

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE-VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Saakknommer : 508/2009

In die aansoek tussen:-

<u>LOHAN CIVIL – TEBOGO JOINT VENTURE</u>	Eerste Applikant
<u>LOHAN CIVIL (PTY) LTD</u>	Tweede Applikant
<u>LEKHOBLO AGNES NELLY KWAGILE N.O.</u>	Derde Applikant
<u>AOBAKWE KOA McNATLY NOKO N.O.</u>	Vierde Applikant
<u>SEBUSANG AGNES MATOASE N.O.</u>	Vyfde Applikant

en

<u>MANGAUNG PLAASLIKE MUNISIPALITEIT</u>	1ste Respondent
<u>MUNISIPALE BESTUURDER: MANGAUNG PLAASLIKE MUNISIPALITEIT</u>	2de Respondent
<u>DIE VOORSITTER: BOD BEOORDELINGS KOMITEE MANGAUNG PLAASLIKE MUNISIPALITEIT</u>	3de Respondent(1)
<u>DIE BOD BEOORDELINGS KOMITEE MANGAUNG PLAASLIKE MUNISIPALITEIT</u>	3de Respondent(2)
<u>MOELETSI – PETER JV</u>	4de Respondent
<u>PETER CONTRACTORS (PTY) LTD</u>	5de Respondent
<u>MOELETSI TRADING CC</u>	6de Respondent

CORAM: VAN ZYL, J

AANGEHOOR OP: 19 Februarie 2009

GELEWER OP: 27 Februarie 2009

- [1] Hierdie is 'n aansoek vir 'n tussentydse interdik hangende die liassering van 'n hersieningsaansoek waarin applikante vorder dat tweede, derde(1) en derde(2) respondente (hierinlater gesamentlik na verwys as “derde resondente” of “die Bod Beoordelings Komitee”) se besluit om 'n tender aan vierde respondent toe te ken, hersien, tersyde gestel en reggestel word. Hierdie tussentydse regshulp wat deur applikante gevorder word in die kennisgewing van mosie, is in die vorm van bevel *nisi* waarmee respondente opgeroep word om redes aan te voer waarom die volgende bevel nie verleen sal word nie:

- “2.1 Dat hangende die finale beregting van 'n aansoek wat applikante voornemens is om te doen vir die hersiening en tersydestelling van die besluit om tendernommer T0807 aan vierde respondent toe te ken;
- 2.1.1 word die respondente verbied om enige uitvoering aan die toekenning van die tender te gee;
- 2.1.2 word die vierde, vyfde en sesde respondente verbied om enige handeling te verrig ter implimentering of uitvoering van die gemelde besluit;
- 2.2 Dat eerste en tweede respondente gesamentlik en afsonderlik en ook gesamentlik en afsonderlik met

sodanige ander respondente wat hierdie aansoek sou opponeer, gelas word om die koste van hierdie aansoek te betaal.

- 2.3 Dat verdere en/of alternatiewe regshulp aan applikante verleen word.
3. Dat die bevel vvat in paragrawe 2.1, 2.1.1 en 2.1.2 hierbo sal dien as 'n tussentydse interdik met onmiddellike regswerking hangende die finale beregting van hierdie aansoek."

Tans opponeer slegs eerste, tweede en derde respondente die aansoek, terwyl vierde, vyfde en sesde respondente 'n kennisgewing van berusting geliasseer het op 13 Februarie 2009.

- [2] Volledigheidshalwe moet vermeld word dat die onderhawige aansoek, met uitsluiting van die aanvullende opponerende verklarings en aanvullende repliserende verklarings, die eerste keer op 'n dringende basis voor my gedien het op Maandag, 9 Februarie 2009. Daartydens het respondente die dringendheid van die aansoek, sowel as sekere ander aspekte daarvan, betwis. Nadat volledige argumente voor my gedien het, het ek uitspraak voorbehou en die oggend

van Dinsdag, 10 Februarie 2009, 'n volledig gemotiveerde uitspraak gegee, voortspruitend waaruit ek die volgende bevele gemaak het:

- “(1) Kondonasie word aan applikante verleen vir die nie-nakoming van die hofreëls met betrekking tot vorm, betekening en tydperke en word die aansoek as 'n dringende aansoek bereg.
- (2) Die aansoek word uitgestel om aangehoor te word op Donderdag, 19 Februarie 2009 om 9h30.
- (3) Verlof word aan respondente verleen om aanvullende opponerende beëdigde verklarings, indien enige, te liasseer word of op Vrydag, 13 Februarie 2009, om 15h00.
- (4) Verlof word aan applikante verleen om aanvullende repliserende beëdigde verklarings, indien enige, te liasseer voor of op Maandag, 16 Februarie 2009, om 15h00.
- (5) Die partye word gemagtig en gelas om hul betoogshoofde te liasseer voor of op Woensdag, 18 Februarie 2009, om 12h00.
- (6) Paragraaf 1 van die aansoek om skrapping word van die hand gewys.
- (7) Paragrawe 2 tot 4 van die aansoek om skrapping staan oor om bereg te word saam met die aansoek op Donderdag, 19 Februarie 2009 om 9h30.

(8) Die koste van 9 Februarie 2009 staan oor vir latere beregting.”

‘n Getranskribeerde kopie van die uitspraak is op 18 Februarie 2009 aan my voorgelê vir die nasien daarvan, welke nasien deur my gefinaliseer is en die gekorrigeerde uitspraak deur my onderteken is op 18 Februarie 2009.

[3] Aangesien ‘n skriftelike kopie van daardie uitspraak beskikbaar is, gaan ek nie die inhoud daarvan onnodiglik hierin herhaal nie. Ek meen egter dit is noodsaaklik om een aspek daarvan uit te wys. In die betoogshoofde van mnr. De Bruin, bygestaan deur mnr. Benade, namens applikante, is vermeld dat die vereiste van ‘n tussentydse interdik dat daar geen alternatiewe remedie moet bestaan nie, reeds deur my beslis is op 10 Februarie 2009. Hierdie bewering of persepsie is egter nie korrek nie. Hoewel dit so is dat ten tyde van die beregting van die aansoek voor my op 9 Februarie 2009, mnr. Reinders, wie op daardie stadium namens al die respondente veskyn het, wel die punt geneem het dat applikante oor ‘n alternatiewe remedie beskik en ek, ten spyte daarvan, bevind het dat applikante ‘n *prima facie*

saak vir die gevraagde regshulp uitgemaak het, was daardie bevinding nie 'n finale beslissing nie. Ek het spesifiek vermeld en bevind dat daardie *prima facie* bevinding slegs interlokutêr van aard en effek is en dat al die aspekte wat op daardie stadium namens respondente geopper is, steeds weer deur en namens respondente geopper sal kan word en dus bereg sal moet word na die liassering van aanvullende opponerende verklarings ten opsigte van die meriete van die aansoek. Sien uitspraak van 10 Februarie 2009, p. 16, reël 14 tot p. 18, reël 3.

Gevolglik is die vraagstuk met betrekking tot die bestaan, aldan nie, van 'n alternatiewe remedie in die onderhawige geval, nog nie finaal deur my beslis nie en is dit een van die aspekte wat in die onderhawige uitspraak aangespreek sal moet word.

- [4] Duidelikheidshalwe word vermeld dat vanweë soortgelyke verwysings in die aansoekstukke, ek voornemens is om na die “Bid Evaluation Committee” te verwys as “die Bod Evaluerings Komitee” en na die “Bid Adjudication Committee” as die “Bod Beoordelings Komitee” of derde

respondente. Dit moet dus nie geag word as dat die benamings enigsins slaan op my indruk van die onderskeie komitees se funksies nie. Voorts is ek om doelmatigheidsredes voornemens om na die onderskeie regulasies en beleid te verwys ooreenkomstig die engelse benamings daarvan, aangesien die engelse weergawes daarvan voor my dien (wat klaarblyklik die enigste bekikbare weergawes is).

Feitelike agtergrond:

- [5] Eerste applikant, 'n sogenaamde "joint venture", waarvan die lede tweede applikant en die Tebogo Business Trust is, ten opsigte van welke Trust derde, vierde en vyfde applikante die trustees is, het in reaksie op eerste respondent se advertensie en uitnodiging aan belangstellendes om te tender vir die toekenning van kontrak T0807, 'n tender ingedien. Vierde respondent, ook 'n sogenaamde "joint venture", waarvan die lede die vyfde respondent en die sesde respondent is, het ook 'n tender, sowel as 'n alternatiewe tender met 'n twee maande korter termyn, ingedien. In totaal is 17 tenders ontvang. Die tender is vir die konstruksie van 'n verbreding van Nelson Mandelarylaan

tussen Melvillerylaan (by Brandwagsentrum) en Jan Spiesrylaan (by Langenhovenpark) deur 'n ekstra inkomende- en uitgaande baan tot die bestaande bane toe te voeg.

- [6] Dit is gemeensaak en blyk dit uit die tenderdokument, aangeheg as aanhangsel “F” tot die funderende verklaring, dat alle tenders wat ontvang is, gevalueer moes word ooreenkomstig die 90/10 puntesisteen waarna verwys word in artikel 2(1)(b)(i) van die Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid, Nr. 5 van 2000 (hierinlater na verwys as “die Wet”). (Daar word ook in die Preferential Procurement Regulations, uitgevaardig in terme van die Wet en gepubliseer in Gowermentskennisgewing Nr. R725 in Staatskoerant 22549 van 10 Augustus 2001, en welke regulasies aangeheg is as aanhangsel “B” tot eerste tot derde respondente se aanvullende opponerende verklaring, vir sodanige puntesisteen voorsiening gemaak.) Ten opsigte van die prys van elke tender, sou dus 'n maksimum van 90 punte toegeken kon word. Wat betref die oorblywende 10 punte, blyk dit uit paragraaf 3.11 op p. T1.2-8 van die tenderdata van die tender, saamgelees met

paragraaf 3.11 van die standaardvoorwaardes van die tender (p. T1.3-11 van die tender) en verdermeer saamgelees met paragraaf 3.1.2 van die Preferential Procurement Regulations van eerste respondent, aangeheg as aanhangsel “A” tot die tenderdokument (p. T1.2-17 van die tender), dat dit toegeken moes word met betrekking tot die bevordering van bepaalde doelwitte en wel tot dien effekte dat ‘n maksimum van 6 punte toegeken kon word ten opsigte van kontraktering met persone of kategorieë persone wat in die verlede deur onbillike diskriminasie benadeel is op grond van ras, geslag of gestremdheid ingesluit (hierinlater na verwys as “HDI”) en ‘n maksimum van 4 punte ten opsigte van gelokaliseerdheid in die Vrystaat (hierinlater na verwys as “located in FS”).

- [7] Al die tenders wat ontvang is, is gevalueer deur VELA/VKE Raadgewende Ingenieurs, wie se verslag aangeheg is aanhangsel “G” tot die funderende verklaring. Uit die verslag blyk dit en is dit gemeensaak dat van die 17 tenders ontvang, sekere gediskwalifiseer is as synde sogenaamde “non-responsive tenders”, dus tenderaars of tenders wat nie voldoen het aan die tendervereistes nie. Gevolglik is 6

oorblywende tenders ge-evalueer, waaronder eerste applikant en vierde respondent se tenders. Eerste applikant se tender het die bedrag van R31 949 796,73 beloop, terwyl vierde respondent se tender die bedrag van R33 994 294,46 beloop het. Nadat die oorblywende 6 tenderaars ge-evalueer is ten opsigte van tegniese ondervinding en kapasiteit, het die ingenieurs aanbeveel dat slegs eerste applikant, vierde respondent en 'n derde tenderaar, Tau Pele, oor die kapasiteit en ondervinding beskik om die projekte voltooi en wie 'n lae risiko vir eerste respondent inhou. Hierdie drie tenders is toe ge-evalueer by wyse van voormelde puntstelsel, waarop eerste applikant die meeste punte toegeken is, synde 95.2 (90 ten opsigte van prys, 1.2 ten opsigte "HDI" en 4 ten opsigte van Vystaat gelokaliseerdheid), terwyl vierde respondent 90.6 punte toegeken is (84.6 ten opsigte van prys, 2 ten opsigte van "HDI" en 4 ten opsigte van Vrstaat gelokaliseerdheid. Die derde tenderaar is 86.5 punte toegeken, die samestelling waarvan nie relevant is vir doeleindes van hierdie uitspraak nie. Gevolglik is beide eerste applikant en vierde respondent, sowel as die derde tenderaar, aanbeveel as synde die ondervinding, "track record" en kapasiteit te hê om

die projek suksesvol te voltooi.

- [8] Die Bod Evaluerings Komitee is daargestel ooreenkomstig die Municipal Supply Chain Management Regulations, welke regulasies uitgevaardig is in terme van artikel 168 van die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Finansiële Bestuur, Wet 56 van 2003 (hierinlater na verwys as “die Munisipale Bestuur Wet”),afgekondig in Gowermentskennisgewing Nr. 868 in Staatskoerant 27636 van 30 Mei 2005, ‘n kopie waarvan aangeheg is as aanhangsel “A” tot die aanvullende opponerende verklarings, saamgelees met eerste respondent se Supply Chain Management Policy, aangeheg as aanhangsel “C” tot die aanvullende opponerende verklarings. Die Bod Evaluerings Komitee het klaarblyklik voor 24 November 2008 ‘n vergadering gehad ten einde die tenders te evalueer, ook in die lig van die ingenieursverslag, aanhangsel “G”. Die rede waarom ek die afleiding maak dat sodanige vergadering plaasgevind het voor 24 November 2008, is omdat ‘n verslag deur die voorsitter van die Bod Evaluerings Komitee gerig aan die Bod Beoordelings Komitee, gedateer is 24 November 2008, ‘n kopie van welke verslag aangeheg is tot die funderende verklaring as

aanhangsel “H”. In hierdie verslag is aanbeveel dat die tender aan eerste applikant toegewys word. Daaropvolgend het daar klaarblyklik ‘n vergadering plaasgevind van die Bod Beoordelings Komitee op 12 Desember 2008, waartydens, soos blyk uit die notule (p. 432 van die aansoekstukke), die aangeleentheid terugverwys is na die Bod Evaluerings Komitee met die versoek dat die tenders geher-evalueer word. Daaropvolgend en wel tydens ‘n spesiale vergadering van die Bod Evaluerings Komitee wat plaasgevind het op 17 Desember 2008, die notule waarvan aangeheg is aanhangsel “I” tot die funderende verklaring, is opnuut besluit dat aanbeveel word dat die tender aan eerste applikant toegewys word.

