinot (2007) en Williams en Quinot (2008).

²⁴ 1996.

²⁵ Die stryd teen korrupsie is uiteraard nie die enigste oogmerk voortvloeiend uit hierdie grondwetlike beginsels van staatsverkryging nie, maar is een van 'n aantal oogmerke wat ingevolge die beginsels gelys in art. 217(1) gebalanseer moet word. Oor die oogmerke van verkrygingsreg in die algemeen sien Quinot en Arrowsmith (2013:7–21) en in Suid-Afrika in die besonder, Bolton (2013:179–80).

²⁶ Quinot en Arrowsmith (2013:16–8); Williams-Elegbe (2013:352–4). Die skakel tussen deursigtigheid in staatsverkryging en teenkorrupsie-meganismes blyk veral duidelik uit die vereiste in 'n aantal internasionale instrumente gemik op die bekamping van korrupsie wat spesifiek deursigtige staatsverkryging voorskryf as deel van die partye se verpligtinge onder die instrument (sien Williams-Elegbe (2013:358–69).

²⁷ Sien die inhoud wat aan hierdie grondwetlike beginsels gegee word in die konseptesourieregulasies, uitgevaardig ingevolge die Wet op Openbare Finansiële Bestuur 1 van 1999 (GK 1005 in *SK* 35939 van 30 November 2012), waar die verpligting om korrupsie te bestry direk gekoppel word aan die beginsels van billikheid en mededingendheid (Konsepreg. 20.3.1).

²⁸ Vgl. Rose-Ackerman se soortgelyke punt rakende die invloed van korrupsie op direkte buitelandse beleggings in die algemeen (1999:2–3).

²⁹ Sien Quinot en Arrowsmith (2013:13).

³⁰ GK R225 in *SK* 27388 van 15 Maart 2005.

³¹ GK R868 in *SK* 27636 van 30 Mei 2005.

³² Tesouriereg. 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.

³³ Tesouriereg. 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.

Tesouriereg. 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).

Tesouriereg. 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.

³⁴ GK R502 in *SK* 34350 van 8 Junie 2011.

³⁵ 2011 1 SA 327 (KH) par. 28.

³⁶ Die saak is beslis kragtens die essensieel identies-bewoorde reg. 15 van die Voorkeurverkrygingsregulasies, 2001, wat nou vervang is deur Voorkeurverkrygingsregulasies, 2011.

³⁷ *Viking Pony Africa Pumps (Pty) Ltd t/a Tricom Africa v Hydro-Tech Systems (Pty) Ltd* 2010 3 SA 365 (HHA) par. 32.

³⁸ *Viking Pony Africa Pumps (Pty) Ltd t/a Tricom Africa v Hydro-Tech Systems (Pty) Ltd* 2011 1 SA 327 (KH) par. 31.

³⁹ Par. 32.

⁴⁰ “Database of restricted suppliers”.

⁴¹ Die databasis is openlik beskikbaar op die webwerf van die nasionale tesourie: [www.treasury.gov.za/publications/other/Database of Restricted Suppliers.pdf](http://www.treasury.gov.za/publications/other/Database%20of%20Restricted%20Suppliers.pdf) (4 September 2012 geraadpleeg).

⁴² Tesouriereg. 16A9.1(c); Munisipale verkrygingsreg. 38(1)(c).

⁴³ Art. 12 van die Korrupsiewet 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.

⁴⁴ Art. 13 van die Korrupsiewet 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.

⁴⁵ Korrupsiewet art. 26.

⁴⁶ Korrupsiewet art. 28.

⁴⁷ Korrupsiewet art. 29.

⁴⁸ Korrupsiewet art. 28(3).

⁴⁹ Korrupsiewet art. 28(3)(ii). Die regulasies betreffende die register vir tenderoortreders, geskep ingevolge die Korrupsiewet (GK R104 in SK 27365 van 11 Maart 2005), is duidelik *ultra vires* waar dit bepaal in reg. 3 dat inligting vir 20 jaar op die register gelys moet word.

