VRYSTAAT HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Aansoek Nr.: 508/2009

In die aansoek tussen:-

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

en

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

CORAM: VAN ZYL, R

AANGEHOOR OP: 26 MAART 2009

GELEWER OP: 6 APRIL 2009

---

[1] Hierdie is ‘n hersieningsaansoek waarin applikante vorder dat tweede, derde(1) en derde(2) respondente (hierinlater gesamentlik na verwys as “derde respondente” of die “Bod Beoordelings Komitee”) se besluit om ‘n tender aan vierde respondent toe te ken, hersien, tersyde gestel en reggestel word; alternatiewelik terugverwys word vir heroorweging *de novo*. Die tersaaklike gedeelte van die kennisgewing van mosie waarin hierdie regshulp gevorder word, lees as volg:

> “2. Dat die besluite naamlik:
>
> 2.1 Die Bod Beoordelings Komitee se besluit op 9 Januarie 2009 om af te wyk van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee en om tender T0807 aan vierde respondent toe te ken alternatiewelik aan te beveel dat tender T0807 aan vierde respondent toegeken word;
>
> 2.2 Die besluit van tweede respondent om tender T0807 aan vierde respondent toe te ken;
>
> hersien, ter syde gestel en reggestel word.
>
> 3. Dat tender T0807 hiermee aan eerste applikant toegeken word, alternatiewelik dat eerste en tweede respondente gelas word om tender T0807 aan eerste applikant toe te ken.
>
> 4. In die alternatief tot paragraaf 3 hierbo:
>
> Dat die besluit met betrekking tot die toekenning van tender T0807 na die tweede en derde respondente terugverwys word vir oorweging *de novo*;

5. 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.
6. Dat verdere en/of alternatiewe regshulp aan applikante verleen word."

[2] Dit dien vermeld te word dat applikante 'n tweeledige aansoek geloods het, deurdat hulle ook 'n tussentydse interdik gevorder het hangende die finale beregting van die hersieningsaansoek. Daardie gedeelte van die aansoek met betrekking tot die tussentydse regshulp, het op 19 Februarie 2009 ook voor my gedien. Ek het op 27 Februarie 2009 uitspraak gelewer (hierinlater na verwys "my vorige uitspraak") en die volgende bevele verleen:

"1. Paragrawe 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 handelinge 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 kwytgeskeld 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."

[3] Nadat voormelde bevele deur my verleen is, is daar meerdere kennisgewings en ook twee interlokutêre aansoeke deur van die partye geliasseer. Aangesien daardie aangeleenthede nou reeds afgehandel is (met uitsluiting van die koste van een van die interlokutêre aansoeke, waarmee ek later hierin sal handel), meen ek dit is nie nodig om enigsins verder na daardie aansoeke te verwys nie. Ek meen egter dat dit noodsaaklik is om wel te vermeld dat onmiddellik voorafgaande die aanhoor van hierdie hersieningsaansoek, het ek vir beide Mnr Danzfuss, namens applikante, en Mnr Reinders, namens eerste tot derde respondente, gevra of hulle enige beswaar daarteen het dat die hersieningsaansoek deur my bereg word, eerstens gegewe die feit dat ek die aansoek met betrekking

tot die tussentydse interdik aangehoor het en tweedens gegewe die feit dat ooreenkomstig die praktyksreël in hierdie afdeling, hersieningsaansoeke gebruiklikerwys deur twee Regters aangehoor word, hoewel dit ten spyte daarvan, redelik dikwels gebeur dat ‘n hersieningsaansoek wel net deur een Regter aangehoor word. Beide advokate het my die versekering gegee dat nie enige van die tersaaklike partye enige beswaar daarteen het dat ek die hersieningsaansoek aanhoor en bereg nie. Aangesien ekself ook van mening was dat daar geen beletsel daarteen is dat ek die hersieningsaansoek aanhoor nie en ek inderdaad gemaklik was daarmee, het ek voortgegaan en dit aangehoor.

[4] Vanweë soortgelyke verwysings in die aansoekstukke, is ek voornemens 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 respondent”. Hierdie benamings slaan dus nie op my indruk van die onderskeie komitees se funksies nie. Ek gaan ook om doelmatigheidsredes na die onderskeie regulasies en beleid verwys ooreenkomstig die engelse benamings daarvan, aangesien die engelse weergawes

daarvan voor my dien (wat klaarblyklik die enigste beskikbare weergawes is).

[5] Na aanleiding van die bevele in paragraaf 4 van die hofbevel deur my gemaak, het tweede respondent en derde respondente op 5 Januarie 2009 die getranskribeerde oorkonde van die Bod Beoordelings Komitee se vergadering gehou op 9 Januarie 2009 geliasseer. Addisioneel daartoe is ook ‘n skrywe, gedateer 26 Februarie 2009, vanaf die voorsitter van die Bod Beoordelings Komitee gerig aan applikante se prokureur van rekord, geliasseer, waarin redes uiteengesit word as synde die redes waarom die Bod Beoordelings Komitee besluit het om af te wyk van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee. Verdermeer is die agenda en notule van die vergadering van die Bod Beoordelings Komitee gehou op 9 Januarie 2009, tesame met aanhangsels daartoe, ook geliasseer, die wesenlike en tersaaklike gedeeltes waarvan in elk geval reeds deel vorm van die aansoekstukke en sal ek na dit verwys soos dit in die aansoekstukke voorkom.

[6] Na ontvangs van voormelde oorkonde en redes, het applikante op 9 Maart 2009 ‘n aanvullende beëdigde

verklaring soos bedoel in Hofreël 53(4) geliasseer. Geen aanvullende opponerende beëdigde verklaring is in antwoord op voormelde verklaring deur eerste tot derde respondente geliasseer nie en het Mnr Reinders bevestig dat eerste tot derde respondente nie wens enige sodanige aanvullende opponerende beëdigde verklaring te liasseer nie. Wat vierde tot sesde respondente betref, het hulle reeds op 13 Februarie 2009 `n kennisgewing van berusting geliasseer.

[7] Dit moet laastens vermeld word dat hoewel eerste tot derde respondente in hul opponerende verklaring wat reeds ten tyde van my beregting van die tussentydse interdik voor my gedien het, die *punt in liminé* geneem het dat applikante nie hul interne remedies uitgeput het alvorens die onderhawige aansoek geloods is nie, welke punt *in liminé punt* ek in my vorige uitspraak van die hand gewys het vir die redes daarin vermeld, het Mnr Reinders aangedui dat eerste tot derde respondente nie verder volhard met die punt vir doeleindes van hierdie hersieningsaansoek nie. Ek gaan derhalwe nie weer daarmee handel nie.

AGTERGROND TOT DIE AANSOEK:

[8] Die agtergrond tot die onderhawige aansoek is reeds volledig in my vorige uitspraak uiteengesit. Ek meen dit is doelmatig om dit op soortgelyke wyse hierin te herhaal, soos aangevul waar nodig voortspruitend uit die addisionele dokumentasie wat sedertdien geliasseer is.

[9] 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.

[10] Dit is gemeensaak en blyk dit uit die tenderdokument, aangeheg as aanhangsel “F” tot die funderende verklaring, dat alle tenders wat ontvang is, evalueer moes word ooreenkomstig die 90/10 puntesisteem 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 puntesisteem 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 katergorieë persone wat in die verlede deur onbillike diskriminsasie 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”).

[11] Al die tenders wat ontvang is, is ge-evalueer 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, sekeres 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 951 021,77 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 projek te voltooi en wie ‘n lae risiko vir eerste respondent inhou. Hierdie drie tenders is toe ge-evalueer by wyse van voormelde puntesisteem, 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 Vrystaat 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.

[12] 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 Goewermentskennisgewing Nr. 868 in Staatskoerant 27636 van 30 Mei 2005, ‘n kopie waarvan aangeheg is as aanhangsel “A” tot die aanvullende

opponerende verklaring, saamgelees met eerste respondent se Supply Chain Management Policy, aangeheg as aanhangsel “C” tot die aanvullende opponerende verklaring. 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 toegeken 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 her-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 (p.427 – 428 van die aansoekstukke), is

opnuut besluit dat aanbeveel word dat die tender aan eerste applikant toegeken word.

[13] 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” (p.442 – 443 van die aansoekstukke), 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. Dit is die vergadering ten opsigte waarvan die transkripsie geliasseer is.