- [9] Daaropvolgend tydens ‘n vergadering van die Bod Beoordelings Komitee op 9 Januarie 2009, die notule waarvan aangeheg is tot die funderende verklaring as aanhangsel “K”, blyk dit dat daar besluit is om ten spyte van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee, aan te beveel dat die tender aan vierde respondent toegeken word.

[10] Daarna, en wel op 19 Januarie 2009, is laasgenoemde aanbeveling/besluit goedgekeur of bekragtig deur tweede respondent met die woorde “approved”, soos blyk uit p. 444 van die aansoekstukke.

[11] Dit is teen voormelde aanbeveling en/of besluit van derde respondente en daaropvolgend van tweede respondent, wat die voorgenome hersieningsaansoek gerig is.

Aansoek om skrapping:

[12] Eerste tot derde respondente het die oggend voordat die aansoek voorheen voor my gedien het op 9 Februarie 2009, ‘n kennisgewing van aansoek om skrapping geliasseer. Soos blyk uit die bevel hierin vroeër na verwys wat ek op 10 Februarie 2009 gelewer het, het ek reeds paragraaf 1 van die aansoek om skrapping van die hand gewys, terwyl ek gelas het dat paragrawe 2 tot 4 van die aansoek om skrapping oorstaan om saam met die meriete van die onderhawige aansoek bereg te word. Na my mening is dit dus doelmatig en wenslik dat ek die aansoek om skrapping beslis alvorens voortgegaan word met die beregting van die

ander aspekte wat in die onderhawige aangeleentheid ter sprake is.

[13] Die aansoek om skrapping is gerig op sekere bewerings gemaak in applikante se aanvanklike repliserende verklaring, welke bewerings, aldus die aansoek om skrapping, in die funderende verklaring uiteengesit moes gewees het. Paragraaf 2 van die aansoek om skrapping vra vir deurhaling van paragrawe 10.2 tot 10.4 van die aanvanklike repliserende verklaring, paragraaf 3 versoek deurhaling van paragrawe 13.2, 13.2.1, 13.2.2 en 'n gedeelte van 13.4 van die aanvanklike repliserende verklaring en paragraaf 4 vorder skrapping van paragrawe 19.2, 19.3 en 19.4 van die aanvanklike repliserende verklaring.

[14] Ek is nie voornemens om die gedeeltes van die aanvanklike repliserende verklaring wat eerste tot derde respondente versoek word geskrap moet word, verbatim hierin te herhaal nie. By nalees van die aanvanklike opponerende verklaring namens eerste tot derde respondente, blyk dit dat daardie aanvanklike opponerende verklaring, klaarblyklik vanweë die tydsbeperkings wat reeds aangespreek is in my uitspraak

van 10 Februarie 2009, nie paragraaf vir paragraaf handel met die funderende verklaring nie. Die aanvanklike opponerende verklaring namens eerste tot derde respondente was opgestel in die aard en vorm dat sekere punte *in limine* teen applikante se aansoek geopper is. Wanneer dit dan saamgelees word met die bewerings in die aanvanklike repliserende verklaring wat eerste tot derde respondente versoek geskrap moet word, blyk die volgende:

- 14.1 Paragrafe 10.2 tot 10.4 van die aanvanklike repliserende verklaring is gemaak in antwoord op 'n punt *in limine* deur eerste tot derde respondente tot dien effekte dat die tenderkontrak 'n interne remedie bevat wat nie deur applikante uitgeput is alvorens die onderhawige aansoek geloods is nie.
- 14.2 Die bewerings gemaak in paragrafe 13.2, 13.2.1, 13.2.2 en 13.4 van die aanvanklike repliserende verklaring is gemaak in antwoord op 'n bewering wat deur eerste tot derde respondente gemaak is tot dien effekte dat respondente onder geweldige tydsbeperkings en druk is om voorbereidings vir die sokker wêreldbeker af te handel en dat die aard van

die regshulp wat deur applikante gevorder word, eerste tot derde respondente se gereedheid om die sokker wêreldbeker in Bloemfontein aan te bied, ernstig sal benadeel.

14.3 Die bewerings gemaak in paragrawe 19.2, 19.3 en 19.4 van die aanvanklike repliserende verklaring is gemaak in antwoord op bewerings deur eerste tot derde respondente tot dien effekte dat applikante oor 'n alternatiewe remedie beskik, deurdat hulle kan voortgaan met die hersieningsaansoek en indien hulle daarmee suksesvol sou wees, hulle geregtig sal wees om 'n skadevergoedingsaksie in te stel.

[15] Voormelde aspekte blyk na my mening klaarblyklik geopper te gewees het onder die volgende omstandighede:

15.1 Applikante het duidelik die hof genader in terme van die bepalings van die Promotion of Administrative Justice Act, Nr. 3 van 2000 (hierinlater na verwys as "PAJA"), en wel sonder om enige bewerings ten opsigte van die uitputting van interne remedies te maak. Dit moet na my mening gevolglik aanvaar word dat applikante die hof genader het op die basis dat

daar geen sodanige interne remedies bestaan nie. Hierdie “stilswyende of implisiete” bewering deur applikante is deur eerste tot derde respondente in hulle aanvanklike opponerende verklaring betwis deur die bewering dat daar inderdaad ‘n interne remedie in die tenderdokument voorkom. Dit is in antwoord hierop wat die bewerings in paragrafe 10.2 tot 10.4 in die aanvanklike repliserende verklaring gemaak is.

- 15.2 Applikante het in paragraaf 11.4 van hul funderende verklaring vermeld dat tyd van wesenlike belang is, aangesien die bouwerk voltooi moet wees met die aanvang van die sokker wêreldbeker gedurende Junie/Julie 2010. Daar is voorts in hierdie paragraaf vermeld dat indien die projek teen middel Maart 2009 ‘n aanvang neem, dit steeds betyds voltooi sal wees vir die wêreldbeker van Junie 2010. Hierop het eerste tot derde respondente in paragraaf 13 van hulle opponerende verklaring die bewering gemaak dat die regshulp wat applikante vorder, eerste tot derde respondente se gereedheid om die wêreldbeker in Bloemfontein te akkommodeer, ernstig sal benadeel. Dit is in antwoord op hierdie bewering wat applikante in

paragrafe 13.2, 13.2.1, 13.2.2 en 13.4 van hul aanvanklike repliserende verklaring die verdere bewerings met betrekking tot tydsbeperkings gemaak het.

15.3 Applikante het in paragraaf 14 van hul funderende verklaring die bewering gemaak dat hul oor geen ander remedie beskik as dit wat in die kennisgewing van mosie versoek word nie. In antwoord hierop het eerste tot derde respondente die bewering in paragraaf 19 gemaak tot dien effekte dat applikante kan voortgaan met die voorgenome hersiening en indien hulle suksesvol sou wees, 'n skadevergoedingsaksie kan instel. Dit is in antwoord op laasgenoemde bewering wat applikante in paragrafe 19.2, 19.3 en 19.4 van hulle aanvanklike repliserende verklaring verdere bewerings gemaak het met betrekking tot die afwesigheid van 'n alternatiewe remedie.

[16] In die vooropstelling blyk dit dat in die eerste van bogenoemde gevalle, applikante wel nie 'n tersaaklike bewering met betrekking tot interne remedies in hulle funderende verklaring gemaak het nie, maar moet dit

implisiet ingelees word vanweë die rede reeds vermeld. Wat gevalle twee en drie betref, blyk dit dat applikante wel die tersaaklike nodige bewerings in die funderende verklaring gemaak het. Eerste tot derde respondente het in al drie gevalle hierop gereageer deur dit te betwis en substantiewe bewerings te maak oor waarom dit betwis word. Dit is in antwoord op hierdie bewerings deur eerste tot derde respondente gemaak, wat applikante die tersaaklike bewerings in die aanvanklike repliserende verklaring gemaak het. Na my mening is dit gevolglik 'n geval waar die bewerings in repliek nie 'n poging was om 'n saak die eerste keer in repliek uit te maak nie, maar bloot 'n reaksie daarstel op die besware en bewerings daaromtrent gemaak deur eerste tot derde respondente in hulle aanvanklike opponerende verklaring. Sien **RENS v GUTMAN NO AND OTHERS** 2003 (1) SA 93 (CPD) op 99E – I.

- [17] Gevolglik is ek van mening dat paragrawe 2, 3 en 4 van eerste tot derde respondente se kennisgewing om skrapping nie gehandhaaf kan word nie.

In liminé: Interne Remedies:

[18] Dit is gemeensaak tussen die partye dat die hersiening hierin beoog, geloods word uit hoofde van die bepalings van PAJA. In dié verband het eerste tot derde respondente 'n punt *in liminé* geopper met verwysing na die bepalings van artikel 7(2)(a) van PAJA, in terme waarvan sodanige hersiening nie kan geskied tensy die hof oortuig is dat 'n applikant sy interne remedies uitgeput het. Mnr. Reinders het hiervoor gesteun op **NICHOL AND ANOTHER v REGISTRAR OF PENSION FUNDS AND OTHERS** 2008 (1) SA 383 (SCA) op 390A waar dit as volg gestel is:

“However, as is pointed out by Iain Currie and Jonathan Klaaren, 'by imposing a strict duty to exhaust domestic remedies, [PAJA] has considerably reformed the common law'. It is now compulsory for the aggrieved party in all cases to exhaust the relevant internal remedies unless exempted from doing so by way of a successful application under s 7(2)(c). Moreover, the person seeking exemption must satisfy the court of two matters: first, that there are exceptional circumstances, and second, that it is in the interest of justice that the exemption be given.”

[19] Volgens eerste tot derde respondente se saak is daar ten minste twee moontlike interne remedies wat applikante moes uitput alvorens hulle die hof in terme van die bepalings van PAJA kon nader.

19.1 Die eerste hiervan is 'n appèlprosedure waarvoor voorsiening gemaak word in artikel 62 van die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Stelsels, Nr. 32 van 2000 (hierinlater na verwys as die “Munisipale Stelsels Wet”); en

19.2 Die tweede is die prosedure vervat in paragraaf 3.12 van die tenderdokument aangeheg tot applikante se funderende verklaring en wat as volg lees (aansoekstukke, p. 72):

“Objections and Complaints:

Persons aggrieved by decisions or actions taken by the Municipality in the implementation of its chain management system, may lodge within 14 days of the decision or action a written objection or complaint to the City Manager against the decision or action.”

Hierdie gedeelte kom voor in aanhangsel “A” tot die tenderdokument, synde die Preferential Procurement Regulations van eerste respondent.

[20] Hoewel nie spesifiek daarop gesteun is of ek daarna verwys is namens eerste tot derde respondente nie, meen ek dit is nodig om ook daarop te wys dat Regulasie 50 van die Municipal Supply Chain Management Regulations, waarna ek reeds verwys het en wat aangeheg is as aanhangsel “A” tot die aanvullende opponerende verklaring, daarvoor voorsiening maak dat die Supply Chain Management Policy van ‘n munisipaliteit voorsiening moet maak vir ‘n prosedure om dispute en besware te besleg. Wanneer daar dan gelet word op eerste respondent se Supply Chain Management Policy, aangeheg as aanhangsel “C” tot die aanvullende opponerende verklaring, blyk dit dat klousules 5 en 6 in hoofstuk 4 daarvan, (p. 631 – 632 van die aansoekstukke) wel voorsiening maak vir sodanige geskilbeslegtings-prosedure. Ek sal hieronder na die detail van hierdie klousules verwys.

[21] Dit is inderdaad so dat artikel 7(2)(a) van PAJA voorsiening maak vir die uitputting van interne remedies en wel by wyse van die volgende bewoording:

“7 (2) (a) Subject to paragraph (c), no court or tribunal shall review an administrative action in terms of this Act unless any internal remedy provided for in any other law has first been exhausted.

(b) Subject to paragraph (c), a court or tribunal must, if it is not satisfied that any internal remedy referred to in paragraph (a) has been exhausted, direct that the person concerned must first exhaust such remedy before instituting proceedings in a court or tribunal for judicial review in terms of this Act.

(c) A court or tribunal may, in exceptional circumstances and on application by the person concerned, exempt such person from the obligation to exhaust any internal remedy if the court or tribunal deems it in the interest of justice.”

[22] Op blote interpretasie van die bewoording van artikel 7(2), meen ek dat die beletsel daarin vermeld, nie in hierdie geval op hierdie stadium van toepassing is nie, aangesien ek slegs die tussentydse interdik bereg en nie die voorgenome hersiening as sulks nie en derhalwe nie deur van die bepalings van artikel 7(2)(a) getref word nie. Na my mening blyk dit die bedoeling van die Wetgewer te wees dat ‘n hersiening as sulks nie mag geskied alvorens die beskikbare interne remedies uitgeput is nie en tref hierdie beletsel nie die verlening van ‘n tussentydse interdik nie.

[23] Indien en insoverre ek verkeerd mag wees met betrekking tot my interpretasie van voormelde artikel, en in ieder geval ten einde finaliteit en dus regsekerheid te bereik met betrekking tot die vraagstuk rondom interne remedies in die onderhawige geval, is ek in ieder geval voornemens om die onderskeie beweerde interne remedies van naderby te beskou.

[24] Wat artikel 62 van die Munisipale Stelsels Wet betref, lees die tersaaklike gedeeltes daarvan as volg:

“62 Appèlle

(1) 'n Persoon wie se regte geraak word deur 'n besluit wat deur 'n politieke struktuur, politieke ampsbeker, raadslid of personeellid geneem is ingevolge 'n bevoegdheid of plig wat deur 'n delegerende owerheid gedelegeer of gesubdelegeer is aan die politieke struktuur, politieke ampsbeker, raadslid of personeellid, kan teen daardie besluit appelleer deur binne 21 dae na die datum van verwittiging van die besluit, skriftelike kennis van die appèl en redes aan die munisipale bestuurder te gee.

(2) Die munisipale bestuurder moet die appèl spoedig aan die tersaaklike appèl owerheid bedoel in subartikel (4) voorlê.

(3) Die appèl owerheid moet die appèl oorweeg, en die besluit bevestig, verander of herroep, maar geen sodanige verandering of herroeping van 'n besluit mag afbreuk doen aan enige regte wat as gevolg van die besluit ontstaan het nie.

(4) ...

(5) ...

(6) ...”