⁵⁰ Korrupsiewet art. 28(1)(b)(ii).

⁵¹ Korrupsiewet art. 28(1)(c)(i).

⁵² Korrupsiewet art. 28(1)(c)(ii).

⁵³ Korrupsiewet art. 28(1)(d).

⁵⁴ 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 for Tender Defaulters.pdf](http://www.treasury.gov.za/publications/other/Register%20for%20Tender%20Defaulters.pdf) (4 September 2012 geraadpleeg).

⁵⁵ Tesouriereg. 16A9.1(c); Munisipale verkrygingsreg. 38(1)(c).

⁵⁶ 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 hier onder aangespreek ook in 'n meer algemene lig as probleme met staatsverkrygingsregulasie in die geheel beskou word.

⁵⁷ *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.

⁵⁸ Williams en Quinot (2007:361).

⁵⁹ Trengove (2012).

⁶⁰ Jowell (1973:201).

⁶¹ Baxter (1984:80).

⁶² Pound (1959:ii); Harlow en Rawlings (2009:204).

⁶³ *Minister of Education v Harris* 2001 4 SA 1297 (KH); *Akani Garden Route (Pty) Ltd v Pinnacle Point Casino (Pty) Ltd* 2001 4 SA 501 (HHA).

⁶⁴ 2001 4 SA 501 (HHA) par. 7.

⁶⁵ Sien bv. die UNCITRAL Model Law on Public Procurement [http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011 Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011_Model.html) (4 September 2012 geraadpleeg).

⁶⁶ Sien Quinot (2011a:201); Quinot (2011b, par. 2.6); Quinot (2008b, par. 2.3); Quinot (2008c, par. 2.1).

⁶⁷ Sien Quinot (2009a:52–132).

⁶⁸ Sien Seddon (2004:12–7) en O'Byrne (1992) vir nog voorbeelde.

⁶⁹ *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).

⁷⁰ 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 die Engelse en Duitse reg onderskeidelik, sien Davies (2006:105) en Pakuscher (1971:285).

⁷¹ 2003 2 SA 460 (HHA) par. 7–8.

⁷² 2009 1 SA 163 (HHA) par. 18.

⁷³ 2003 2 SA 460 (HHA) par. 7–8.

⁷⁴ 2009 1 SA 163 (HHA) par. 18.

⁷⁵ 2011-30-03 saaknr. 11445/2010 (KZD).

⁷⁶ Par. 104.

⁷⁷ Rose-Ackerman (1999:59).

⁷⁸ Vir 'n diepgaande bespreking sien Quinot (2011a:193–206).

⁷⁹ Sien Quinot (2011a:195–7).

⁸⁰ 2009 1 SA 163 (HHA) par. 18.

⁸¹ 2009 5 SA 255 (HHA) par. 1.

⁸² Sien Quinot (2009a:3–5) vir 'n bespreking van howe as reguleerders deur meganismes soos geregtelike hersiening.

⁸³ Sien Quinot (2008a).

⁸⁴ Sien Quinot (2008a); Quinot (2011a:204–5).

⁸⁵ 2007 3 SA 121 (KH) par. 29.

⁸⁶ Vgl. Quinot (2009b:442–3).

⁸⁷ 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).

⁸⁸ GK 1005 in SK 35939 van 30 November 2012.

⁸⁹ Die hele deel 7 (reg. 20–30) van die konsep handel oor verkryging en beslaan sowat 60 bladsye in die *Staatskoerant* in vergelyking met die huidige tesourieregulasies, wat slegs twee regulasies bevat wat handel met verkryging, reg. 16 en 16A, wat slegs tien bladsye in die *Staatskoerant* beslaan.

⁹⁰ Reg. 27.1.2.

⁹¹ Sien Quinot (2008a:111–3).