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

[15] Dit is teen voormelde aanbeveling van derde respondente en tweede respondent se daaropvolgende besluit om die aanbeveling goed te keur en die tender aan vierde respondent toe te ken, wat die hersieningsaansoek gerig is.

HERSIENINGSGRONDE:

[16] Dit is gemeensaak tussen die partye dat voormelde besluite administratiewe handelinge daarstel in terme van die bepalings van die Promotion of Administrative Justice Act, No. 3 van 2000 (hierinlater na verwys as “PAJA”) en dat die onderhawige aansoek dus geloods is op die basis van en in terme van PAJA. Die oorspronklike twee gronde van hersiening (en waarop applikante steeds steun) is in paragraaf 5 van hul funderende verklaring uiteengesit, terwyl `n derde hersieningsgrond vervat is in paragraaf 8 van applikante se aanvullende verklaring ooreenkomstig die bepalings van Reël 53(4). Hierdie drie hersieningsgronde behels die volgende:

16.1 Dat tweede respondent nie Regulasie 29(5)(b)(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 Evaluerings 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;

16.2 Dat tweede en derde respondente nie Artikel 2(1)(f) van die Wet (op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid) 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, synde eerste applikant in hierdie geval, en daar nie objektiewe kriteria of maatstawwe bestaan het om die tender aan ‘n ander tenderaar (in hierdie geval vierde respondent) toe te ken nie.

16.3 Dat aangesien die tenderdokumente van eerste applikant en vierde respondent nie voor hetsy tweede respondent hetsy derde respondente gedien het toe die besluite geneem is nie, dit ‘n hersienbare onreëlmatigheid daarstel.

WYSE VAN BENADERING BY DIE BEREGTING VAN ‘N HERSIENINGSAANSOEK:

[17] Mnr Reinders het betoog dat in `n geval soos die onderhawige, dit nie vir die hof is om die meriete, korrektheid

en/of wysheid van die administratiewe besluite wat in dispuut is, te bevraagteken nie. In hierdie verband het hy gesteun op **STEYN v CITY COUNCIL OF JOHANNESBURG** 1934 WLD 143 op 146 – 147 en **AFRICAN REALTY TRUST LIMITED v JOHANNESBURG MUNICIPALITY** 1906 TH 179 op 182.

Mnr Danzfuss, daarenteen, het betoog dat die gesag waarna Mnr Reinders verwys het, nie meer ongekwalifiseerd geldend is nie, aangesien die benadering in die lig van die Grondwet, verander het. Hy het gesubmiteer dat die meriete van die besluit wel oorweeg moet word ten einde te bepaal of die administratiewe besluit regverdigbaar of rasioneel verbindbaar is met die feite wat voor die besluitnemer gedien het en die redes wat deur die besluitnemer verskaf word. Vir sy submisies het Mnr Danzfuss gesteun op die beslissings in **CAREPHONE (PTY) LTD v MARCUS NO AND OTHERS** 1999 (3) SA 304 (LAC) en **BATO STAR FISHING (PTY) LTD v MINISTER OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS AND OTHERS** 2004 (4) SA 490 (CC).

[18] In ‘n volbank appèl van hierdie hof in **MEC FOR PUBLIC WORKS, ROADS AND TRANSPORT, FREE STATE, AND**

ANOTHER v MORNING STAR MINIBUS HIRING SERVICES (PTY) LTD AND OTHERS 2003 (4) SA 429 (O) is daar deur Wright, R op volledige wyse gehandel met die verandering in benadering voortspruitend uit die implimentering van die Grondwet. In die verband verskyn die volgende op 444E – 445B:

> "Before the implementation of the Constitution, a narrower test for interference with a discretion was applied, perhaps most appropriately set out by Innes ACJ (as he then was) in Shidiack v Union Government (Minister of the Interior) 1912 AD 642 at 651:
>
> '. . . There are circumstances in which interference would be possible and right. If for instance such an officer had acted mala fide or from ulterior and improper motives, if he had not applied his mind to the matter or exercised his discretion at all, or if he had disregarded the express provisions of a statute - in such cases the court might grant relief. But it would be unable to interfere with a due and honest exercise of discretion, even if it considered the decision inequitable or wrong.'
>
> Section 33 of the Constitution reads as follows:
>
> 'Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair.'
>
> Despite respondents' counsel's argument to the contrary (as

set out in the heads of argument), and bearing in mind that the advent of the Constitution did not do away with time-tested and applied grounds for review, the abovementioned provision in the Constitution has had a huge impact on administrative law. This led to a more unified approach formulated as follows in the case of Carephone (Pty) Ltd v Marcus NO and Others 1999 (3) SA 304 (LAC):

> 'In determining whether administrative action is justifiable in terms of the reasons given for it, value judgments will have to be made which will, almost inevitably, involve a consideration of the "merits" of the matter in some way or another. As long as the Judge determining this issue is aware that he or she enters the merits not in order to substitute his or her own opinion on the correctness thereof, but to determine whether the outcome is rationally justifiable, the process will be in order.'

In the matter of Derby-Lewis and Another v Chairman of the Committee on Amnesty of the Truth and Reconciliation Commission and Others 2001 (3) SA 1033 (C) (2001 (3) BCLR 215) at 1065E - F (SA), A 243C - E (BCLR) the following is said:

> 'A review court is not called upon to pronounce on the correctness or otherwise of the decision arrived at by the administrative decision-maker. The test, for purposes of review proceedings is that, objectively speaking, there must be a rational connection between the outcome or

> the decision and the facts on which such decision is based.'"

Wright R kom dan tot die volgende gevolgtrekking op 446B:

> "For the purposes of this appeal it will be accepted that the wider test for interference with first respondent's decision (and the consequent promulgation of the regulation) must be applied, still keeping in mind the caveat expressed above, namely that this Court should not substitute its own opinion for the opinion arrived at by first respondent. Furthermore, the test of rational justifiability must be applied..."

[19] Dit blyk dus dat die beginsels uitgedruk in die **CAREPHONE**-beslissing inderdaad hier toepassing vind, wat insluit die beperking waarna Mnr Reinders ook verwys het, synde dat die hof nie die funksie van die tersaaklike besluitnemer moet oorneem nie. Hierdie benadering is inderdaad ook deur die Konstitutionele Hof bevestig in **BATO STAR FISHING (PTY) LTD v MINISTER OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS**, *supra*, op 514G – 515B:

> "In treating the decisions of administrative agencies with the appropriate respect, a Court is recognising the proper role of the Executive within the Constitution. In doing so a Court should be careful not to attribute to itself superior wisdom in relation to

matters entrusted to other branches of government. A Court should thus give due weight to findings of fact and policy decisions made by those with special expertise and experience in the field. The extent to which a Court should give weight to these considerations will depend upon the character of the decision itself, as well as on the identity of the decision-maker. A decision that requires an equilibrium to be struck between a range of competing interests or considerations and which is to be taken by a person or institution with specific expertise in that area must be shown respect by the Courts. Often a power will identify a goal to be achieved, but will not dictate which route should be followed to achieve that goal. In such circumstances a Court should pay due respect to the route selected by the decision-maker. This does not mean, however, that where the decision is one which will not reasonably result in the achievement of the goal, or which is not reasonably supported on the facts or not reasonable in the light of the reasons given for it, a Court may not review that decision. A Court should not rubber-stamp an unreasonable decision simply because of the complexity of the decision or the identity of the decision-maker."