(Eie beklemtoning)

[25] Ten eerste moet daarop gelet word dat artikel 62 voorkom in Deel 3 van voormelde Wet, welke deel handel met “Stelsel van Delegering”. Dit blyk dan ook duidelik uit die bewoording van artikel 62(1) dat sodanige appèl staan gerig te word teen ‘n bevoegdheid wat op gedelegeerde basis uitgeoefen is.

[26] In Regulasie 29(1)(b)(i) van die Municipal Supply Chain Management Regulations, word daar wel met betrekking tot die Bod Beoordelings Komitee ‘n verwysing gemaak na sodanige komitee se delegasies. Indien en insoverre die bepalings van artikel 62 derhalwe as interne remedie van

toepassing sou wees op die aanbeveling/besluit van die Bod Beoordelings Komitee (wat ek nie bevind so te wees nie vanweë die redes hieronder vermeld), is dit egter feitlik so dat in die onderhawige geval die bekragtiging of goedkeuring van die aanbeveling/besluit deur tweede respondent reeds geskied het op die stadium wat die aansoek geloods is. Die toets met betrekking tot die vraag of daar 'n interne remedie bestaan, aldan nie, moet toegepas word met verwysing na die tydstop waarop die aansoek geloods word. Soos blyk uit paragrawe 8.4 tot 8.8 van applikante se aanvanklike repliserende verklaring, het applikante eers rondom die naweek van 17 Januarie 2009 onbevestigde gerugte gehoor dat die besluit om die tender aan vierde respondent toe te wys, geneem is. Applikante se eerste navraag skrywe in die verband, aanhangsel "R1" tot die aanvanklike repliserende verklaring, is gedateer 20 Januarie 2009. Op daardie stadium was die goedkeuring of bekragtiging van die aanbeveling/besluit van die Bod Beoordelings Komitee dus reeds deur tweede respondent geneem. Op daardie stadium, en des te meer op die stadium wat die onderhawige aansoek geloods is, kon dit derhalwe geen doel gedien het om enige moontlike appèlprosedure aanhangig te maak teen

die Bod Beoordelings Komitee se besluit nie, aangesien tweede respondent se goedkeuring/bekragtiging daarvan dan steeds sou gestaan het.

[27] Wat tweede respondent se goedkeuring/bekragtiging van die besluit betref, blyk hierdie bevoegdheid wat deur hom uitgeoefen is, 'n bevoegdheid te wees in terme van Regulasie 29(5)(b)(i) van die Municipal Supply Chain Management Regulations, wat as volg lees:

- “(b) The accounting officer may –
 - (i) after due consideration of the reasons for the deviation, ratify or reject the decision of the bid adjudication committee referred to in paragraph (a); ...”

As dit dan saamgelees word met die Munisipale Finansiële Bestuur Wet, blyk dit dat in terme van artikel 60 van hierdie Wet, die munisipale bestuurder, dit wil sê tweede respondent, die rekenpligtige beampte of dan “accounting officer” is. Gevolglik is die besluit of bekragtiging van die besluit wat deur tweede respondent geneem is, na my

mening nie 'n gedelegeerde bevoegdheid nie, maar inderdaad 'n oorspronklike bevoegdheid. Vir hierdie rede kan die bepalings van artikel 62 van die Munisipale Stelsels Wet derhalwe na my mening nie van toepassing wees op die besluit geneem deur tweede respondent nie.

- [28] Addisioneel tot voormelde redes, meen ek dat daar 'n verdere rede is waarom die prosedure voor voorsiening gemaak in artikel 62 van die Munisipale Stelsels Wet nie geag kan word 'n interne remedie in die onderhawige geval te wees nie. Hoewel hierdie aspek wat ek nou gaan hanteer nie namens applikante teenoor my geopper of op gesteun is nie, is daar geen beletsel dat dit, as regspraak, deur myself geopper word nie. Artikel 62(3) bepaal spesifiek dat:

“Geen sodanige verandering of herroeping van 'n besluit mag afbreuk doen aan enige regte wat as gevolg van die besluit ontstaan het nie.”

In die onderhawige geval het die aanbeveling/besluit van die Bod Beoordelings Komitee, soos goedgekeur of bekragtig deur tweede respondent, tot gevolg gehad dat die tender aan

vierde respondent toegewys is en 'n kontrak inderdaad voortspruitend daaruit gesluit is. Vierde respondent het dus regte verkry wat as gevolg van die besluit ontstaan het. Die vraag ontstaan dus of, in die onderhawige geval, sodanige appèl enigsins as 'n moontlike remedie vir applikante geag kan word, gegewe dat dit klaarblyklik nie tot gevolg kan hê of mag hê dat die regte wat vierde respondent verkry het, van hom weggeneem word nie. Hierdie aspek is behoorlik oorweeg en beredeneer in die aangeleentheid van **READER AND ANOTHER v IKIN AND ANOTHER** 2008 (2) SA 582 (CPD) op 587D – 590G, ten opsigte waarvan ek om doelmatigheidsredes slegs na 'n gedeelte op 588I en 590F – G verwys:

“There appears to be no compelling interpretation of the effect of s 62(3) save for that contended for by appellants; that is once a right accrues as a result of a decision, that decision cannot be reversed on an appeal if the reversal takes away the right initially granted....

For these reasons, s 62(1) read with s 62(3) of the Systems Act does not appear to provide any viable internal remedy to an aggrieved party such as appellant in the present dispute. The mechanism created by ss 62(1) and 62(3) of the Systems Act

provides an appeal for a party aggrieved by the initial decision but does not extend to third parties who contend that their rights or legitimate expectations have been adversely affected by the decision. The latter group, however, has a right of access to a court to set aside such a decision. In my view, Veldhuizen J erred in holding that appellants were required to exhaust an internal remedy in terms of s 62 before approaching a court, as the section did not provide appellants an internal remedy, as envisaged in terms of s 7(2) of PAJA.”

(Bogenoemde was ‘n volbank appèl.)

[29] Ek stem met eerbied met bogemelde siening saam. Waar vierde respondent regte uit die kontrak voortspruitend uit tweede en/of derde respondente se besluit verkry het, welke regte applikante wens van vierde respondent weg te neem en ten gunste van eerste applikant te verkry, is artikel 62 van die Munisipale Stelsels Wet nie as ‘n interne remedie soos voorsien in artikel 72 van PAJA, tot applikante se beskikking nie.

[30] Wat betref die beweerde interne remedie vervat in paragraaf 3.12 van die tenderdokument, op p. T1.2-20 daarvan, blyk dit, in isolasie gelees, voorsiening te maak vir ‘n beswaar wat

gerig kan word aan die “City Manager”, wat, indien die definisie van “City Manager” op p. T1.2-11 van die tenderdokument gelees word, weereens tweede respondent is. Hierdie prosedure behels dus ‘n beswaar teen eerste respondent se besluit wat gerig word aan eerste respondent. Nie net is dit ‘n absurditeit nie, maar dikteer logika dat dit geensins ‘n effektiewe remedie daar kan stel nie, ook vanweë die redes in paragrawe 32 en 33, *infra*, vermeld.

- [31] Wanneer klousules 5 en 6 van eerste respondent se Supply Chain Management Policy gelees word, soos reeds hierbo na verwys en soos dit voorkom op p. 631 en 632 van die aansoekstukke, blyk dit weereens voorsiening te maak vir ‘n beswaar wat gerig kan word aan eerste respondent, maar blyk dit dat eerste respondent dan ‘n onafhanklike persoon kan aanstel om die dispuut te probeer besleg. Hierdie tersaaklike klousules lees as volg:

“5. OBJECTIONS AND COMPLAINTS

Persons aggrieved by decisions or actions taken by the Municipality in the implementation of its Supply Chain Management System, may lodge within 14 days of the

decision or action a written objection or complaint to the City Manager against the decision or action.

6. RESOLUTION OF DISPUTES, OBJECTIONS, COMPLAINTS AND QUERIES

6.1 The City Manager may appoint an independent and impartial person not directly involved in the Supply Chain Management processes of the municipality:

6.1.1 To assist in the resolution of disputes between the municipality and other persons regarding:

6.1.1.1 any decisions or actions taken by the municipality or municipal entity in the implementation of its Supply Chain Management System;

6.1.1.2 any matter arising from a contract awarded in the cause of its Supply Chain Management System; or

6.1.1.3 to deal with objections, complaints or queries regarding any such decisions or actions or any matters arising from such contract.

- 6.2 A parent municipality and the municipal entity under its sole or shared control may for this purposes appoint the same person.
- 6.3 The City Manager, or another official designated by him, is responsible for assisting the appointed person to perform his or her functions effectively.
- 6.4 The person so appointed must:
 - 6.4.1 strive to resolve promptly all disputes, objections, complaints or queries received; and
 - 6.4.2 submit monthly reports to the City Manager on all disputes, objections, complaints or queries received, attended to or resolved.
- 6.5 A dispute, objection, complaint or query may be referred to the Free State Provincial Treasury if:
 - 6.5.1 the dispute, objection, complaint or query is not resolved within 60 days; or
 - 6.5.2 no response is received from the municipality within 60 days.
- 6.6 If the Free State Provincial Treasury does not or cannot resolve the matter, the dispute, objection, complaint or query may be referred to the National Treasury for resolution.”

[32] Dit blyk dus uit bogenoemde dat dit 'n prosedure is wat voorsiening maak vir geskilbeslegting, in die sin dat geskille gepoog moet word om daardeur opgelos te word, maar dat die tersaaklike persoon of entiteit wat enige beswaar sal hanteer, nie oor enige bevoegdhede beskik om 'n effektiewe remedie te kan afdwing nie. In dié verband wens ek na die volgende bevindings te verwys gemaak deur Plasket, R in **REED AND OTHERS v MASTER OF THE HIGH COURT OF SA AND OTHERS** [2005] 2 ALL SA 429 (E) op 436A – F alwaar daar spesifiek met die verwysing na interne remedies in terme van artikel 7(2) van PAJA gehandel word:

“[20] The section applies to internal remedies, and not simply to any form of potential extra-curial redress. A remedy, in this context, is defined in the *New Shorter Oxford English Dictionary* as a ‘means of counteracting or removing something undesirable, redress, relief; legal redress’. Inherent in this concept, as it is used in its legal context is the idea that a remedy, in order to qualify to be regarded as such, must be capable, as a matter of law, of providing what the Constitution terms appropriate relief: it must be an effective remedy. Section 7(2) does not, in other words, place an obligation on a person aggrieved by a

decision to exhaust all possible avenues of redress provided for in the political or administrative system – such as approaching a parliamentary committee or a Member of Parliament, or writing to complain to the superiors of the decision-maker. Similarly, it is not required of an aggrieved person that he or she approach one or more of the Chapter 9 institutions – such as the Public Protector or the Human Rights Commission – prior to resorting to judicial review.

- [21] There are two reasons for this: the first is that resort to Parliament, or one of its committees, or a senior person in the bureaucracy, or a Chapter 9 institution, does not amount to utilising a remedy as that term is understood in public law. (I shall elaborate on this below.) Secondly, these bodies do not have jurisdiction, as a matter of law, to remedy the complaint by issuing binding orders, in the way that courts do, or to determine issues involving rights through the application of the law. They may be able to make political decisions that have the effect of remedying the problem, or of conducting investigations and making recommendations, which, if acted upon, will remedy the problem, but they do not award remedies: they make political or policy choices, rather than determine the merits of an appeal to them or the lawfulness, reasonableness or procedural fairness of the

administrative action that is the subject matter of complaint.”

(Eie beklemtoning)

Daar is voorts as volg op 437H tot 438B beslis:

“[25] The dictionary definitions of the words ‘internal’ and ‘remedy’ that I have cited are in harmony with the way the composite term ‘internal remedy’ is understood in the more specialised context with which this matter is concerned: when the term is used in administrative law, it is used to connote an administrative appeal – an appeal, usually on the merits, to an official or tribunal within the same administrative hierarchy as the initial decision-maker – or, less common, an internal review. Often the appellate body will be more senior than the initial decision-maker, either administratively or politically, or possess greater expertise. Inevitably, the appellate body is given the power to confirm, substitute or vary the decision of the initial decision-maker on the merits. In South Africa there is no system of administrative appeals. Instead internal appeal tribunals are created by statute on an *ad hoc* basis.”

(Eie beklemtoning)

Voortspruitend uit voormelde bevindings, het Plasket R tot die gevolgtrekking gekom dat die beweerde interne remedie wat in daardie geval ter sprake was, nie as 'n interne remedie kwalifiseer vir doeleindes van PAJA nie en dat artikel 7(2) van die Wet gevolglik nie van toepassing is nie.

[33] Ek vereenselwig my met eerbied met bogemelde siening en gevolgtrekkings. Alvorens 'n sogenaamde interne remedie kan kwalifiseer as sodanig vir doeleindes van die bepalinge van PAJA, moet dit 'n effektiewe remedie daarstel wat gepaste regshulp aan 'n benadeelde kan verskaf. Na my mening is dit duidelik dat bogemelde bepalinge van eerste respondent se Supply Chain Management Policy nie aan daardie vereistes voldoen nie en derhalwe nie as 'n interne remedie vir doeleindes van PAJA kwalifiseer nie.

[34] Vanweë bogemelde redes is ek gevolglik van oordeel dat applikante in die onderhawige geval glad nie getref word deur die bepalinge van artikel 7(2) van PAJA nie, deurdat daar geen interne remedie tot applikante se beskikking is wat applikante veronderstel was om uit te geput het alvorens die

hof genader is nie. Die punt *in liminé* kan dus nie gehandhaaf word nie.

Basis van hersiening:

[35] Die basis en wese van applikante se voorgenome aansoek om hersiening is in paragraaf 5 van hul funderende verklaring uiteengesit en behels die volgende:

35.1 Dat tweede respondent nie Regulasie 29(5)(d)(i) van die Municipal Supply Chain Management Regulations nagekom het nie, aangesien hy nie behoorlike en gepaste oorweging (“due consideration”) verleen het of kon verleen aan die redes waarom die Bod Beoordelings Komitee nie die Bod Evaluasie Komitee se aanbeveling, synde dat die tender aan eerste applikant toegeken word, gevolg het nie, aangesien die Bod Beoordelings Komitee geen sodanige redes aan hom verskaf het nie; en

35.2 Dat tweede en derde respondente nie artikel 2(1)(f) van die Wet, gelees met Regulasie 3.1.4 van eerste respondent se Preferential Procurement Regulations en Regulasie 9 van die Preferential Procurement Regulations nagekom het nie, deurdat ‘n tender

toegeken moet word aan die tenderaar met die hoogste punte (naamlik eerste applikant) en daar nie objektiewe kriteria of maatstawwe bestaan het om die tender aan 'n ander tenderaar (vierde respondent) toe te ken nie.

Vereistes vir 'n tussentydse interdik:

[36] Die vereistes vir 'n tussentydse interdik is welbekend en kan as volg saamgevat word:

- “(a) A *prima facie* right;
- (b) A well-grounded apprehension of irreparable harm if the interim relief is not granted and the ultimate relief is eventually granted;
- (c) That the balance of convenience favours the granting of an interim interdict; and
- (d) That the applicant has no other satisfactory remedy.”

Sien **LAWSA**, Vol. 11, 2de Uitgawe, op p. 419, par. 403.

Prima Facie Reg:

[37] Met betrekking tot die vereiste van 'n *prima facie* reg, word *prima facie* bewys van feite vereis wat die bestaan van 'n reg in terme van die substantiewe reg daarstel. Na my mening

het mnr. Reinders heeltemal tereg betoog dat die toets wat soos volg vasgelê is deur die Hoogste Hof van Appèl in **SIMON NO v AIR OPERATIONS OF EUROPE AB AND OTHERS** 1999 (1) SA 217 (SCA) op 228G – H, toegepas moet word:

“Insofar as the appellant also sought an interim interdict *pendente lite* it was incumbent upon him to establish, as one of the requirements for the relief sought, a *prima facie* right, even though open to some doubt (*Webster v Mitchell* 1948 (1) SA 1186 (W) at 1189). The accepted test for a *prima facie* right in the context of an interim interdict is to take the facts averred by the applicant, together with such facts set out by the respondent that are not or cannot be disputed and to consider whether, having regard to the inherent probabilities, the applicant should on those facts obtain final relief at the trial. The facts set up in contradiction by the respondent should then be considered and, if serious doubt is thrown upon the case of the applicant, he cannot succeed. (*Gool v Minister of Justice and Another* 1955 (2) SA 682 (C) at 688B-F and the numerous cases that have followed it.)”

Sien ook **SPUR STEAK RANCHES LTD AND OTHERS v SADDLES STEAK RANCH, CLAREMONT, AND ANOTHER** 1996 (3) SA 706 (CPD) op 714G – H.

[38] Applikante is voornemens om in die hoofaansoek te vorder dat derde respondente se aanbeveling/besluit en tweede respondent se besluit of goedkeuring van die besluit om die tender aan vierde respondent toe te wys, hersien en tersyde te stel. Dit is gemeensaak dat hierdie besluit/besluite administratiewe handelingte daarstel in terme van die bepalinge van PAJA. Voorts is artikel 217 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, van toepassing, wat as volg lees:

“217 Verkryging

(1) Wanneer 'n staatsorgaan in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer of enige ander instelling in nasionale wetgewing geïdentifiseer, vir goedere of dienste kontrakkeer, moet hy dit doen ooreenkomstig 'n stelsel wat regverdig, bilik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is.

(2) Subartikel (1) belet nie die staatsorgane of instellings in daardie subartikel genoem om 'n

verkrygingsbeleid toe te pas wat voorsiening maak vir-

(a) voorkeurkategorieë by die toekenning van kontrakte nie; en

(b) die beskerming of vooruitgang van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is nie.

(3) Nasionale wetgewing moet 'n raamwerk voorskryf waarbinne die beleid bedoel in subartikel (2) toegepas moet word.”

Sodanige wetgewing is inderdaad ingevoer by wyse van die Wet (Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid, Nr. 5 van 2000). Verdermeer is die tersaaklike regulasies en beleid waarna ek alreeds verwys het, ook uitgevaardig en gedeeltelik ook vervat in die tender voorwaardes.

[39] Dit is teen die agtergrond van voormelde wetgewing, regulasies, beleid en tender voorwaardes wat vasgestel moet word of die applikante tans *prima facie*, “even though open to some doubt”, aantoon dat hulle suksesvol sal wees met die uiteindelijke hersiening, op die basis uiteengesit in die aansoek.

[40] Ek handel vervolgens met die inhoud van die tersaaklike wetgewing, regulasies, beleid en tender voorwaardes wat toepassing vind.

[41] Die tersaaklike gedeeltes van artikel 2 van die Wet bepaal as volg:

“2 Raamwerk vir toepassing van voorkeurverkrygingsbeleid

(1) 'n Staatsorgaan moet sy voorkeurverkrygingsbeleid bepaal en dit binne die volgende raamwerk toepas:

(a) 'n Voorkeerpuntestelsel moet gevolg word;

(b) (i) vir kontrakte met 'n Randwaarde hoër as 'n voorgeskrewe bedrag kan 10 punte toegeken word vir bepaalde doelwitte soos beoog in paragraaf (d) mits 90 punte vir prys aan die laagste aanvaarbare tender toegeken word;

(ii) ...

(c) enige ander aanvaarbare tenders waarvan die prys hoër is, tel op 'n pro rata-grondslag minder punte, bereken op hulle tenderpryse in verhouding

tot die laagste aanvaarbare tender, in ooreenstemming met 'n voorgeskrewe formule;

- (d) die bepaalde doelwitte kan-
 - (i) kontraktering met persone, of kategorieë persone, wat in die verlede deur onbillike diskriminasie benadeel is op grond van ras, geslag of gestremdheid insluit;
 - (ii) toepassing van die programme van die Heropbou- en Ontwikkelingsprogram soos gepubliseer in Staatskoerant 16085 gedateer 23 November 1994 insluit;
- (e) die uitnodiging om te tender moet enige bepaalde doelwit waarvoor 'n punt toegeken kan word duidelik vermeld;
- (f) die kontrak moet toegeken word aan die tenderaar wat die hoogste punte behaal, tensy objektiewe maatstawwe bykomend tot dié in paragrawe (d) en (e) beoog die toekenning aan 'n ander tenderaar regverdig; en
- (g) ...

(2) ...”

Uit voormelde blyk dit dus dat:

- 41.1 Die kontrak moet toegeken word aan die tenderaar wat die hoogste punte behaal, tensy objektiewe maatstawwe die toekenning aan 'n ander tenderaar regverdig;
- 41.2 Sodanige objektiewe maatstawwe moet maatstawwe wees bykomend tot die in paragrawe (d) en (e) beoog.

[42] In aansluiting by en/of ter aanvulling of uitbreiding van die bepalings van die Wet, bepaal Regulasies 3(4), 4(4), 5(4), 6(4) en 8(8) van die Preferential Procurement Regulations dat slegs die tender met die hoogste punte gekies kan word. Regulasie 9 bepaal dan egter as volg:

“Despite Regulations 3(4), 4(4), 5(4), 6(4) and 8(8), a contract may, on reasonable and justifiable grounds, be awarded to a tender that did not score the highest number of points.”

Sien aansoekstukke, p. 578.

Ook bepaal Regulasie 3.1.4 van eerste respondent se Preferential Procurement Regulations dat:

“Unless there are reasonable and justifiable reasons, which reasons must be fully set out in the minutes of the meeting concerned, only the offer with the highest number of points scored may be selected.”

Sien aansoekstukke, p. 69.

Verdermeer bepaal klousule 3.11.1 van die tenderdata, p. T1.2-8 van die tenderdokument, dat metode 2 soos uiteengesit in die standaardvoorwaardes van die tender, as evaluasiemetode in die geval sou geld. Indien metode 2 dan nagegaan word, blyk dit dat klousule 3.11.3(e) van die standaardvoorwaardes van die tender, p. T1.3-12 van die tenderdokument, bepaal dat:

“Recommend a tenderer with the highest number of tender valuation points for award of the contract, unless there are compelling and justifiable reasons not to do so.”

Sien aansoekstukke, p. 84.

Voormelde beginsels in die Wet vervat, het verdermeer ook beslag gekry in eerste respondent se Supply Chain Management Policy en wel in klousule 8.6.7 daarvan, saamgelees met 8.7.3, wat onderskeidelik met die

verpligtinge van die Bod Evaluerings Komitee en die Bod Beoordelings Komitee as volg handel:

“8.6.7 It must be emphasized that bids may only be evaluated in accordance with the criteria specified in the bid specifications. According to the prescripts of the Preferential Procurement Legislation, bids must be evaluated in accordance with a preference point system. Any specific goal for which a point may be awarded must be clearly specified in the invitation to submit a bid.”

en

“8.7.3 The bid adjudication committee must consider reports and recommendations made by the bid evaluation committees, and must thereafter make a final recommendation to the City Manager for approval.”

Sien aansoekstukke, p. 619 – 620.

[43] In samehang met voormelde en in besonder wat betref tweede respondent se besluit, moet die bepalings van Regulasie 29(5)(b) van die Municipal Supply Chain Management Regulations oorweeg word, wat as volg lees:

“The accounting officer may –

- (i) after due consideration of the reasons for the deviation, ratify or reject the decision of the bid adjudication committee referred to in paragraph (a); and
- (ii) if the decision of the bid adjudication committee is rejected, refer the decision of the adjudication committee back to that committee for reconsideration.”

Sien aansoekstukke, p. 556.

Laasgenoemde bepalings verskyn in ‘n soortgelyke, hoewel meer uitgebreide wyse, ook in eerste respondent se Supply Chain Management Policy, en wel in klousules 8.7.5 – 8.7.7 daarvan, welke as volg lees:

“8.7.5 If a bid adjudication committee decides to recommend approval of a bid other than the one recommended by the bid evaluation committee, the reasons for the deviation must be clearly stated.

8.7.6 The City Manager may after due consideration of the reasons given by the bid adjudication committee for the deviation, ratify the recommendation of the bid adjudication committee or refer the matter back to that committee for reconsideration.

8.7.7 The City Manager may at any stage of a bidding process, refer any recommendation made by the bid evaluation

committee or the bid adjudication committee back to that committee for reconsideration of the recommendation.”

Sien aansoekstukke, p. 620.

- [44] In die onderhawige geval is dit gemeensaak dat applikante se tender die meeste punte verwerf het. Gegewe die bogemelde wetgewing, regulasies, beleid en tendervoorwaardes het dit dus tot gevolg dat die tender aan eerste applikant toegeken moes word, tensy daar “objektiewe maatstawwe” of dan “reasonable and justifiable grounds” (“redelike en regverdigbare gronde”) of dan selfs “compelling and justifiable reasons” (“dwingende en regverdigbare redes”) bestaan het om daarvan af te wyk en die tender aan vierde respondent toe te wys. Hierdie objektiewe maatstawwe wat geag kan word sodanige redelike en regverdigbare gronde daar te stel, moet, soos reeds vermeld, ooreenkomstig die bepalinge van artikel 2(1) (f) van die Wet ander maatstawwe wees as die doelwitte waarvoor punte toegeken is soos bepaal in sub-artikels 2(1) (d) en (e) van die Wet.

[45] Die bepaalde doelwitte soos beoog in artikel 2(1)(d) en (e) van die Wet was in die onderhawige geval, soos reeds vroeër hierin vermeld, eerstens “equity ownership by an HDI” (waarvoor ‘n maksimum van 6 punte toegeken kon word) en tweedens Vrystaatse gelokaliseerdheid (waarvoor ‘n maksimum van 4 punte toegeken kon word). Dus moet die redelike en regverdigbare (objektiewe) gronde (maatstawwe) geleë gewees het in iets addisioneel tot voormelde twee gronde.

[46] Na my mening is sodanige objektiewe maatstawwe, soos bedoel in artikel 2(1)(f) van die Wet, wel in klousule 2.14 van die tenderdata vervat gewees, soos dit voorkom op p. T1.2-6 van die tenderdokument, waar dit as volg lees:

“Accept that the employer shall in the evaluation of tender offers take due account of the tenderer’s past performance in the execution of similar engineering works of comparable magnitude, and the degree to which he possess the necessary technical, financial and other resources to enable him to complete the works successfully within the contract period. Satisfy the employer and the engineer as to his ability to perform and complete the work timeously, safely and with satisfactory

quality, and furnish details in section T2.2.2 of contracts of a similar nature and magnitude which they have successfully executed in the past.”

Sien aansoekstukke, p. 58.

Die feit dat dit klaarblyklik bedoel was as a objektiewe maatstaf soos bedoel in artikel 2(1)(f) van die Wet, word bevestig op p. 4 van die Bod Evaluerings Komitee se verslag gerig aan die Bod Beoordelings Komitee, aanhangsel H tot die funderende verklaring:

“It is an objective criterium of this tender, in accordance with section 2(1)(f) of Act No. 5 of 2000, that the tenderers must have the **necessary skills, experience, good financial standing and capacity** to perform the required work. Tenderers must provide at least 3 (three) references of similar work done previously.”

Sien aansoekstukke, p.366

- [47] Wanneer daar vervolgens gelet word op die feite en gebeure wat aanleiding gegee het tot die aanbeveling/besluit van die Bod Beoordelings Komitee en die goedkeuring daarvan of die besluit van tweede respondent, blyk die volgende uit die

kontemporêre dokumente aangeheg tot die funderende verklaring, die inhoud waarvan uiteraard nie deur respondente betwis word nie en dus geag kan word gemeensaak te wees.

- [48] In die ingenieursverslag, aanhangsel “G” tot die funderende verklaring, is die tariewe van die onderskeie tenderaars wat andersins kwalifiseer vir die tender, evalueer en is daar op p. 351 van die aansoekstukke tot die gevolgtrekking gekom dat die eerste applikant se tariewe geag word aanvaarbaar te wees en van lae risiko te wees vir eerste respondent. Op p. 353 van die oorkonde is daar dan in die tersaaklike verslag voortgegaan met ‘n evaluering van die tegniese ondervinding en kapasiteit van die onderskeie tenderaars en is daar op p. 355 tot die gevolgtrekking gekom dat “the risk with regard to capacity and experience of awarding the tender to Lohan/Tebogo Joint Venture is considered to be low to the council”. Daarop het die punte toekenning geskied, waarop die meeste punte aan eerste applikant toegeken is (p. 359 van die oorkonde). In ‘n gevolgtrekking op p. 360 van die aansoekstukke, is tot die gevolgtrekking gekom dat drie van die tenderaars “have the experience and capacity to

complete this project with the minimum risk and requirements of the council”, waarvan eerste applikant en vierde respondent twee van die drie tenderaars was. Die aanbeveling is dan as volg op p. 362 van die aansoekstukke verwoord:

“The below listed tenders all have the past experience, track record and capacity to complete this project successfully:

- Lohan/Tebogo Joint Venture
- Moletsi/Peter Joint Venture
- Tau Pele Construction

The lower tender amount and slightly less experience of Lohan/Tebogo Joint Venture must be compared with the slightly higher tender amount and extensive experience of Moletsi/Peter Joint Venture, who also offered a shorter construction period.”