[20] Die veranderde benadering voortspruitend uit die implementering van die Grondwet, het verder tot gevolg dat 'n besluit ook hersien kan word en tersyde gestel word as 'n besluit gebaseer is op 'n wensenlike foutiewe feit, in welke geval dit tuisgebring sal kan word onder artikel 6(2)(e)(iii)

van PAJA wat bepaal dat ‘n administratiewe handeling geneem is omdat “irrelevant considerations were taken into account or relevant considerations were not considered”. Die hoogste Hof van Appèl het in **PEPCOR RETIREMENT FUND AND ANOTHER FINANCIAL SERVICES BOARD AND ANOTHER** 2003 (6) SA 38 (SCA) hierdie beginsel as volg neergelê op 58F – 59C:

> “[46] The national legislation envisaged in s 33(3) of the Constitution has now been enacted in the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000; but that Act came into operation well after the present proceedings were instituted. Nevertheless it is relevant to note in passing that s 6(2)(e)(iii) provides that a Court has the power to review an administrative action, inter alia, if 'relevant considerations were not considered'. It is possible for that section to be interpreted as restating the existing common law; it is equally possible for the section to bear the extended meaning that material mistake of fact renders a decision reviewable.
>
> [47] In my view, a material mistake of fact should be a basis upon which a Court can review an administrative decision. If legislation has empowered a functionary to make a decision, in the public interest, the decision should be made on the material facts which should have been available for the decision properly to be made. And if a decision has been made in ignorance of

facts material to the decision and which therefore should have been before the functionary, the decision should (subject to what is said in para [10] above) be reviewable at the suit of, inter alios, the functionary who made it - even although the functionary may have been guilty of negligence and even where a person who is not guilty of fraudulent conduct has benefited by the decision. The doctrine of legality which was the basis of the decisions in Fedsure, Sarfu and Pharmaceutical Manufacturers requires that the power conferred on a functionary to make decisions in the public interest, should be exercised properly, ie on the basis of the true facts; it should not be confined to cases where the common law would categorise the decision as ultra vires."

Dit is ook opnuut bevestig in **CHAIRPERSONS' ASSOCIATION v MINISTER OF ARTS AND CULTURE AND OTHERS** 2007 (5) SA 236 (SCA) op 248H – 249B.

BEWYSLAS EN BEWYSMAATSTAF:

[21] Dit is gemeensaak tussen die partye en ek stem daarmee saam dat die bewyslas op die applikante rus, synde die partye wat die geldigheid van die administratiewe handelinge in die onderhawige geval aanveg, ten einde die feite wat die ongeldigheid daarstel, te bewys. Sien **Judicial Review of Administrative Action in South Africa, JR De Ville,**

revised 1st Edition, op p. 314 – 315, paragraaf 7.2.2. Applikante moet hul op ‘n oorwig van waarskynlikhede van hierdie bewyslas kwyt. Sien **JOHANNESBURG LOCAL ROAD TRANSPORTATION BOARD AND OTHERS v DAVID MORTON TRANSPORT (PTY) LTD** 1976 (1) SA 887 (A) 895G.

TERSAAKLIKE WETGEWING, REGULASIES, BELEID EN TENDER VOORWAARDES:

[22] Die tender proses wat hier van toepassing is, se ontstaan spruit voort uit die bepalings van artikel 217 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, 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 kontrakteer, 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."

[23] Sodanige wetgewing is inderdaad ingevoer by wyse van die Wet (Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid, Nr. 5 van 2000). 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 Voorkeurpuntestelsel 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:

23.1 Die kontrak moet toegeken word aan die tenderaar wat die hoogste punte behaal, tensy objektiewe maatstawwe die toekenning aan ‘n ander tenderaar regverdig;

23.2 Sodanige objektiewe maatstawwe moet maatstawwe wees bykomend tot die in paragrawe (d) en (e) beoog.

[24] Verdermeer is die tersaaklike regulasies en beleid waarna ek alreeds verwys het, wat gedeeltelik ook vervat is in die tender voorwaardes, ook van toepassing.

[25] 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.

[26] Die verpligtinge van die onderskeie besluitnemers wat moet toesien dat voormelde bepalings van die Wet en die Regulasies toegepas word, het onder andere beslag gekry in eerste respondent se Supply Chain Management Policy.

26.1 Wat die verpligtinge van die Bod Evaluerings Komitee betref, bepaal dit as volg:

"8.6.1 The Bid Evaluation Committee is responsible for the evaluation of bids received, which shall include the varification of

8.6.1.1 the capability/ability of the bidder to execute the contract;

8.6.1.2 ...

8.6.1.3 ...

8.6.1.4 ...

8.6.2 The Bid Evaluation Committee will evaluate all bids received in accordance with the criteria specified in the bid specifications, and submit a report and

recommendation regarding the award of a bid to the bid ajudication committee.

8.6.3 ...

8.6.4 ...

8.6.5 ...

8.6.6 ...

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."

Sien aansoekstukke, p. 619

Die verpligtinge van die Bod Evaluerings Komitee is ook in die Municipal Supply Chain Management Regulations uiteengesit en wel in Regulasie 28 wat as volg lees:

"(1) A bid evaluation committee must:

(a) evaluate bids in accordance with –

(i) the specification for a specific procurement; and

(ii) the points system .... as precribed in terms of the Preferential Procurement Policy Framework Act;

(b) evaluate each bidder`s ability to execute the contract;

(c) .....

(d) submit to the Adjudication Committee a report and recommendation regarding the award of the bid or any other related matter."

Sien aansoekstukke, p. 554.

26.2 Wat die verpligtinge van die Bod Beoordelings Komitee betref, is dit insgelyks uiteengesit in eerste respondent se Supply Chain Management Policy:

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

8.7.4 ....

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. "

Sien aansoekstukke, p. 620.

Hierdie verpligtinge van die Bod Beoordelings Komitee, is op soortgelyke wyse in Regulasie 29 van die Municipal Supply Chain Management Regulations uiteengesit:

"(1) A Bid Adjudication Committee must –

(a) consider the report and recommendations of the Bid Evaluation Committee; and

(b) either –

(i) depending on its deligations, made a final award or a recommendation to the accounting officer to make the final award; or

(ii) make another recommendation to the accounting officer how to proceed with the relevant procurement.

(2) ....

(3) ....

(4) ....

(5) (a) If a Bid Adjudication Committee decides to award a bid other than the one recommended by the Bid Evaluation Committee, the Bid Adjudication Committee must prior to awarding the bid –

(i) check in respect of the preferred bidder whether that bidder`s municipal rates and taxes and municipal service charges are not in arrears; en

(ii) Notify the accounting officer."

Sien aansoekstukke, p. 555 – 556.

26.3 In samehang met voormelde en in besonder wat betref tweede respondent se besluit, moet die bepalings van eerste respondent se Supply Chain Management Policy, en wel klousules 8.7.6 – 8.7.7 daarvan, welke as volg lees:

> "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.

Soortgelyke verpligtinge kom voor in Regulasie 29(5)(b) van die Municipal Supply Chain Management Regulations, 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.

DIE OBJEKTIEWE MAATSTAWWE WAT REDELIKE EN REGVERDIGBARE GRONDE DAAR KAN STEL:

[27] 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 ken. Hierdie

objektiewe maatstawwe moet, soos reeds vermeld, ooreenkomstig die bepalings van artikel 2(1)(f) van die Wet ander, bykomende maatstawwe wees as die doelwitte waarvoor punte toegeken is soos bepaal in sub-artikels 2(1)(d) en (e) van die Wet. Sien **RHI JOINT VENTURE v MINISTER OF ROADS AND PUBLIC WORKS AND OTHERS** 2003 (5) BCLR 544 (Ck) op 557G – 557H.

[28] 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 maksimim 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.

[29] 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 objektiewe maatstawwe 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, waar die volgende verskyn:

> "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

FEITELIKE GEBEURE EN REDES WAT GELEI HET TOT DIE TERSAAKLIKE BESLUITE:

[30] Die feitlike gebeure en redes wat gelei het tot die aanbeveling van die Bod Beoordelings Komitee en die daaropvolgende besluit van tweede respondent om dit goed te keur en om die tender aan vierde respondent toe te ken, blyk uit die kontemporêre dokumente aangeheg tot die funderende verklaring, die inhoud waarvan nie deur respondente betwis word nie en dus geag kan word gemeensaak te wees, saamgelees met die getranskribeerde oorkonde van die Bod Beoordelings Komitee se vergadering wat plaasgevind het op 9 Januarie 2009 (hierinlater na verwys as “die transkripsie”).

Ingenieursverslag en -aanbeveling:

[31] In die ingenieursverslag, Aanhangsel “G” tot die funderende verklaring, is daar ter aanvang vermeld dat slegs tenderaars wie geregistreer is by die “CIDB” (“Construction Industry Development Board”) en wat ‘n CIDB gradering van 7CE het, oorweeg is vir die tender, aangesien dit die minimum spesifikasie is vir hierdie tender. (Sien p. 341 van die oorkonde.)

[32] Daarop is die tariewe van die onderskeie tenderaars wat andersins kwalifiseer vir die tender, evalueer is daar in die verslag op p. 351 van die aansoekstukke tot die gevolgtrekking gekom dat eerste applikant se tariewe geag word aanvaarbaar te wees en van lae risiko te wees vir eerste respondent. ‘n Soortgelyke gevolgtrekking is ten opsigte van vierde respondent gemaak in die verslag op p. 352 van die oorkonde.