[49] Uit die verslag van die Bod Evaluerings Komitee gerig aan die Bod Beoordelings Komitee, aanhangsel “H” tot die funderende verklaring, is daar `n klaarblyklike herberekening van die tenderbedrae gedoen deur sekere gebeurlikhede in berekening te bring, wat tot gevolg gehad het dat die tenderaar bekend as Q Civils, die goedkoopste tender gehad het en die meeste punte verwerf het, synde 91.9. Eerste applikant se tenderbedrag het daarvolgens R31 949 796,73

beloop en het hy 'n totaal van 76 punte ontvang. Vierde respondent se tender het daarvolgens die bedrag van R33 994 294,46 beloop en hy het 71.2 punte verwerf. Dit dien vermeld te word dat die kontraktermyn wat ten opsigte van al drie hierdie tenderaars aangetoon word, 12,5 maande is en nie die verkorte 10,5 maande soos wat vierde respondent se alternatiewe tender behels het nie. Sien oorkonde, p. 366, tabel 2.4. Dit is net na hierdie tabel wat die objektiewe kriterium of maatstaf soos bedoel in artikel 2(1)(f) van die Wet vermeld word, waarna ek reeds hierbo verwys het. In die volgende tabel 3.1, op p. 367 van die aansoekstukke, word “verbeterde” tender bedrae reflekteer, met uitsluiting van gebeurlikhede, BTW en “CPA”, waarvolgens Q-Civils se tender dan R 24 088 873,00 beloop het, eerste applikant se tender die bedrag van R 25 950 127,00 en dié van vierde respondent R 27 610 701.00.

Die opmerkings met betrekking tot eerste applikant is vervat op p. 8 van die verslag, p. 369 van die aansoekstukke, wat as volg lees:

“The tenderer provided many reference projects of which a number were for water and sanitation projects. A number of road construction projects were also provided as references. Some of these references were contacted to obtain information about the previous performance of this contractor.

The Joint Venture has a 70/30 split with 70% in favour of Lohan and 30% to Tebogo. With the smaller partner having only one CEPE, we feel that this project is very URGENT with limited time frames and complex, and it really is not the type of a project that will facilitate development towards the smaller JV partner.”

Die opmerkings wat dan gemaak word met betrekking tot verwysings wat geskakel is, bevestig dat die tersaaklike vorige kontrakte bevredigend afgehandel is, dat dit betyds afgehandel is en dat eerste applikant aanbeveel word toekomstige projekte.

Wat betref die opmerkings met betrekking tot vierde respondent, soos dit voorkom op p. 370 van die aansoekstukke, is die volgende opmerkings gemaak:

“Moeletsi/Peter Joint Venture offered an alternative with a two months shorter construction period, together with a saving of

R150 000,00. This offer is very attractive, especially if the punctual completion of this project before the World Cup is taken into consideration. The contractor also has the most experience with these types of projects and is well equipped with regard to plant and management capacity. The risk with regard to capacity and experience of awarding the tender to Moeletsi/Peter Joint Venture is considered to be low to the Council.

The tenderer clarify in his tender that the percentage limit for material on site (MOS) be changed from the specified 80% to 90%. This proposed change is not an advantage to council. The contractor also clarify that although he gave reduction in time, CPA still be paid to due price fluctuations. It is thus recommended that this proposed deviation in terms of MOS to the tender shall not be accepted, but that CPA be paid if the tender is awarded to him.”

Die opmerkings met betrekking tot vorige verwysings wat geskakel is, behels ook dat die vorige projekte van ‘n hoë standaard voltooi is, binne die projektermyn en dat die tenderaar aanbeveel word vir toekomstige projekte. Daar word dan voorts die volgende opmerking ten opsigte van vierde respondent gemaak:

“The risk with regard to capacity and experience of awarding the tender to Moeletsi/Peter Joint Venture is considered to be low to the Council.”

Dit dien vermeld te word dat dit blyk uit hierdie verslag dat daar sodanige opmerking soos laasgenoemde met betrekking tot risiko ten opsigte van al die tenderaars gemaak is, hoewel die inhoud van die opmerking verskil, maar blyk daar geen sodanige opmerking van enige aard met betrekking tot eerste applikant gemaak te gewees het nie.

Die verslag sluit dan af met ‘n aanbeveling op p. 371 van die aansoekstukke en weer op p. 372 van die aansoekstukke wat aanbeveel dat die tender toegeken word aan eerste applikant.

[50] Dit is belangrik om te vermeld dat tussen voormelde twee aanbevelings, en met verwysing na eerste applikant se tender, verskyn die volgende opmerking op p. 371 van die aansoekstukke:

“It is important to note that the tender amount is R 3 000 248 (9%) lower than the engineer’s estimate. The engineer also confirmed that the contractor is fully competent to execute work.”

- [51] Soos voorheen hierin gemeld, blyk dit dat die aangeleentheid toe voor die Bod Beoordelings Komitee gedien het, waarna dit terugverwys is vir her-evaluering na die Bod Evaluerings Komitee. Uit die notule van die Bod Evaluerings Komitee, aangeheg as aanhangsel “I” tot die funderende verklaring, blyk dit op p. 428 van die aansoekstukke dat vanweë die negatiewe opmerkings en risiko faktore met betrekking tot die tender met die hoogste punte, synde Q Civils, die komitee eenparig saamgestem het dat die tenderaar met die tweede hoogste punte, synde eerste applikant, se tender aanvaar word. Dit dien vermeld te word dat die redes waarom die Bod Evaluerings Komitee nie aanbeveel het dat die tender toegeken word aan die tenderaar met die hoogste punte nie, volledig genotuleer is in die notule soos dit voorkom op p. 427 – 428 van die aansoekstukke.

[52] Volgens die agenda vir die vergadering van die Bod Beoordelings Komitee wat plaasgevind het op 9 Januarie 2009, aanhangsel “J” tot die funderende verklaring, blyk dit op p. 437 van die aansoekstukke, dat wat voor die Bod Beoordelings Komitee gedien het, is voormelde verslag van die Bod Evaluerings Komitee, die notule van die Bod Evaluerings Komitee se vergadering gehou op 17 Desember 2008 en die notule van die vergadering van Bod Beoordelings Komitee gehou op 12 Desember 2008.

[53] Wat betref die notule van die vergadering van die Bod Beoordelings Komitee gehou op 9 Januarie 2009, aangeheg as aanhangsel K tot die funderende verklaring, blyk dit daaruit dat die volgende genotuleer is, soos dit voorkom op p. 442 – 443 van die aansoekstukke

“The Adjudication Committee raised the following, namely:

- that the Evaluation Committee had failed to comment on the risks council may encounter should Messrs Lohan/Tebogo JV or Messrs Tau Pele Construction be appointed;
- that it was critical to take note of the fact that the split of Messrs Lohan/Tebogo JV was set at 70/30 with the smaller

partner having virtually minimal experience. The time factor was also critical.

- that most of the projects that Messrs Lohan/Tebogo JV had undertaken were mainly on projects related to water and sanitation and
- that the risk with regard to the capacity and experience of awarding the tender to Messrs Moeletsi/Peter JV were considered to be lower for the Council as such.

As the Committee members had different views on the recommendation as submitted by the Bid Evaluation Committee: Infrastructural Services, it was then agreed that each member should vote for the company to be recommended among Messrs Lohan/Tebogo JV and Messrs Moeletsi/Peter JV. Six (6) Committee members voted in favour of Messrs Moeletsi/Peter JV and only one (1) voted in favour of Messrs Lohan/Tebogo JV.”

Dit word dan genotuleer dat:

“Resolved

- (a) that under tender contract: T0807: widening of Nelson Mandela Drive: Bloemfontein, the tender of Messrs Moeletsi and Peter Joint Venture, P O Box 2243, Bloemfontein, 9300, at an amount of R27 610 701,00 (14% VAT excluded), under vote number

6071035115100, of the Council's budget, over a period of twelve and a half months (12½) months to be accepted..."

Op die volgende bladsy van die verslag, soos dit voorkom op p. 444 van die aansoekstukke, is voorsiening gemaak vir "COMMENTS BY THE MUNICIPAL MANAGER", waaronder die woord "approved" geskryf is, dit onderteken is deur eerste respondent en dit gedateer is 19 Januarie 2009.

- [54] Soos reeds vermeld, word die inhoudelike van die dokumentasie aangeheg tot die funderende verklarings waarna hierbo verwys is, nie deur eerste tot derde respondente betwis nie. Die wese van eerste tot derde respondente se opponering van die bewerings gemaak deur applikante in hul funderende verklaring met betrekking tot applikante se beweerde *prima facie* reg, is in paragraaf 13 van eerste tot derde respondente se aanvullende opponerende verklaring uiteengesit. Daarin word daar verwys na die feit dat die vergadering van die Bod Beoordelings Komitee net oor 'n uur geduur het en dat aanhangsel "H" tot die funderende verklarings, dit wil sê die verslag van die Bod Evaluerings Komitee, reeds ten minste 'n dag vantevore onder die komitee-lede van die Bod

Beoordelings Komitee versprei is. Eerste respondent vermeld dan voorts as volg op p. 530 van die aansoekstukke:

“The committee was chaired by Mr. Boitumelo Raymond Taye, the Chief Financial Officer of the municipality. I refer to his sworn affidavit annexed hereto as annexure “D”. The importance of this project was known to all as is evident from annexure “H”. This project will impact directly on the ability of the Mangaung Local Municipality to provide acceptable level of services for his residents and foreign visitors during 2010 and is expected to leave a legacy that will remind the people of Mangaung of the improvement that have resulted from the Soccer World Cup event for decades to come. Mr. Ntoyi, the Executive Director, infrastructural services, took the committee through the report. As is evident from the minutes, the Adjudication Committee in writing recorded the following:”

Daar word dan voortgegaan om in die verklaring te vermeld wat genotuleer is in die notule, aanhangsel “K”, en dan gaan tweede respondent voort in paragrawe 13.6 tot 13.10 van sy opponerende verklaring, op p. 532 van die aansoekstukke, as volg:

“13.6 The minutes of the meeting served before myself on 19 January 2009 and I was in my view satisfied that same constituted reasonable and justifiable reasons to approve the Resolution, as I did.

13.7 I approved the decision with the full knowledge of the importance of this specific project. As mentioned, this project impacts directly on the ability of the Municipality to provide acceptable levels of service during the very important 2010 World Cup.

13.8 I wish to reiterate that the respondents are under severe time constraints and pressure to complete its preparation for the said World Cup.

13.9 This is not the kind of project that can stand over and be done at a later stage. Time is of the essence.

13.10 I have in the circumstances duly considered the reason for the deviation before ratifying and/or approving the decision of the Bid Adjudication Committee.”

[55] Na behoorlike evaluering van al bogenoemde bewerings, geles teen die agtergrond van die tersaaklike wetgewing, regulasies, beleid en tender voorwaardes, blyk die volgende.

[56] Insoverre applikante poog om in die laaste sin van paragraaf 8.9 van hulle funderende verklaring, p. 22 van die

aansoekstukke, te beweer dat die tender uitnodiging die objektiewe maatstawwe na verwys in artikel 2(1)(f) van die Wet moes vervat, stem ek nie daarmee saam nie. Artikel 2(1)(f) verwys juis na objektiewe maatstawwe bykomend tot die in paragrawe (d) en (e) beoog. Die bepalings van artikel 2(1)(e) met betrekking tot wat in die tender uitnodiging vermeld moet word, sluit dus nie die objektiewe maatstawwe vermeld in artikel 2(1)(f) in nie. Hierdie punt kan na my mening dus nie enige basis vir 'n hersiening daarstel nie.

- [57] Met verwysing na klousule 8.6.7 van eerste respondent se Supply Chain Management Policy, is applikante korrek om te beweer dat indien en insoverre eerste tot derde respondente wou of wil steun op objektiewe maatstawwe wat die toekenning aan 'n ander tenderaar as die tenderaar met die hoogste punte regverdig, sodanige maatstawwe in die tenderspesifikasies uiteengesit moes gewees het. Applikante is egter nie korrek waar hulle in paragraaf 8.9 van hul funderende verklaring beweer dat daar geen sodanige objektiewe maatstawwe in die tenderspesifikasies voorkom nie. In dié verband het ek reeds verwys na klousule 2.14 van die tenderdata, soos dit voorkom op p. T1.2-6 van die

tenderdokument, p. 59 van die aansoekstukke, waarin spesifiek vermeld word dat:

“Accept that the Employer shall in the evaluation of tender offers take due account of the tenderer’s past performance in the execution of similar engineering works of comparable magnitude, and the degree to which he possess the necessary technical, financial and other resources to enable him to complete the works successfully within the contract period. Satisfy the Employer and the Engineer as to his ability to perform and complete the works timeously, safely and with satisfactory quality, and furnish details in section T2.2.2 of contracts of a similar nature and magnitude which they have successfully executed in the past.”

Na my mening stel bogemelde wel objektiewe maatstawwe daar soos bedoel in artikel 2(1)(f) van die Wet. Hierdie mening van my word, soos reeds vroeër vermeld, bevestig deur die feit dat hierdie aspekte spesifiek op p. 4 van die verslag deur die Bod Evaluerings Komitee gerig aan die Bod Beoordelings Komitee, aanhangsel “H” tot die funderende verklaring, vermeld word as synde ‘n objektiewe kriterium ooreenkomstig die bepalings van artikel 2(1)(f) van die Wet

en wel tot die effek dat die tenderaars die “necessary skills, experience, good financial standing and capacity to perform the required work” moet hê en dat tenderaars “must provide at least three (3) references of similar work done previously”.

[58] Die vraag wat egter nou oorweeg moet word, is of derde respondente se aanbeveling/besluit en tweede respondent se goedkeuring daarvan om nie die tender aan eerste applikant, synde die tenderaar hierin ter sprake met die hoogste punte, toe te ken nie, gebaseer is op redelike en regverdigbare gronde wat gekoppel is aan bogemelde maatstawwe uiteengesit in die tenderdokument en herhaal in die verslag van die Bod Evaluerings Komitee.