[33] Op p. 353 van die oorkonde is daar in die tersaaklike verslag voortgegaan met ‘n evaluering van die tegniese ondervinding en kapasiteit van die onderskeie tenderaars en word daar op p. 353 as volg vermeld:

> “After an in-depth evaluation of all the evidence, certificates and other information submitted by the tenderers, we are of the opinion that the evaluation is thorough and fair.”

As deel van hierdie evaluering, is die tenderaars se referente geskakel. Ten opsigte van eerste applikant, word op p. 355 van die verslag as volg vermeld:

> "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."

Dan blyk dit dat drie van eerste applikant se referente gekontak is ten einde inligting te kry met betrekking tot eerste applikant se standaard van werk in die verlede. Die terugvoering met betrekking tot al drie hierdie referente was tot dien effekte dat die tersaaklike projekte afgehandel is tot bevrediging van die tersaaklike ingenieurs binne die vasgestelde konstruksietydperke en is eerste applikant aanbeveel vir toekomstige projekte. Daar is op p. 355 tot die gevolgtrekking gekom dat "**the risk with regard to the capacity and experience of awarding the tender to Lohan/Tebogo Joint Venture is considered to be low to the council**".

Dit blyk dan voorts uit die verslag, p.356 – 357 van die aansoekstukke, dat drie van vierde respondent se referente ook geskakel is. Die terugvoering was insgelyks dat die projekte binne die voorgeskrewe tydperke afgehandel is en dat vierde repondent aanbeveel word vir toekomstige projekte.

Dit moet vermeld word dat die woorde gebruik is dat die werk tydens die projekte van `n hoë standaard of goeie standaard was. Daar is toe tot `n soortgelyke gevolgtrekking gekom as met eerste applikant, synde dat "**the risk with regard to the capacity and experience of awarding the tender to Moeletsi/Peter Joint Venture is considered to be low to the council**".

[34] Daarop het die punte toekenning geskied, waarop die meeste punte aan eerste applikant toegeken is (p. 359 van die oorkonde).

[35] In 'n gevolgtrekking in die verslag 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 vervat in die ingenieursverslag is 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."

Verslag van die Bod Evaluerings Komitee:

[36] Uit hierdie verslag 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.)

[37] Dit is net na hierdie tabel wat die objektiewe kriteria of maatstawwe 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. Dit is ook die bedrae waarna Mnr Ntoyi by die aanvang van die vergadering van die Bod Beoordelings Komitee na verwys het. (Sien p. 3 van die transkripsie van die vergadering).

[38] 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."

Daarop word verwys na twee refrente wat geskakel is, wie bevestig het dat die tersaaklike vorige kontrakte bevredigend afgehandel is, dat dit betyds afgehandel is en dat eerste applikant aanbeveel word vir toekomstige projekte. Hierdie twee referente is twee van die drie waarmee die ingenieurs ook geskakel het.

Wat betref vierde respondent, is die volgende opmerkings in die verslag op p. 370 van die aansoekstukke 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."

In die geval van vierde respondent, is drie vorige referente gelys (dieselfde referente as met wie die ingenieurs geskakel het) en nie slegs twee soos in die geval van eerste applikant nie. Die opmerkings met betrekking tot terugvoer vanaf vorige referente wat geskakel is, behels dat die vorige projekte van 'n hoë standaard of goeie standaard voltooi is, binne die projektermyn en dat die tenderaar aanbeveel word vir toekomstige projekte. Daar word dan ten opsigte van vierde respondent tot die volgende gevolgtrekking geraak:

> "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."

[39] Dit dien vermeld te word dat dit blyk uit hierdie verslag dat daar sodanige gevolgtrekking soos laasgenoemde met betrekking tot risiko ten opsigte van al die tenderaars gemaak

is, hoewel die inhoud van die gevolgtrekkings uiteraard verskil, maar blyk daar geen gevolgtrekking hieromtrent met betrekking tot eerste applikant gemaak te gewees het nie.

[40] 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.

[41] 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.”

[42] Daar is dan ook ‘n bundel dokumente aangeheg tot die verslag, die lys daarvan verskyn op p. 374 van die aansoekstukke, wat onder andere insluit die bevestiging dat tweede applikant oor ‘n 7CE gradering beskik, ‘n lys van vorige projekte voltooi, ‘n lys van tans bestaande projekte (dit is die drie referente wat deur die ingenieurs gekontak is en na

wie verwys is in die ingenieursverslag, waarvan twee na verwys is in die verslag van die Bod Evaluerings Komitee), die gradering van eerste applikant as synde 7CE en die Joint Venture Ooreenkoms waaruit dit blyk dat die aandeelhouding in die Joint Venture 70/30 is.

Aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee:

[43] 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 se daaropvolgende vergadering gehou op 17 Desember 2008 , aangeheg as aanhangsel “I” tot die funderende verklaring, blyk dit op p. 428 van die aansoekstukke dat vanweë die negatiewe opmerkings deur referente 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 behoort te word en is dit so aanbeveel. 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.

Vergadering en Aanbeveling van die Bod Beoordelings Komitee:

[44] 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 die Bod Beoordelings Komitee gehou op 12 Desember 2008.

[45] Wat betref die notule van hierdie 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..."

Besluit van Tweede Respondent (Munisipale Bestuurder):

[46] Op die volgende bladsy van voormelde 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 tweede respondent en dit gedateer is 19 Januarie 2009.

Transkripsie van die vergadering van die Bod Beoordelings Komitee:

[47] Aanvullend tot voormelde notule is, soos reeds vermeld, die transkripsie van die vergadering geliasseer. Hieruit blyk opsommenderwys die volgende:

47.1 Mnr Ntoyi (wie, soos blyk uit die notule, aanhangsel "K" tot die funderende verklaring, die Uitvoerende Direkteur: Infrastruktuur Dienste is) het by die aanvang van die vergadering die komitee deur die verslag van die Bod Evaluerings

Komitee geneem. Hy het verduidelik waarom die kontrak nie aan die tenderaar met die hoogste punte, synde Q-Civils, toegeken kan word nie. Hy het bygevolg verduidelik dat daar gekyk is na die entiteit met die tweede hoogste punte, synde eerste applikant. Hy het verwys na die twee referente wat geskakel is en wie bevestig het dat die twee vorige projekte bevredigend afgehandel is, binnenstyds en dat hulle aanbeveel word om weer aangestel te word vir projekte in die toekoms (p. 3 – 4 van die transkripsie). Mnr Ntoyi het bevestig dat een van hierdie twee projekte water en sanitasie behels het (p. 4 van die transkripsie).

Daar is dan na vierde respondent verwys deur Mnr Ntoyi en het hy bevestig dat die drie referente wat geskakel is, bevestig het dat vierde respondent redelike kundigheid en ondervinding het en die projek binnenstyds behoort klaar te maak (p.4 van die transkripsie).

Mnr Ntoyi het toe aan die einde van die eerste paragraaf op p. 5 van die transkripsie tot die gevolgtrekking gekom dat eerste applikant oor die nodige kundigheid beskik en aan al die minimum

vereistes van die tender voldoen en derhalwe, aangesien eerste applikant die hoogste punte toegeken is, die tender aan eerste applikant toegeken behoort te word en aldus aanbeveel.

47.2 Daar word dan in die tweede paragraaf op p.6 deur Mnr Machogo uitgewys, soos ek ook vroeër in hierdie uitspraak uitgewys het, dat die Bod Beoordelings Komitee se verslag nie, soos in die geval van die ander ge-evalueerde tenderaars, ‘n gevolgtrekking bevat wat betref die risiko met betrekking tot kapasiteit en ondervinding indien die tender aan eerste applikant toegeken sou word nie.

47.3 Voortspruitend uit die afwesigheid van hierdie risiko-gevolgtrekking, het die komiteelede die verslag verder ontleed.

47.4 Met betrekking tot eerste applikant se ondervinding in vergelyking met vierde respondent se ondervinding, is op p. 4 van die notule, saamgelees met die derde paragraaf op p. 6, uitgewys dat in die verslag daar slegs een relevante referent met betrekking tot eerste applikant se ervaring in die verlede met

soortgelyke projekte voor die Bod Evaluerings Komitee gedien het , aangesien die tweede referent waarna in die verslag verwys is, ‘n water en sanitasie projek behels en dus nie kan slaan op eerste applikant se ervaring van soortgelyke projekte as die huidige nie.

Hierteenoor is daar, soos uitgewys in die derde paragraaf op p. 6, wat betref vierde respondent, drie referente aangehaal met betrekking tot soortgelyke projekte as die onderhawige.

Daar is dan voorts uitgewys in paragraaf 4 op p. 9 van die transkripsie, dat wat betref eerste applikant se uitvoering van die tersaaklike projek, die referent se opmerking was dat die werk voltooi is tot “bevrediging” van die ingenieur, terwyl vierde respondent se referente opgemerk het dat die drie projekte afgehandel is op ‘n “hoë standaard”of “goeie standaard”.

47.5 Ten einde die risiko en relevante ondervinding van die twee tenderaars verder te probeer bepaal, het Mnr Khunong in die laaste paragraaf op p. 7 van die transkripsie uitgewys dat die kleiner vennoot van eerste applikant oor ‘n laer CIDB gradering

beskik as die kleiner vennoot van vierde respondent. Daar is ook onderaan p.8 van die transkripsie en in die vyfde paragraaf op p.9 (waar daar verwys is na `n opemrking in die verslag oor eerste applikant se 70/30 samestelling) uitgewys dat eerste applikant se kleiner vennoot klaarblyklik oor minder ondervinding beskik as vierde respondent se kleiner vennoot. Dit blyk dan uit die besprekings wat daarop volg op p. 8 en p. 9 van die transkripsie dat op grond van voormelde graderings en samestelling van die onderskeie “joint ventures”, daar tot die gevolgtrekking gekom is dat vanweë die laer gradering van eerste applikant se kleiner vennoot, eerste applikant ‘n hoër risiko en kleiner gesamentlike ervaring inhou dan vierde respondent.

47.6 ‘n Verdere aspek ten opsigte van die gradering wat geopper is, is dit wat Mnr Moleme in die laaste paragraaf op p. 8 van die transkripsie geopper het, synde dat dit in aanmerking geneem moet word dat indien die tender aan vierde respondent toegeken word, die gradering van vierde

respondent se kleiner vennoot vanaf 5 sal opskuif na 7, wat positief op die komitee sal reflekteer.

47.7 Mnr Khunong het in die eerste paragraaf op p. 8 van die transkripsie verwys na die feit dat eerste applikant se tenderbedrag ‘n afwyking van 9% van die beraamde tenderbedrag toon, terwyl vierde respondent se tender slegs ‘n afwyking van 3% toon, waarop hy tot die gevolgtrekking gekom het dat op die lang duur eerste applikant probleme gaan ervaar met betrekking tot die prys wat hy getender het en dit dus nie geag kan word dat eerste applikant die “beste” is nie.

47.8 Op p. 9 van die transkripsie het Mnr Ntoyi uitgewys dat in gedagte gehou moet word dat eerste applikant die hoogste punte behaal het, waarop die voorsitter vermeld het dat daar nie slegs daarna gekyk kan word nie maar ook gekyk moet word na die tenderaars se “performance” of dan prestasie.

47.9. Op p. 10 wys Mnr Barnes daarop dat eerste applikant meer water en sanitasie projekte gedoen het, dat daar nie vermeld word wat die waarde van

die padbou-projek is ten opsigte waarvan die referent se opmerking gemaak is nie en kom hy tot die gevolgtrekking dat eerste applikant uitstekend sal vaar met water en sanitasie projekte, maar nie met die konstruksie van paaie nie.

47.10 ‘n Verdere aspek wat toe geopper is deur Mnr Machogo in die tweede paragraaf op p. 10 van die transkripsie is dat indien die tender aan vierde respondent toegeken word, twee maande se tyd gewen word gegewe die tendertydperk van 10½ maande, wat ‘n groot voordeel is gegewe die dringendheid van die projek.

47.11 Na aanleiding van bogemelde besprekings, is daar toe tot stemming oorgegaan, op grond van welke stemming besluit is om aan te beveel dat die tender aan vierde respondent toegeken word.

47.12 Daarop is die vergadering afgesluit.

Eerste tot derde respondente se weergawe en redes onder eed:

[48] Soos reeds vermeld, word die inhoudelike van die dokumentasie aangeheg tot die funderende verklaring waarna hierbo verwys is, nie deur eerste tot derde

respondente betwis nie. Soos ook reeds vermeld, het eerste tot derde respondente verkies om nie ‘n aanvullende opponerende verklaring in antwoord op applikante se aanvullende verklaring in terme van Reël 53(4) te liasseer nie. Die bewerings wat deur eerste tot derde respondente onder eed gemaak is ter regverdiging van die tersaaklike besluite, 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 fundering verklaring, 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. Tweede respondent het dan as volg vermeld 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."

Skrywe vanaf die voorsitter van die Bod Beoordelings Komitee, gedateer 26 Februarie 2009:

[49] Wat hierdie skrywe betref wat deur eerste tot derde respondente geliasseer is as deel van die redes vir die besluit ooreenkomstig die bepalings van Reël 53, waarna ek reeds vroeër hierin verwys het, blyk dit geformuleerde redes te bevat vir derde respondente se besluit, wat verskaf is in antwoord op `n versoek daartoe deur applikante se prokureur van rekord. Inaggenome dat die inhoud hiervan opgestel is nadat die onderhawige aansoek reeds geloods is en na die vergadering, is ek van mening dat hierdie *ex post facto* redes nie ten gunste van eerste tot derde respondente aangewend kan word insoverre dit redes bevat wat nie reeds uit die kontemporêre dokumente, soos die transkripsie van die vergadering, blyk nie.

APPLIKANTE SE AANVULLENDE VERKLARING IN TERME VAN REËL 53(4):

[50] Soos reeds vermeld, het applikante ‘n aanvullende verklaring in terme van Reël 53(4) geliasseer in antwoord op eerste tot derde respondente se liassering van die transkripsie van die vergadering en ander dokumentasie waarna ek reeds verwys het.

[51] Applikante het in hul verklaring beweer dat die redes in bogemelde skrywe van die voorsitter van die Bod Beoordelings Komitee baie verder gaan as die redes wat in die transkripsie van die verrigtinge vervat is en dat dit derhalwe nie in ag geneem moet word nie.

[52] Soos ook reeds vroeër hierin vermeld, het applikante verdermeer in paragraaf 8 van hul verklaring ‘n derde hersieningsgrond geopper, synde die feit dat die tenderdokumente van eerste applikant en vierde respondent nie voor hetsy derde respondente hetsy tweede respondent was toe hulle besluite geneem is nie, op grond waarvan applikante aan die hand doen dat dit ‘n hersienbare onreëlmatigheid daarstel.

[53] Met verwysing na die transkripsie, het applikante in paragrawe 9 en 12 van die verklaring beweer dat dit duidelik is dat derde respondente nie kennis geneem het of kennis gedra het van die verskeidenheid van projekte waarby applikante betrokke was en suksesvol deurgevoer het nie. Dit is voorts aan die hand gedoen dat derde respondente klaarblyklik onder die foutiewe indruk verkeer het dat eerste applikant in totaliteit slegs oor twee referente beskik het, waarvan slegs een te doen gehad het met padkontruksie. In die verband verwys applikante na die feit dat hierdie probleem sy ontstaan gehad het by die feit dat Bod Beoordelings Komitee in hulle verslag net twee van eerste applikant se vorige projekte ondersoek het. Nieteenstaande dat die Bod Evaluerings Komitee se pogings daartoe om met hierdie referente kontak te maak tevore onsuksesvol was vanweë die bouersvakansie, het derde respondente geen poging aangewend om op die meriete van die verskeidenheid van projekte in te gaan of besonderhede daarvan te bekom nie. Applikante beweer ook dat dit blyk uit die transkripsie dat Mnr Ntoyi uitgewys het dat eerste applikant die “best performing” kontrakteur is.

[54] Applikante beweer ook dat indien derde respondente die meriete van eerste applikant se tender en in besonder die vorige prestasies behoorlik ondersoek het, sou dit oorweldigend aangedui het dat die risiko probleem glad nie bestaan nie. Derde respondente het egter versuim om behoorlik aandag aan die saak te gee wat hulle genoop het om die tender aan vierde respondent toe te ken.