[59] Mnr. Reinders het in sy betoog bogemelde objektiewe maatstawwe vervat in die tenderdokument, soos saamgelees met die verslag van die Bod Evaluerings Komitee, uitgewys. Met dit as basis, het hy betoog dat die vierde opmerking wat genotuleer is in die notule van die Bod Beoordelings Komitee, synde dat die risiko met betrekking tot kapasiteit en ervaring indien die tender aan vierde respondent toegewys sou word, geag word laer te wees vir eerste respondent,

beklemtoon as die belangrike aspek wat, gemeet aan die objektiewe maatstawwe, redelike en regverdigbare gronde daarstel vir die besluit om die tender aan vierde respondent toe te wys. Hierdie klink op die oog af in en isolasie gesien, na 'n goeie argument. Wanneer dit egter van naderby beskou word, verander die prentjie, en wel vanweë die volgende redes:

1. Eerste tot derde respondente maak nie self in hul opponerende verklarings enige melding daarvan dat voormelde punt 4 op die notule en/of enige van die ander drie van die vier punte wat op die notule aangeteken is, in verband staan met die objektiewe maatstawwe wat in die tenderdokument uiteengesit was nie, hetsy as motivering vir derde respondente se aanbeveling, hetsy as motivering vir tweede respondent se besluit nie. Daar word dus geen enkele bewering deur eerste tot derde respondente gemaak dat hulle behoorlik in oorweging geneem het dat eerste applikant die meeste punte verwerf het, maar dat in terme van artikel 2(1)(f) van die Wet en die tersaaklike regulasies, beleid en tender voorwaardes, tweede en

derde respondente oortuig was dat vanweë die objektiewe maatstawwe, daar redelike en regverdigbare gronde bestaan het om die tender aan vierde respondent toe te ken nie.

2. Wanneer die dokumentasie as sulks, waarna reeds volledig hierbo na verwys is, oorweeg word, meen ek insgelyks dat daarin ook geen aanduiding is dat derde respondent in hul besluit om vierde respondent aan te beveel as synde aan wie die tender toegeken moet word, enigsins; alternatiewelik behoorlik die objektiewe maatstawwe in gedagte gehad het en/of behoorlik oorweeg het toe hulle tot hulle aanbeveling/besluit gekom het nie.

[60] Wat betref voormelde punt 2 met betrekking tot die dokumentasie as sulks, blyk die volgende:

- 60.1 Wat betref die eerste opmerking in die notule dat die Bod Evaluerings Komitee versuim het om kommentaar te lewer ten aansien van die risiko vir eerste respondent indien die tender aan eerste applikant of

Tau Pele Konstruksie aangewys sou word, is ek dit eens met applikante dat dit nie 'n grondige rede daar kon stel vir derde respondent om vierde respondent aan te beveel nie, vanweë die volgende redes:

60.1.2 Gegewe dat 'n bevinding met betrekking tot risiko, aldan nie, wel deur die Bod Evaluerings Komitee vervat is in hulle verslag met betrekking tot die ander tenderaars, moes dit duidelik gewees het dat dit bloot 'n oorsig was om dit nie te notuleer met betrekking tot eerste applikant nie en indien derde respondente onsekerheid daaromtrent gehad het, sou die aangewese weg gewees het om die aangeleentheid, soos hulle reeds voorheen gedoen het, na die evaluasiekomitee terug te verwys.

60.1.2 Uit die notule van die Bod Evaluerings Komitee, aanhangsel "I", wat wel voor derde respondente gedien het, is dit duidelik dat die Bod Evaluerings Komitee juis risiko-

faktore in aanmerking geneem het in hul eenparige besluit om eerste applikant aan te beveel. Sien aansoekstukke, p. 428.

60.1.3 Die verslag van die Bod evaluerings Komitee, aanhangsel “H”, wat voor derde respondente gedien het, het pertinent verwys na die objektiewe maatstawwe ten opsigte van die bepaalde tender met betrekking tot die vereiste dat die bepaalde tenderaar die “necessary skills, experience, good financial standing and capacity” moet hê om die werk te voltooi. Dit kon en moes dus deur derde respondente aanvaar gewees het dat daardie objektiewe maatstawwe deur die Bod Evaluerings Komitee in ag geneem was toe hulle eerste applikant aanbeveel het en dus duidelik tot die gevolgtrekking moes gekom het dat die risiko ten opsigte van eerste applikant laag is.

60.1.4 Dat die Bod Evaluerings Komitee die risiko wel in ag geneem het, moes dan ook vir

derde respondente duidelik gewees het uit die opmerking wat op p. 10 van die Bod Evaluerings Komitee se verslag voorkom, aanhangsel “H”, p. 371 van die aansoekstukke, waar daar spesifiek, nadat die voorstel gemaak is dat die tender aan eerste applikant toegewys word, opgemerk is dat:

“The engineer also confirmed that the contractor is fully competent to execute work.”

60.1.5 Gevolglik meen ek dat hierdie opmerking geensins `n objektiewe maatstaf daar kon stel op grond waarvan aanbeveel kon word dat die tender aan vierde respondent toegewys word nie; intendeel, dit blyk uit die voorafgaande dat eerste applikant juis voldoen het aan die objektiewe maatstawwe van hierdie bepaalde tender.

60.2 Wat betref die tweede opmerking in die notule, aanhangsel “K”, synde dat die eerste applikant se kleiner vennoot “virtually minimal experience” sou hê

en dat die tydsfaktor krities is, meen ek dat dit ook nie objektiewe maatstawwe daarstel soos bedoel in artikel 2(1)(f) van die Wet en/of 'n nie-nakoming van die objektiewe maatstawwe van hierdie tender daarstel nie, deurdat:

60.2.1 Nêrens in die tersaaklike wetgewing, tendervoorwaardes, regulasies en/of beleid was dit as 'n vereiste gestel dat die kleiner vennoot oor besondere ondervinding moet beskik nie. Die vereistes waaraan die onderskeie vennote moes aan voldoen, is wel deur die kleiner vennoot van eerste applikant aan voldoen.

60.2.2 Gegewe die bevindings reeds in paragrawe 60.1.1 tot 60.1.5 hierbo gemaak, is daar ook geen objektiewe basis waarop derde respondente kon meen, soos wat hulle klaarblyklik gedoen het, dat vanweë die “klein” aard van die vennoot en die beweerde “virtually minimal experience” van die klein vennoot, dit tot gevolg sou hê

dat dit 'n risiko vir eerste respondent inhou nie. Wat relevant was, is die vermoë en kapasiteit van die "Joint Venture" as 'n eenheid, welke, soos reeds hierbo bevind, volgens alle aanduidings 'n lae risiko vir eerste respondent ingehou het.

60.2.3 Die verwysing wat op p. 8 van aanhangsel "H" voorkom wat betref die 70/30 verdeling van eerste applikant, kon ook nie derde respondente se gevolgtrekking van 'n risiko regverdig het nie. Soos daardie opmerking deur my geïnterpreteer word, het dit bloot vermeld dat aldus die verslag, die projek nie die kleiner aandeelhouer sal fasiliteer om te ontwikkel wat homself betref nie, gegewe die dringende aard van die projek en die beperkte tydperk. Dit het geensins daarop gesinspeel dat vanweë die kleiner aard van die klein vennoot, dit 'n effek sal hê op die risiko of eerste applikant in staat sal wees om die projek tydig te voltooi, aldan nie.

60.3 Wat betref die derde opmerking wat deur derde respondente in die notule vermeld is, synde dat die meeste van die projekte wat deur eerste applikant onderneem is, water- en sanitasie projekte was, blyk die volgende:

60.3.1 Hierdie opmerking is gewoon nie korrek nie en stel 'n fundamentele foutering deur derde respondente daar. Uit die lys van 39 voltooide projekte en/of projekte waarmee eerste applikant tans besig is, is 19 uit die 39 projekte padbouprojekte en slegs 18 uit die 39 projekte wat verband hou met water en sanitasie. Hierdie aspek word tans ook nie deur eerste tot derde respondente ontken nie. In die verslag van die Bod Evaluerings Komitee, aanhangsel "H", word wel vermeld dat "the tenderer provided many reference projects of which a number were for water and sanitation projects, maar dan word ook vermeld dat "a number of road construction projects were also

provided as references". Dit kon objektief gesien, egter nie gebruik word om tot die foutiewe gevolgtrekking te kom waartoe derde respondente geraak het nie, veral inaggenome dat die lys van voltooide projekte juis aangeheg was tot die verslag en dus ter insae was vir derde respondente, soos blyk uit p. 389 van die aansoekstukke.

60.4 Wat betref die vierde opmerking wat in die notule geopper word, synde dat die risiko met betrekking tot kapasiteit en ondervinding geag word kleiner te wees vir eerste respondent indien die tender aan vierde respondent toegewys word, meen ek dat dit ook nie 'n geregverdigde afleiding was nie, vanweë die volgende:

60.4.1 Vanweë die feite en redes reeds vermeld in paragrafe 60.1.1 tot 60.1.5 hierbo, meen ek dat indien derde respondente dus die dokumentasie wat voor hul gedien het, behoorlik oorweeg het, hulle uit die totaliteit van die dokumentasie voor hulle tot die

gegronde en korrekte gevolgtrekking moes gekom het dat die risiko ten opsigte van eerste applikant, ook laag is.

- [61] Derhalwe kom ek tot die gevolgtrekking dat die vier aspekte wat deur derde respondente in die notule genotuleer is, nie redelike en regverdigbare gronde daargestel het of objektiewe maatstawwe daargestel het op grond waarvan afgewyk kon word daarvan om die toekenning van die tender aan die tenderaar met die hoogste punte aan te beveel het nie. Verdermeer is daar geen aanduiding dat die vier punte wat deur derde respondente genotuleer is, voortspruit uit of gekoppel is aan die objektiewe maatstawwe wat in die tenderdokument vervat was nie. In ieder geval, indien daar op die objektiewe maatstawwe gelet word, is ek van mening dat vanweë die redes reeds vermeld, eerste applikante juis aan daardie objektiewe maatstawwe voldoen het. Gegewe dat eerste applikante addisioneel daartoe ook die meeste punte verwerf het, moes die kontrak aan applikante toegewys gewees het in terme van artikel 2(1)(f) van die Wet.

[62] Dit het na my mening tot gevolg dat, soos deur mnr. De Bruin betoog, hierdie aanbeveling/besluit tot gevolge het dat artikel 6(2)(b), (e)(i) en (e)(iii) van PAJA toepassing vind, welke as volg bepaal:

“(2) A Court or tribunal has the power to judicially review an administrative action if -

- (a) ...
- (b) a mandatory and material procedure or condition prescribed by an empowering provision was not complied with;
- (c) ...
- (d)
- (e) the action was taken -
 - (i) for a reason not authorised by the empowering provision;
 - (ii) ...
 - (iii) because irrelevant considerations were taken into account or relevant considerations were not considered;”

[63] Ek kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat die applikante *prima facie* aangetoon het dat hulle sal (“should”) slaag met

die voorgenome hersiening van derde respondente se aanbeveling/besluit.

[64] Aanvullend tot bogemelde, stem ek ook met applikante saam dat gegewe dat Regulasie 3.1.4 van eerste respondent se “Preferential Procurement Regulations” spesifiek bepaal dat enige redelike en regverdigbare gronde waarop ‘n ander tender aanvaar word as die een met die hoogste punte, volledig in die notule uiteengesit moet word, dit nie gedoen is nie. In dié verband wys ek op die volgende:

64.1 In die eerste plek word daar slegs vermeld dat die komitee die aspekte geopper (“raised”) het. Die daaropvolgende bespreking het derhalwe na aanleiding van daardie geopperde vraagstukke ontstaan, waarna ‘n stemming plaasgevind het en die aanbeveling toe gemaak is. Die geopperde vraagstukke kan dus na my mening nie noodwendig geag word die uiteindelijke redes of gronde vir die onderskeie komiteelede se stem ten gunste van vierde respondent, te gewees nie. Dit blyk nie wat uit die bespreking voortgespruit het nie en derhalwe is dit nie

duidelik wat die ses komiteelede beweeg het om ten gunste van vierde respondent te stem nie.

64.2 Selfs nadat tweede respondent, saamgelees met die bevestigende beëdigde verklarings daartoe, die geleentheid gehad het om in die opponerende verklarings te vermeld wat bespreek is tydens daardie bespreking op grond waarvan ses van die komiteelede ten gunste van vierde respondent te stem, word dit steeds nie vermeld nie.

[65] Gevolglik is ek van mening dat daar ook nie aan die vereiste van bogemelde Regulasie 3.1.4 voldoen is nie, wat insgelyks tot gevolg het dat artikel 6(2)(b) van PAJA toepassing vind.

[66] Ook vanweë laasgenoemde redes kom ek tot die gevolgtrekking dat applikante *prima facie* aangetoon het dat hulle suksesvol sal wees met die voorgenome hersiening teen derde respondente se aanbeveling/besluit.

[66] Wat tweede respondent se besluit betref, beweer tweede respondent in eerste tot derde respondente se aanvullende opponerende verklarings, soos reeds hierbo na verwys, dat

hy volgens sy oordeel tevrede was dat die vier aspekte wat deur die Bod Beoordelings Komitee genotuleer was, redelike en regverdigbare gronde daarstel om nie die tender met die hoogste punte goed te keur nie en derhalwe die Bod Beoordelings Komitee se aanbeveling ten opsigte van vierde respondent, goed te keur. Na my mening kan daar net geen werklike waarde aan hierdie *ipse dixit* van tweede respondent geheg word nie deurdat:

- 66.1 Soos reeds hierbo bevind, kan die vier aspekte wat deur die Bod Beoordelings Komitee genotuleer is, geensins geag word 'n uiteensetting te wees en/of 'n behoorlike uiteensetting te wees van die redes vir derde respondent se afwyking van die aanbeveling van die Bod Evalerings Komitee nie – dit kan dus nie geag word sodanige redelike en regverdigbare gronde daar te gestel het soos beweer deur derde respondent nie.
- 66.2 Gegewe dat derde respondent slegs die notule van die Bod Beoordelings Komitee tot sy beskikking gehad het toe hy die besluit geneem het en gegewe die tekortkominge daarin, soos reeds uitgewys, in besonder die feit dat daar geen verwysing na die objektiewe maatstawwe van toepassing op hierdie

tender daarin vervat is nie, het na my mening tot gevolg dat derde respondent geensins die bestaan van beweerde redelike en regverdigbare gronde daarvolgens kon beoordeel nie.