[55] Applikante verwys ook in paragraaf 14 van voormelde verklaring na die waarskuwing wat Mnr Ntoyi aan die vergadering gerig het met betrekking tot die feit dat hulle voldoende redes sal moet hê om te regverdig indien hulle afwyk van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee, sowel as na die antwoord van die voorsitter daarop tot dien effekte dat hy “will deal with that when we come to that”. Volgens applikante is dit duidelik dat die vergadering nie redes geformuleer het of op ooreengekom het voordat afgewyk is van die aanbeveling nie. Daar bestaan dus, aldus die argument, geen redes waarom derde respondent kon afwyk van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee nie.

HIERSIENINGSGRONDE:

[56] Vir doelmatigheidsredes wat hierinlater sal blyk, is ek voornemens om die drie hersieningsgronde in omgekeerde volgorde te behandel as wat dit in die stukke voorkom.

Derde hersieningsgrond: Tenderdokumente het nie voor derde respondente of tweede respondent gedien ten tyde van die besluitnemingsproses nie.

[57] Mnr Danzfuss het betoog dat elk van die besluitnemers in die onderskeie prosesse self die besluit moes neem met betrekking tot die vraag aan welke tenderaar die tender toegeken moet word, vir doeleindes waarvan dit nie voldoende is om bloot op die verslag of aanbeveling van ‘n ander te handel nie. Volgens Mnr Danzfuss se argument moes die onderskeie tenderdokumente as sulks voor die onderskeie besluitnemers gedien het ten einde te kon bepaal of die tersaaklike verslae korrek is en om self ‘n behoorlike evaluering te kon doen. Elke tenderaar het, aldus die argument, ook die reg gehad dat sy tender voor die tersaaklike besluitnemer geplaas word. Vir doeleindes van sy argument het Mnr Danzfuss op die uitsprake in **CAMPSBAY RATE PAYERS ASSOCIATION v MINISTER OF PLANNING, WESTERN CAPE,** 2001 (4) SA 294 (C), **HAYES v MINISTER OF FINANCE AND DEVELOPMENT**

PLANNING, WESTERN CAPE 2003 (4) SA 598 (C) op 616G – H, **EARTHLIFE AFRICA (CAPE TOWN) v DIRECTOR-GENERAL: DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS AND TOURISM AND OTHERS** 2006 (10) BCLR 1179 (K) en **R v MINISTER OF AGRICULTURE AND FISHERIES** [1955] 2 All ER 129 (CA) gesteun.

Mnr Reinders het daarenteen betoog dat die evalueringsproses waaraan tenders onderwerp moet word, dié is wat uiteengesit is in regulasies 28 en 29 van die Municipal Supply Chain Management Regulations, soos dit voorkom op p. 554 – 556 van die aansoekstukke. Daarvolgens is dit nie ‘n vereiste dat die tenders self voor die onderskeie besluitnemers geplaas moet word nie en was dit nie nodig vir die Bod Beoordelings Komitee of vir tweede respondent om self deur die onderskeie tenderdokumente te gaan nie.

[58] In die onderhawige geval word in voormelde regulasie 29(1)(a) bepaal dat die Bod Beoordelings Komitee voorafgaande sy besluit, “must consider the report and recommendations of the Bid Evaluation Committee”, waarna

die besluit uitgeoefen moet word. Dit word dus slegs vereis dat die verslag en die aanbevelings van die Bod Evaluerings Komitee voor die Bod Beoordelings Komitee moes dien.

Wat tweede repondent betref, bepaal regulasie 29(5)(b)(1) dat tweede respondent “may after due consideration of the reasons for the deviation, ratify or reject the decision of the Bid Adjudication Committee”. Hier word dus slegs vereis dat die Bod Beoordelings Komitee se redes vir hulle afwykende besluit voor tweede respoendent moes dien ten tyde van sy besluitneming.

[59] Gevolglik is ek van mening dat voormelde gesag onderskeibaar is van die onderhawige geval, aangesien daar in elk van daardie gevalle wetgewing, regulasies of soortgelyke verordeninge was wat spesifiek bepaal het dat sekere dokumentasie voor die besluitnemer geplaas moet word of dat sekere bepaalde prosesse gevolg moes word, wat nie gedoen is nie. In die onderhawige geval word dit nie deur die regulasies bepaal dat die tenderdokumente voor die tersaaklike besluitnemer geplaas moet word ten tyde van die

uitoefening van sy besluit nie en kan hierdie gesag derhalwe nie hier toepassing vind nie.

[60] Dit is egter nie die einde van die ondersoek nie. Soos tereg verder deur Mnr Danzfuss betoog, is dit so dat hoewel ‘n besluitnemer besluite kan neem op grond van aanbevelings van ander instansies soos byvoorbeeld deskundiges of persone wat die ondersoek gedoen het, is dit noodsaaklik dat die besluitnemer steeds self die diskresie moet uitoefen en self die besluit moet neem. Die ander persoon of instansie en/of deskundige moet volledige redes vir sy/haar standpunt of aanbeveling verskaf. Die blote verskaffing van die aanbeveling of gevolgtrekking is nie voldoende nie.

[61] Na my mening hoort hierdie argument van Mnr Danzfuss egter eerder tuis onder van die verdere hersieningsgronde waarmee ek hieronder handel en sal ek gevolglik dan weer met hierdie argument handel.

[62] Vanweë die redes vermeld, is ek gevolglik van mening dat dit nie ‘n vereiste is dat die tenderdokumente voor enige van die besluitnemers moes dien nie en kan hierdie hersieningsgrond derhalwe nie slaag nie.

Tweede hersieningsgrond: nie-nakoming van artikel 2(1)(f) van die Wet en versuim om redelike en regverdigbare gronde in die notule uiteen te sit.

[63] Applikante steun as hul tweede hersieningsgrond op die nie-nakoming van Artikel 2(1)(f) van die Wet, saamgelees met die tersaaklike regulasies, vanweë die afwesigheid van objektiewe maatstawwe om die tender nie aan eerste applikant, synde die tenderaar met die hoogste punte, toe te ken nie, en die versuim om regulasie 3.1.4. van eerste respondent se Preferential Procurement Regulations na te kom deur te versuim om enige redelike en regverdigbare gronde in die notule uiteen te sit.

[64] Ek het reeds hierbo in paragraaf 29 bevind dat die objektiewe maatstawwe wat die toekenning aan ‘n ander tenderaar as die tenderaar met die hoogste punte kon regverdig, sodanige maatstawwe is as wat in klousule 2.14 van die tenderdata voorkom, op p. T1.2-6 van die tenderdokument, p. 59 van die aansoekstukke, synde:

> "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.",

saamgelees met p. 4 van die verslag van die Bod Evaluerings Komitee waarin vermeld word dat dit `n objektiewe kriterium van die tender is, soos bedoel in artikel 2(1)(f) van die Wet, 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**".

[65] Die vraag wat egter nou oorweeg moet word, is of derde respondente se aanbeveling en tweede respondent se besluit om nie die tender aan eerste applikant, synde die tenderaar hierin ter sprake met die hoogste punte, toe te ken nie,

gebaseer is op bogemelde objektiewe maatstawwe en dus geag kan word redelike en regverdigbare gronde daar te stel.

[66] Gevolglik moet vasgestel word of dit wat bespreek en besluit is ten tyde van die Bod Beoordelings Komitee se vergadering op 9 Januarie 2009, gemeet aan die objektiewe maatstawwe, redelike en regverdigbare gronde daarstel vir die besluit om die tender aan vierde respondent toe te ken. In samehang daarmee ontstaan die vraag of die objektiewe maatstawwe soos hierbo na verwys, enigsins in die lede van die komitee se gedagtes was toe die bespreking plaasgevind het en die besluit geneem is. Mnr Danzfuss het aan die hand gedoen dat dit nie uit die bespreking duidelik is dat dit wel gekoppel was aan die objektiewe maatstawwe nie en verder dat dit in ieder geval nie duidelik is watter rol die aspekte wat geopper is tydens die bespreking, in die komitee se eventuele besluit gespeel nie. Mnr Danzfuss het aan die hand gedoen dat die transkripsie van die vergadering wat intussen geliasseer is, geen verskil maak en geen afbreuk doen aan die *prima facie* bevindings waartoe ek in my vorige uitspraak hieromtrent geraak het nie.