[67] Gevolglik kan daar na my mening nie sprake wees dat tweede respondent enigsins in `n posisie was om te kon voldoen aan die vereiste van “due consideration of the reasons for the deviation”, soos vereis deur Regulasie 29(5) (b)(i) van die Municipal Supply Chain Management Regulations, nie. Insgelyks kon hy ook nie voldoen aan die vereiste van “due consideration of the reasons given by the bid adjudication committee for the deviation”, soos bedoel in klousule 8.7.6 van eerste respondent se Supply Chain Management Policy, nie.

[68] Laasgenoemde bevinding het na my oordeel weereens tot gevolg dat artikel 6(2)(b) van PAJA toepassing vind wat insgelyks tot gevolg het dat ek oortuig is dat applikante *prima facie* aangetoon het dat hulle suksesvol sal wees met die voorgenome hersiening van tweede respondent se besluit.

[69] In die vooropstelling en vanweë die redes vermeld, is ek derhalwe oortuig dat applikante die bestaan van 'n *prima facie* reg aangetoon het. Soos ook aangetoon, het geen van die bewerings deur respondente ter opponering geopper, ernstige twyfel of "serious doubt" gewerp op applikante se saak nie. Inteendeel, ek is van mening dat applikante 'n sterk *prima facie* saak uitgemaak het.

Redelike Vrees vir Onherstelbare Benadeling:

[70] Wat die betref die vereiste van 'n redelike vrees vir onherstelbare benadeling indien die interdik nie verleen word nie, is applikante se saak in die funderende verklaring hieromtrent uiteengesit in paragraaf 12 op p. 34 van die aansoekstukke, wat as volg lees:

"Indien die aansoek nie toegestaan sou word nie, sal die applikant onherstelbare nadeel ly, aangesien dit tot gevolg kan hê dat die hof kan oordeel tydens die aanhoor van die hersieningsaansoek, dat die projek al te ver gevorder het en dat die hof dan sy diskresie nie in die guns van die applikante sal uitoefen nie, maar teen die applikante. Die hersieningsaansoek

kan om daardie rede onsuksesvol wees en sal applikant geen remedie hê nie.”

[71] Ter opponering van hierdie bewering in eerste tot derde respondente se aanvullende opponerende verklaring, word daar slegs verwys na die opponerende verklaring wat vroeër reeds geliasseer is en voorts aan die hand gedoen dat die hof nog steeds sy diskresie behoort uit te oefen en nie die interdik te verleen nie, selfs al is aan al hierdie vereistes voldoen. By ‘n nalees van die aanvanklike opponerende verklaring van eerste tot derde respondente, word daar ook nie pertinent bewerings ter opponering van die bewerings gemaak deur applikante, gemaak nie. Daar word meer in die algemeen bewerings gemaak met betrekking tot die beperkte tydsfaktor, die balans van gerief en die feit dat applikante kan voortgaan met ‘n hersieningsaansoek en indien dit suksesvol sou wees, dan ‘n aksie vir skadevergoeding sou kon instel. Hierdie bewerings deur eerste tot derde respondente werp na my mening nie “serious doubt” op die bewerings gemaak deur applikante nie.

[72] Na my mening moet applikante gelyk gegee word in hulle bewerings ten opsigte van 'n redelike vrees vir onherstelbare benadeling. Ten spyte van mnr. Reinders se betoog tot die teendeel, meen ek dat dit wat deur die applikante uiteengesit is, voldoen aan die vereiste hieromtrent soos vervat in **STERN AND RUSKIN, NO v APPLESON** 1951 (3) SA 800 (W) te 813B, synde die gesag waarop mnr. Reinders gesteun het. Die rede waarom ek tot hierdie gevolgtrekking kom, is omdat dit objektief gesien gronde daarstel vir sodanige redelike vrees, gegewe dat dit uit die nalees van die gesag duidelik blyk dat die howe al by veelvuldige geleenthede hersienings van die hand gewys het, juis vanweë hierdie rede deur applikante geopper. Een voorbeeld daarvan is die aangeleentheid van **CHAIRPERSON, STANDING TENDER COMMITTEE AND OTHERS v JFE SAPELA ELECTRONICS (PTY) LTD AND OTHERS** 2008 (2) SA 638 (SCA) waarin, onder andere, as volg deur die Hoogste Hof van Appèl bevind is op 647F:

“However, that is not the end of the matter. Had the application in the court below been adjudicated when proceedings were launched Sapela and Reticulation (the respondents) would no

doubt have been entitled to the relief they sought. But given the inevitable effluxion of time and the extent of the work performed by Nolitha between the launching of proceedings and the granting of judgment, the question that arises is whether the relief sought, and granted, was capable of practical implementation.”

en op 649I:

“However, the appellants' stance on the impracticability of attempting to start the tender process over again for the completion of the remaining work strikes me as correct. As observed by Erasmus J, the repair and maintenance components of the contracts are interrelated. The order of the court a quo, if implemented, is likely not only to be disruptive but also to give rise to a host of problems not only in relation to a new tender process but also in relation to the work to be performed.”

en op 650E – F:

“In my view the circumstances of the present case as outlined above, are such that it falls within the category of those cases where by reason of the effluxion of time (and intervening events) an invalid administrative act must be permitted to stand.”

Dit is ook vanweë hierdie rede dat die Hoogste Hof van Appèl in **MILLENNIUM WASTE MANAGEMENT (PTY) LTD**

v CHAIRPERSON, TENDER BOARD: LIMPOPO

PROVINCE AND OTHERS 2008 (2) SA 481 (SCA) op 493D

die volgende opmerking gemaak het:

“In conclusion there is one further matter that needs to be mentioned. It appears that in some cases applicants for review approach the High Court promptly for relief but their cases are not expeditiously heard and as a result by the time the matter is finally determined, practical problems militating against the setting-aside of the challenged decision would have arisen. Consequently the scope of granting an effective relief to vindicate the infringed rights becomes drastically reduced. It may help if the High Court, to the extent possible, gives priority to these matters.”

[73] Gevolglik is ek van oordeel dat, veral waar applikante na my mening 'n sterk *prima facie* saak uitgemaak het, hulle ook 'n behoorlike saak ten opsigte van hierdie element van 'n tussentydse interdik uitgemaak het.

Balans van Gerief:

[74] Met betrekking tot hierdie vereiste, moet die volgende beginsel soos uiteengesit in **OLYMPIC PASSENGER**

SERVICE (PTY) LTD v RAMLAGAN 1957 (2) SA 382 (N) in

ag geneem word:

“Usually this (judicial discretion) to grant an interdict will resolve itself into a nice consideration of the prospects of success and the balance of convenience - the stronger the prospects of success, the less need for such balance to favour the applicant: the weaker the prospects of success, the greater the need for the balance of convenience to favour him. I need hardly add that by balance of convenience is meant the prejudice to the applicant if the interdict be refused, weighed against the prejudice to the respondent if it be granted.”

Hierdie toets is ook toegepas in die aangeleentheid van

DORBYL VEHICLE TRADING & FINANCE CO (PTY) LTD

v KLOPPER 1996 (2) SA 237 (NPD) op 243H – J, waarna

mnr. Reinders my verwys het.

- [75] Soos reeds hierbo vermeld, meen ek inderdaad dat applikante se kanse op sukses met die voorgenome hersiening goed is en daarom het dit tot gevolg dat die balans van gerief nie dermate die applikante hoef te bevoordeel ten einde aan hierdie element te voldoen nie.

[76] Ek het myself deeglik vergewis van eerste tot derde respondente se bewerings in hul aanvanklike opponerende verklaring met betrekking tot die impak wat die uitslag van hierdie aansoek op die aanbied van die sokker wêreldbeker kan hê. Ek het my ook deeglik vergewis van vierde tot sesde respondente se bewerings met betrekking tot die aard en omvang van die werksaamhede ter uitvoering van die tenderkontrak wat reeds deur hulle aangegaan is. Daarmee saam, wanneer die balans van gerief oorweeg word, neem ek in ag dat indien die interdik toegestaan sou word, dit tot gevolg sal hê dat vierde respondent se uitvoering van die tenderkontrak slegs “gevries” sal word hangende die finalisering van die hersieningsaansoek. Indien die hersieningsaansoek nie suksesvol sou wees nie, sal vierde respondent steeds in staat wees om voort te gaan met die uitvoering van die tenderkontrak en gegewe die spoedige wyse waarop die hersiening in hierdie aangeleentheid afgehandel kan word, sal dit steeds voldoende geleentheid aan vierde respondent verleen om die tender te voltooi teen die sperdatum. Die feit dat vierde respondent steeds in staat sal wees om die kontrak tydig te voltooi, word bevestig deur

die feit dat vierde respondent aanvanklik ook 'n alternatiewe tender van slegs 10½ maande kontraktermyn ingedien het.

Teenoor voormelde en indien die interdik nie verleen word nie, sal applikante waarskynlik die onherstelbare benadeling ly waarna reeds hierbo verwys is, veral gegewe ook my bevinding hieronder met betrekking tot 'n alternatiewe remedie.

[77] Gevolglik is ek oortuig dat die balans van gerief applikante begunstig.

Geen Alternatiewe Remedie:

[78] Die vierde vereiste vir die verlening van 'n tussentydse interdik, is die afwesigheid van 'n alternatiewe remedie. In die verband is dit noodsaaklik om daarop te let dat dit ook 'n faktor is wat 'n hof in aanmerking neem in sy algemene diskresie om 'n interdik te verleen of te weier. Sien **BEECHAM GROUP LTD v B-M GROUP (PTY) LTD** 1977 (1) SA 50 (T) op 57H.

[79] Sodanige alternatiewe remedie moet ook aan die volgende vereistes voldoen ten einde as 'n alternatiewe remedie geag te kan word:

“The alternative remedy must:

- (a) be adequate in the circumstances;
- (b) be ordinary and reasonable;
- (c) be a legal remedy; and
- (d) grant similar protection.”

Sien **LAWSA**, Vol. 11, 2de Uitgawe, op p. 416, par. 399 saamgelees met p. 423, par. 407, voetnoot 1.

[80] Mnr. Reinders het betoog en aan die hand gedoen dat applikante wel oor 'n alternatiewe remedie beskik, deurdat hulle 'n aksie kan instel op deliktuele basis vir verlies aan wins. In dié verband het hy gesteun op **TRANSNET LTD v SECHABA PHOTOSCAN (PTY) LTD** 2005 (1) SA 299 (HHA). By nalees van daardie beslissing, is dit egter duidelik dat dit 'n geval was waar 'n deliktuele aksie vir die verlies aan wins toegestaan is onder omstandighede waar bedrog beweer is as die rede waarom die tender nie toegestaan is

nie en wat derhalwe die onsuksesvolle tenderaar se verlies aan wins tot gevolg gehad het.

Soos reeds deur mnr. Danzfuss in die aanvanklike verrigtinge voor my tereg betoog, is bogemelde saak in die verband derhalwe in totaliteit onderskeibaar van die feite in die onderhawige geval waar daar geensins sprake van bedrog is nie, maar slegs die nalatige nie-nakoming van bepalings van wetgewing en regulasies. Mnr. Danzfuss, en in die onderhawige verrigtinge ook mnr. De Bruin, het my in die verband verwys na die uitspraak in **TIRHANI AUCTIONEERS (GAUTENG) (PTY) LTD v TRANSNET LTD AND ANOTHER** [2007] 3 ALL SA 70 (W) waarin die volgende bevinding, met verwysing na gesag van die Hoogste Hof van Appèl, gemaak is op 85D – 86A:

“Mr. Kennedy could not refer me to any reported cases where damages were awarded to an unsuccessful tenderer. I am not surprised, as there is now authority from the Supreme Court of Appeal that a delictual claim by an unsuccessful tenderer against a government department for losses suffered during the course of a tender process, is limited to cases where a court is convinced that the negligent conduct causing pure economic loss is wrongful. Wrongfulness, in these circumstances,

depends on the existence of a 'legal duty' and such duty is determined judicially with reference to considerations of public and legal policy. In the absence of factors such as fraud or dishonesty, the courts will not impose a legal duty and therefore will not make a finding of wrongfulness against the government department which negligently (but in good faith) 'bungles' a tender process with the result that, despite the existence of blameworthy conduct on behalf of the government department concerned, the government department concerned effectively receives immunity against liability for damages resulting from its blameworthy conduct. In view of the fact that the applicant's case for judicial review in this matter is not premised upon dishonesty or fraud, it will, on the basis of the authority cited, have difficulty establishing wrongfulness for the purposes of a delictual claim. I am, accordingly persuaded that the applicant in this matter does not have an adequate alternative remedy for damages, even if the applicant somehow manages to quantify its damages for pure economic losses."

Sien ook **OLITZKI PROPERTY HOLDINGS v STATE TENDER BOARD AND ANOTHER** 2001 (3) SA 1247 (SCA); **STEENKAMP NO v PROVINCIAL TENDER BOARD, EASTERN CAPE** 2006 (3) SA 151 (SCA);

MINISTER OF FINANCE AND OTHERS v GORE NO 2007

(1) SA 111 (SCA).

Voormelde **STEENKAMP NO v PROVINCIAL TENDER BOARD, EASTERN CAPE**-beslissing is bekragtig in **STEENKAMP NO v PROVINCIAL TENDER BOARD, EASTERN CAPE** 2007 (3) SA 121 (CC).

[81] Gevolglik is ek van mening dat applikante aangetoon het dat hulle nie 'n alternatiewe remedie in die vorm van 'n deliktuele aksie vir verlies van wins sal hê nie.

[82] Mnr. Reinders het egter voorts ook betoog dat daar 'n moontlike verdere alternatiewe remedie vir applikante sal bestaan in die vorm van artikel 8(1)(c)(ii)(bb) van PAJA waarvolgens kompensasie in “exceptional cases” gelas kan word. Wat hierdie remedie betref, blyk dit nie net uit die Wet dat dit slegs in uitsonderlike omstandighede toegestaan sal word nie, maar dat dit in ieder geval nie geredelik toegestaan sal word nie. In **DARSON CONSTRUCTION (PTY) LTD v CITY OF CAPE TOWN AND ANOTHER** 2007 (4) SA 488 (CPD) is daar, na 'n behoorlike oorweging van die howe se

sienings met betrekking tot 'n deliktuele aksie vir skadevergoeding, as volg beslis op 509E – F:

“Mindful of the fact that the award of constitutional damages is not to be confused with delictual liability, I am nevertheless of the view that the practical considerations behind the policy which has led courts to decline to recognise the delictual claims of unsuccessful tenderers (and successful tenderers who are subsequently ousted) for loss of profits carry considerable weight when deciding, on the facts of this case, whether an award of applicant's loss of profit is 'just and equitable' and an appropriate remedy.”