Mnr Reinders het egter betoog dat wanneer na die inhoud van die bespreking as totaliteit gekyk word, dit inhoudelik aanvaar moet word as dat die lede van die komitee wel na die objektiewe maatstawwe verwys het. Volgens hom blyk dit voorts duidelik uit die transkripsie van die vergadering wat die komitee se redes vir hulle besluit was.

[67] Ek kan nie met Mnr Danzfuss se betoog dat die liassering van die transkripsie en die kennisname van die inhoud daarvan geen verskil maak aan die feite soos dit was voor kennisname van die inhoud van die transkripsie, saamstem nie. Na my mening verleen die transkripsie van die vergadering behoorlike perspektief aan die vier opmerkings wat in die notule, bewysstuk “K”, genotuleer was. Daarmee moet ek nie verstaan word as om van mening te wees dat die vier opmerkings in aanhangsel “K” genotuleer, behoorlike redes daargestel het vir hetsy derde respondente of tweede respondent se besluit nie. Ek sal later hierin weer met daardie genotuleerde opmerkings handel. Wat ek egter wel sê, is dat wanneer die transkripsie van die vergadering behoorlik evalueer word, dit duidelik is hoe die komitee tot hulle besluit gekom het. Of die redes vir daardie besluit geag kan word redelike en regverdigbare gronde te wees, is ‘n

ander saak en sal ek met elk van daardie redes handel in die verband.

[68] Omdat die transkripsie van die vergadering nou beskikbaar is en voor my dien, is ek van mening dat die vraag of daar redelike en regverdigbare gronde vir derde respondente se besluit was, uiteraard aan die hand van hierdie transkripsie beoordeel moet word en nie meer aan die hand van die opmerkings wat in die skriftelike notule, aanhangsel “K”, uiteengesit is nie. Wat tweede respondent se besluit betref, is dit egter anders, omdat die transkripsie nie voor hom gedien het nie, maar sal ek later weer na hierdie aspek terugkeer.

[69] Ten eerste stem ek wel met Mnr Reinders se argument saam dat dit uit die totaliteit van die inhoud van die transkripsie aanvaar moet word, hoewel dit nie uitdruklik so vermeld is nie, dat die aspekte wat deur die onderskeie komitee-lede geopper en bespreek is, wel aspekte is wat die komitee-lede bedoel het as om te slaan op die tenderaars se “**past performance in the execution of similar engineering works of comparable magnitude**”, hul “**ability to perform and complete the work timeously**”, hul

"**experience**" en "**capacity**" om die werk te verrig en die vereiste van besonderhede verskaf van "**contracts of a similar nature and magnitude which they have successfully executed in the past**" en "**three references of similar work done previously**", as synde fasette van die objektiewe maatstawwe soos uiteengesit in die tenderdata, saamgelees met die verslag van die Bod Evaluerings Komitee. Dit blyk duidelik uit my opsomming van die aspekte geopper tydnes die vergadering, soos uiteengesit in paragraaf 47 hierbo.

[70] Die feit dat die aspekte wat geopper is, bedoel was om te slaan op die objektiewe maatstawwe vemeld, beteken egter nog nie noodwendig dat dit geag kan word wél redelike en regverdigbare gronde daar te gestel het wat op die basis van die objektiewe maatstawwe, regverdiging vir die afwykende besluit van derde respondente daar kon stel nie.

[71] Ek gaan vervolgens die onderskeie redes en gronde wat tydens die vergadering geopper is en waarna ek in paragraaf 47 hierbo verwys het, evalueer met betrekking tot die vraag of dit, gemeet aan die objektiewe maatstawwe, wel redelike

en regverdigbare gronde daar kon stel. Vir redes wat hierin sal blyk, is ek voornemens om dit in twee groepe te verdeel:

A: Eerste groep redes/gronde:

GRADERING EN ONDERVINDING VAN DIE KLEINER VENNOOT VAN DIE "JOINT VENTURE":

1. Nêrens in die tersaaklike wetgewing, tendervoorwaardes, regulasies en/of beleid was dit as 'n vereiste gestel dat die kleiner vennoot van die "joint venture" oor `n bepaalde gradering of bepaalde ondervinding moet beskik nie. Die vereistes waaraan die onderskeie vennote aan moes voldoen, is wel deur die kleiner vennoot van eerste applikant aan voldoen.
2. Mnr Ntoyi het dan ook in die tweede paragraaf op p. 8 van die transkripsie (hoewel dit in die transkripsie aangedui word as dat die voorsitter aan die woord is, blyk dit duidelik uit die inhoud dat dit inderwaarheid Mnr Ntoyi is en blyk hierdie dus `n blote fout te wees) daarop gewys dat die enigste vereiste is dat dat die "joint venture" as sulks oor 'n gradering van 7CE moet beskik en die feit dat die kleiner vennoot 'n laer gradering het, nie 'n effek sal hê op die kwaliteit werk wat gelewer word nie. Dit blyk egter dat die res van die komitee

hulle nie aan hierdie korrekte standpunt van Mnr Ntoyi gesteur het nie.

Volledigheidshalwe moet vermeld word dat waar applikante in paragraaf 13 van hul Reël 53(4) verklaring vermeld het dat die rede met betrekking tot die gradering van die kleiner vennoot, soos vermeld in paragraaf 7 van derde respondente se skrywe van 26 Februarie 2009, `n nuwe rede daarstel wat nie vroeër geopper is nie, dit nie korrek is nie, aangesien dit uit die transkripsie duidelik blyk dat dit wel geopper was tydens die vergadering.

3. Die voorsitter se verwysing in die vyfde paragraaf op p. 9 van die transkripsie na die opmerking wat op p. 8 van van die verslag van die Bod Evaluerings Komitee voorkom wat betref die 70/30 verdeling van eerste applikant, kon ook nie derde respondente se gevolgtrekking van `n hoër risiko wat eerste applikant betref, regverdig het nie. Soos daardie opmerking deur my geïnterpreteer word, het dit bloot vermeld dat 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 kleiner vennoot, dit ‘n effek sal hê op die risiko vraagstuk, synde of eerste applikant in staat sal wees om die projek tydig en behoorlik te voltooi, aldan nie.

VERHOGING VAN GRADERING:

4. Wat betref derde respondente se inagneming daarvan dat indien die tender aan vierde respondent toegeken word, dit tot gevolg sal hê dat die kleiner vennoot van vierde respondent se gradering opskuif vanaf 5 na 7, was inagneming van ‘n feit wat totaal irrelevant is en op geen wyse in verband gebring kan word met die objektiewe maatstawwe vervat in die tenderdokument nie. Die feit dat dit deur die komitee in aanmerking geneem is as een van die basisse op grond waarvan hulle tot hulle besluit geraak het, is ook bevestig in paragraaf 8 van derde respondente se skrywe van 26 Februarie 2009.

PERSENTASIE AFWYKING VAN PRYS ESTIMASIE:

5. Derde respondente se inagneming daarvan dat eerste applikant se afwyking 9% was en vierde respondent slegs 3% was, is ongegrond en irrelevant. Hoewel daar deur Mnr Ntoyi in die tweede paragraaf op p. 8 van die

transkripsie spesifiek uitgewys is dat afwykings tot en met 15% aanvaarbaar is, het die komitee geen ag op hierdie korrekte uitwysing van Mnr Ntyoi geslaan nie. In die verband blyk dit duidelik uit die verslag van die Bod Evaluerings Komitee, soos dit voorkom op p. 369 van die oorkonde, dat tot en met ‘n 15% afwyking inderdaad aanvaarbaar is en nie die risiko beïnvloed nie. Dit was dus duidelik ook reeds met inagneming van die onderskeie tenderaars se persentasie afwyking, dat die Bod Evaluerings Komitee steeds eerste applikant aanbeveel het.

6. Gevolglik is Mnr Khunong se opmerking bo-aan p. 8 van die transkripsie dat die persentasie afwyking van eerste applikant tot gevolg gaan hê dat eerste applikant nie op die lang duur die projek sal kan voltooi nie, ongefundeerd en blatant foutief is.

HOOGSTE PUNTE TEENOOR PRESTASIE:

7. Mnr Ntoyi het heeltemal tereg in die derde laaste paragraaf op p. 9 van die transkripsie uitgewys en die komitee daaraan herinner dat eerste applikant steeds die hoogste punte behaal het. Hierdie opmerking van

Mnr Ntoyi is egter begroet deur ‘n opmerking deur die voorsitter wat as volg lees:

> “Ja, which at we don’t look at only ... also taking into account their performance.”