Die hof het daaropvolgend beslis dat dit nie “just and equitable” is om aan die applikant kompensasie vir sy verlies aan wins toe te staan nie en is daar slegs aan hom 'n bedrag toegestaan as sy sogenaamde “out of pocket” uitgawes met betrekking tot die voorbereiding van sy onsuksesvolle tender.

[83] Gevolglik is ek van mening dat die voorsiening wat daar in PAJA gemaak word vir die moontlike betaling van kompensasie, ook nie in die onderhawige geval 'n behoorlike alternatiewe remedie vir applikante daarstel nie.

[84] Na my mening het applikante derhalwe ook 'n behoorlike saak uitgemaak ten opsigte van hierdie element van 'n tussentydse interdik.

Diskresie om Tussentydse Interdik toe te staan, al dan nie:

[85] Inaggenome dat ek bevind het dat applikante hulle gekwyd het van hulle bewyslas met betrekking tot die bestaan van al vier elemente vir doeleindes van 'n tussentydse interdik, is die laaste aspek wat ek in die verband moet oorweeg die vraag of ek, ten spyte daarvan, my diskresie teen applikante behoort uit te oefen, soos deur mnr. Reinders betoog en deur eerste tot derde respondente versoek.

[86] Ek het my deeglik vergewis van al die bewerings met betrekking tot die rol wat die tydige uitvoering en voltooiing van hierdie tender speel met betrekking tot eerste respondent en Bloemfontein se vermoë en gereedheid om die sokker wêreldbeker in April 2010 te akkommodeer. Uit die totaliteit van die aansoekstukke blyk dit egter dat selfs indien die interdik verleen sou word, daar waarskynlik steeds voldoende tyd sal wees om die kontrak tydig te voltooi,

ongeag aan wie die tender toegewys word. Hierdie feit, tesame met my bevindings wat betref die applikante se sterk *prima facie* saak en die feit dat daar geen voldoende alternatiewe remedie vir applikante beskikbaar is nie, het tot gevolg dat ek meen hierdie nie 'n geval is waar ek my diskresie teen applikante kan of behoort uit te oefen nie. In ieder geval en ten einde te poog om enige moontlike benadeling vir enige van die partye te beperk en ook ten einde te poog om in openbare belang te verseker dat, ongeag die verlening van die interdik, die tender steeds teen die sperdatum voltooi sal wees, is ek voornemens om in die uitoefening van my diskresie ook verdere bevels te verleen met betrekking tot die wyse van voortsetting en afhandeling van die voorgenome hersiening. Ek is geregtig om sodanige terme of voorwaardes op te lê, mits dit redelik en regverdigbaar is, wat ek meen dit in die onderhawige omstandighede wel is. Sien **LAWSA**, Vol. 11, 2de Uitgawe, op p. 423, par. 408.

Is Tussentydse Interdik toelaatbare Remedie in hierdie geval?

[87] Mnr. Reinders het namens respondente betoog dat alwaar die kennisgewing van mosie nie regshulp vorder tot die effek

dat die besluit wat geneem is, opgeskort moet word hangende die hersiening nie, maar slegs vorder dat daar nie uitvoering gegee word aan daardie besluit hangende die hersiening nie, die regshulp soos tans gevorder, regtens onhoudbaar is. Aldus die betoog kan die respondente nie verhoed word om uitvoering te gee aan 'n besluit, terwyl die besluit self nog nie opgeskort is nie. In die verband het hy verwys na en gesteun op die beslissing in **OUDEKRAAL ESTATES (PTY) LTD v CITY OF CAPE TOWN AND OTHERS** 2004 (6) SA 222 (SCA), besonder op p. 241H – 242B.

By 'n behoorlike nalees van voormelde beslissing, meen ek dat dit in totaliteit 'n ander vraagstuk is wat in daardie aangeleentheid geopper en bereg is. Die kern van dit wat daarin bereg is, het gehandel oor opeenvolgende administratiewe handeling en die vraag of 'n tweede en verdere administratiewe handeling se voortbestaan en geldigheid afhanklik van die feit dat die eerste administratiewe besluit geneem is of van die vraag of die eerste administratiewe handeling geldig was, aldan nie. Daar is toe beslis dat die tweede administratiewe handeling

geldig en bindend bly ongeag die ongeldigheid van die eerste administratiewe handeling, totdat die eerste administratiewe handeling (en gevolglik ook die tweede en daaropvolgende administratiewe handelinge) tersyde gestel word.

- [88] Voormelde het na my mening nie tot gevolg dat waar daar aan die vereistes van 'n tussentydse interdik voldoen word, die gevolge of uitvoering van 'n beweerde ongeldige administratiewe handeling of besluit nie opgeskort kan word hangende die aansoek om hersiening en tersydestelling van sodanige besluit nie. Inteendeel, sodanige bevel word daaglik in ons howe verleen. Enkele voorbeelde daarvan waarna mnr. De Bruin my verwys het, is onder andere te vind in **CORIUM (PTY) LTD AND OTHERS v MYBURGH PARK LANGEBAAN (PTY) LTD AND OTHERS** 1993 (1) SA 853 (CPD); **LADYCHIN INVESTMENTS (PTY) LTD v SOUTH AFRICAN NATIONAL ROADS AGENCY LTD AND OTHERS** 2001 (3) SA 344 (NPD) en **TIRHANI AUCTIONEERS (GAUTENG) (PTY) LTD v TRANSNET LTD AND ANOTHER**, *supra*.

Verdere opmerkings:

[89] Volledigheidshalwe moet vermeld word dat mnr. De Bruin betoog het dat 'n bevel *nisi* prosedure ook by hersieningsprosedure gebruik kan word, in besonder in die geval van 'n dringende hersiening. Hy het gevolglik aan die hand gedoen, met verwysing na **SAFCOR FORWARDING (JOHANNESBURG) (PTY) LTD v NATIONAL TRANSPORT COMMISSION** 1982 (3) SA 654 (AD), dat indien ek dit gerade ag, ek in die onderhawige geval eerder 'n bevel *nisi* met betrekking tot die hersiening moet uitreik, welke bevel *nisi* dan tussentydse werking moet hê, as alternatief tot die tussentydse interdik wat tans gevorder word.

[90] Na my mening is sodanige prosedure egter nie nodig of aangewese in die onderhawige geval nie, veral gegewe my bevinding dat hier wel 'n behoorlike saak uitgemaak is vir doeleindes van 'n tussentydse interdik hangende die hersieningsaansoek. In ieder geval is ek van mening dat ek dit nie behoort te verleen nie, aangesien die hersiening *per se* nog nie voor die hof dien nie en voorts, indien applikante sodanige regshulp wou gehad het, dit aldus in die kennisgewing van mosie gevorder moes word.

[91] Laastens wens ek daarop te wys dat gegewe die agtergrond tot die onderhawige aansoek, die kennisgewing van mosie uiteraard ingekleur is om voorsiening te maak vir die verlening van 'n bevel *nisi* (weliswaar met onmiddellike tussentydse werking). Gegewe egter die verloop van die aansoek tot op datum en die feit dat die aansoek nou volledig op die meriete daarvan voor my geargumenteer is, is dit uiteraard nie meer gepas om 'n bevel *nisi* te verleen nie, maar eerder bloot die effektiewe tussentydse regshulp hangende die finalisering van die voorgenome hersieningsaansoek.

Koste:

[92] Soos reeds ter aanvang hierin vermeld is, het ek die koste van die aanvanklike beregting van die aansoek op 9 Februarie 2009, laat oorstaan vir latere beregting. Op daardie stadium het al die respondente nog die gevorderde regshulp geopponeer, dit wil sê ingesluit vierde tot sesde respondente, wie egter intussen 'n kennisgewing van berusting geliasseer het. Soos blyk uit my uitspraak gelewer op 10 Februarie 2009, was applikante wesenlik suksesvol

met betrekking tot die aspekte wat vir beregting voor die hof gedien het op 9 Februarie 2009. Na my mening is daar geen rede waarom daardie koste verder moet oorstaan nie en gaan die hof wat die hersiening behartig, nie in 'n beter posisie wees om 'n gepaste kostebevel te oorweeg nie. Ek is gevolglik van mening dat applikante ten opsigte van die oorgestane koste van 9 Februarie 2009, 'n kostebevel in hulle guns behoort te verkry. In die uitoefening van my diskresie, is ek egter insgelyks van oordeel dat gegewe dat vierde tot sesde respondente sogenaamde “onskuldige” partye tot die onderhawige gedingvoering is, hulle nie met enige koste gepeenaliseer behoort te word nie. Hoewel hulle wel aanvanklik die aansoek opponeer het, het hulle op sinvolle wyse besluit (waarskynlik aan die hand van sodanige regsadvies) om eerder 'n kennisgewing van berusting te liasseer. Ek meen dit is gepas onder die omstandighede dat eerste tot derde respondente ook hulle koste moet betaal ten opsigte van 9 Februarie 2009.

Dit moet voorts vermeld word dat op 9 Februarie 2009 mnr. Reinders spesifiek toegegee het dat indien 'n kostebevel ten gunste van applikante verleen word, dit die koste van twee

advokate behoort in te sluit. Ek meen dat hierdie toegewing korrek gemaak was.

- [93] Wat betref die verdere koste van die aansoek tot op datum, meen ek insgelyks dat inaggenome dat applikante suksesvol is, daar geen rede is waarom ek nie reeds op hierdie stadium 'n effektiewe kostebevel behoort te maak nie. Mnr. Reinders se betoog dat selfs indien applikante suksesvol is, eerste tot derde respondente nie gelas behoort te word om die koste te betaal nie, aangesien hulle opponering van die aansoek geregverdig was, kan ongelukkig ie opgaan gegewe my bevindings hierin gemaak nie. Verdermeer meen ek dat daar geen rede of basis is waarom die hof wat die hersiening aanhoor, in 'n beter posisie as ekself sal wees om oorweging te skenk aan 'n gepaste kostebevel nie. Duidelikheidshalwe moet vermeld word dat die kennisgewing van mosie koste teen eerste en tweede respondente gevorder het, sowel as teen sodanige ander respondente as wat die aansoek mag opponeer. Ek is derhalwe van mening dat eerste tot derde respondente gelas behoort te word om ook die verdere koste van die aansoek tot op datum, te betaal.

Wat die koste van twee advokate betref, het mnr. Reinders aangedui dat dit sy instruksies is om aan die hand te doen dat die koste van twee advokate nie geregverdigd is nie. Ek stem egter nie hiermee saam nie. Die totaliteit van die aansoekstukke tot op datum beloop 648 bladsye, wat dokumentasie insluit wat gedetailleerde bestudering en analisering geverg het ten einde die aansoek behoorlik voor die hof te laat dien en behoorlik te argumenteer. Dit, tesame met die relatief komplekse aard van sekere van die vraagstukke wat hierin ter sprake gekom het, meen ek regverdig beslis die koste van twee advokate.

[94] Wat die koste van die onsuksesvolle aansoek om deurahaling betref, is ek van mening dat inaggenome dat eerste tot derde respondente ook daarmee onsuksesvol was en daardie koste in ieder geval so ineengevleg is met die res van die koste in die aansoek, dit onprakties is om te poog om 'n aparte kostebevel daaromtrent te maak. Wat die koste daarvan dus betref, moet dit bloot geag word deel van die aansoek te wees.

[95] Derhalwe word die volgende bevele verleen:

1. Paragrafe 2 tot 4 van die aansoek om skrapping word van die hand gewys.
2. Hangende die finale beregting van applikante se aansoek vir die hersiening en tersydestelling van die besluit om tendernommer T0807 aan vierde respondent toe te ken:
 - 2.1 word die respondente verbied om enige uitvoering aan die toekenning van die tender te gee;
 - 2.2 word die vierde, vyfde en sesde respondente verbied om enige handeling te verrig ter implimentering of uitvoering van die gemelde besluit.
3. Eerste, tweede, derde(1) en derde(2) respondente word gelas om die koste van die aansoek tot op datum te betaal, gesamentlik en afsonderlik, betaling deur die een die ander kwytskeld te word, wat insluit die oorgestane koste van 9 Februarie 2009, ook ten opsigte van vyfde tot sewende respondente se koste daarvan, en wat voorts ten opsigte van applikante se koste, die koste van twee advokate insluit.

4 Wat die voortsetting van die voorgenome hersiening betref, word die volgende beveel:

4.1 Tweede, derde(1) en derde(2) respondente word gelas om, indien en insoverre hulle nog nie aan Afdeling B, (a) en (b) van die Kennisgewing van Mosie voldoen het nie, daaraan te voldoen voor of op Woensdag, 4 Maart 2009, om 16h00.

4.2 Applikante word gelas om hul gewysigde Kennisgewing van Mosie en/of aanvullende funderende beëdigde verklarings, soos bedoel in Hofreël 53(4), te liasseer voor of op Maandag, 9 Maart 2009, om 15h00.

4.3 Respondente word gelas om hulle verdere aanvullende opponerende beëdigde verklarings in antwoord op bogemelde, indien enige, te liasseer voor of op Maandag, 16 Maart 2009, om 13h00.

4.4 Applikante word gelas om hulle verdere repliserende verklarings, indien enige, te liasseer voor of op Donderdag, 19 Maart 2009, om 15h00.

4.5 Applikante word gelas om die hersieningsaansoek ter rolle te plaas om aangehoor te word op Donderdag, 26 Maart 2009, om 9h30 (indien nodig geag deur die partye, in oorleg met die Regter-President met betrekking tot die aanhoor daarvan deur `n enkele of twee Regters), tensy die partye ooreenkom op `n latere datum vir die aanhoor van die hersieningsaansoek, in welke geval applikante gemagtig word om dit ooreenkomstig sodanige ooreenkoms ter rolle te plaas.

C. VAN ZYL, R

Namens die applikante:

Adv. J.P. de Bruin
Bygestaan deur:
Adv. H.J. Benade
In opdrag van:
Azar & Havenga Ing.
BLOEMFONTEIN

Namens 1ste tot 3de respondente:

Adv. S.J Reinders
In opdrag van:
EG Cooper Majiedt Ing.
BLOEMFONTEIN