8. Hoewel dit beslis so is dat gegewe die objektiewe maatstawwe wat op hierdie tender van toepassing is, prestasie of dan “performance” wel een van die faktore is wat redelike en regverdigbare gronde daar kan stel om af te wyk van die tender wat die hoogste punte behaal het, is hier geen aanduiding in hierdie hele transkripsie dat die komitee behoorlik hulle “mind apply” het tot die feit dat die vertrekpunt moet wees dat die tender toegeken moet word aan die tenderaar met die hoogste punte nie. Inteendeel, die inhoud van die voorsitter se opmerking waarna ek pas verwys het, is vir my bevestigend daarvan dat hy beslis nie behoorlike oorweging daaraan geskenk het nie. Sy opmerking wek die indruk dat hy die hoogste punte net as ‘n faktor beskou het by die oorweging van die vraag aan wie die tender toegeken moet word, en nie as die vertrekpunt nie. Die feit dat derde respondent(1) gepoog het om dit

later in die skrywe van 26 Februarie 2009 te vermeld, kan, soos reeds vroeër bevind, nie op `n *ex post facto* basis ten gunste van derde respondente in ag geneem word nie.

MEER WATER EN SANITASIE PROJEKTE (AS PADBOU PROJEKTE):

9. Mnr Barnes se opmerking bo-aan p.10 van die transkripsie dat eerste applikant meer water en sanitasie projekte as padbou projekte verrig het, is nie korrek nie en stel ‘n fundamentele feite 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 is ook nooit in die aansoek deur eerste tot derde respondente ontken nie. In die verslag van die Bod Evaluerings Komitee 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 as

basis dien om tot die foutiewe gevolgtrekking te kom waartoe derde respondente geraak het nie, veral inaggenome dat die lys van voltooide en huidge projekte juis aangeheg was tot die verslag en dus ter insae was vir derde respondente, soos blyk uit p. 374 van die aansoekstukke, soos ook uitegwys deur applikante in hul aanvullende verklaring in terme van Reël 53(4).

10. Mnr Barnes se verdere opmerking in die verband wat voorkom in die eerste paragraaf op p. 10 van die transkripsie, synde dat die waarde van die projek met betrekking tot die konstruksie van paaie ten opsigte waarvan daar met een van eerste applikant se referente geskakel is, nie vermeld word nie, is korrek, maar is dit duidelik dat Mnr Barnes versuim het om homself te vergewis van die waarde van die projek, gegewe dat die waarde van elke projek wel gereflekteer word op die lys van referente wat deur eerste applikant verskaf is. In ieder geval het sodanige waardes ook nie verskyn ten opsigte van die referente van vierde respondent wat gekontak was nie.

11. Gegewe voormelde, was Mnr Barnes se gevolgtrekking aan die einde van die eerste paragraaf op p. 10 van die transkripsie tot dien effekte eerste applikant sal presteer

met water en sanitasie projekte maar nie met die kontruksie van paaie nie, ongegrond en op foutiewe feite gefundeer.

KORTER KONTRAKTERMYN VAN 10 ½ MAANDE:

12. Mnr Machogo se opmerking hieromtrent en die daaropvolgende inagneming van die korter kontraktermyn wat gereflekteer was in vierde respondent se alternatiewe tender, en waarna verwys word in die tweede paragraaf op p. 10 van die transkripsie, is gebaseer op ‘n foutiewe indruk van die feite en derhalwe ook ongegrond en irrelevant. Nie net het van die komitee-lede hulle nie daaraan gesteur toe Mnr Ntoyi heeltemal tereg op p. 10 van die transkripsie uitgewys het dat daardie tender vanweë redes in die verslag vermeld, nie aanvaarbaar is nie, maar het die komitee-lede in besonder versuim om ag te slaan op die feit dat die tender van vierde respondent waarmee gehandel word in die Bod Evaluerings Komitee se verslag, juis die tender van 12½ maande is. Derde respondente se blatante versuim en foutering in hierdie verband, word bevestig deur die feit die tender wat hulle self aanbeveel het, juis die tender ten opsigte van die

kontraktermyn van 12½ maande was, soos duidelik gereflekteer in die notule, aanhangsel “K” tot die funderende verklarings p. 443 van die aansoekstukke. Die inagneming van die korter kontraktermyn was derhalwe glad nie regverdigbaar op die inligting wat voor derde respondente gedien het nie.

Gevolgtrekking:

[72] Vanweë die redes in parargraaf 71 hierbo uiteengesit, is ek tevrede dat applikant op ‘n oorwig van waarskynlikhede aangetoon het dat derde respondente se aanbeveling/besluit, onder andere, gebaseer was op redes wat irrelevant en/of ongegrond was en/of op wesenlik foutiewe feite berus het. Gevolglik word hierdie aanbeveling/besluit nie redelikerwys ondersteun deur die feite wat voor derde respondente gedien het nie en is die aanbeveling/besluit ook nie redelikerwys regverdigbaar in die lig van die voormelde redes wat daarvoor verskaf is nie. Sien **MEC FOR PUBLIC WORKS, ROADS AND TRANSPORT, FREE STATE, AND ANOTHER v MORNING STAR MINIBUS HIRING SERVICES (PTY) LTD AND OTHERS,** *supra,* **BATO STAR FISHING (PTY) LTD v MINISTER OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS**, *supra,* en

PEPCOR RETIREMENT FUND AND ANOTHER

FINANCIAL SERVICES BOARD AND ANOTHER, *supra.*

Dit het insgelyks tot gevolg dat voormelde redes op geen basis of wyse geag kan word redelike en regverdigbare gronde ooreenkomstig die objektiewe maatstawwe daar kon stel op grond waarvan derde respondente kon afwyk van die Bod Evaluerings Komitee se aanbeveling deur aan te beveel dat die tender aan vierde respondent toegeken word, nieteenstaande die feit dat eerste applikant die hoogste punte behaal het nie.

Gevolglik is derde respondente se aanbeveling/besluit hersienbaar in terme van Artikels 6(2)(b), 6(e)(i) en 6(e)(iii) van PAJA, welke as volg lees .

> "(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;"

B: <u>Tweede groep redes/gronde:</u>

[73] Soos reeds hierbo vermeld, blyk dit dat die afwesigheid van 'n gevolgtrekking met betrekking tot risiko wat betref kapasiteit en ondervinding juis dit was wat derde respondente verplig laat voel het om verder ondersoek daarna in te stel, hoewel dit daartoe gelei het dat hulle toe, soos reeds hierbo bevind, foutiewelik sekere aspekte oorweeg het. Vir die beginsel dat hulle toe wel self verder ondersoek ten opsigte van risiko ingestel het, kan hulle na mening nie gepenaliseer word nie, aangesien dit juis strook met die verpligting van 'n besluitnemer, soos Mnr Danzfuss betoog het en waarna ek vroeër verwys het, synde dat hoewel 'n besluitnemer in `n geval soos die onderhawige besluite kan neem op grond van aanbevelings van ander instansies soos byvoorbeeld deskundiges of persone wat die ondersoek gedoen het, is dit

noodsaaklik dat die besluitnemer steeds self die diskresie moet uitoefen en self die besluit moet neem, daarom moet die ander persoon of instansie en/of deskundige volledige redes vir sy/haar standpunt of aanbeveling verskaf. Sien **MINISTER OF HEALTH v NEW CLICKS SOUTH AFRICA (PTY) LTD AND OTHERS** 2006 (2) SA 311 (CC) en **WALELE v THE CITY OF CAPE TOWN AND OTHERS** 2008 (6) SA 129 (CC).

[74] Aan die een kant kan dit gesê word dat gegewe dat `n bevinding met betrekking tot risiko, aldan nie, wel deur die Bod Evaluerings Komitee vervat was 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 Bod Evaluerings Komitee terug te verwys.

In die verband blyk dit dat Mnr Machogo inderdaad in die sesde paragraaf op p. 7 van die transkripsie opgemerk het dat dit dalk ‘n blote oorsig was.

Die feit dat die Bod Evaluerings Komitee wel die risiko 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, p. 371 van die aansoekstukke , waar daar spesifiek, nadat die aanbeveling gemaak is dat die tender aan eerste applikant toegeken word, opgemerk is dat:

> "The engineer also confirmed that the contractor is fully competent to execute work."

[75] Hoe dit ookal sy en nieteenstaande wat ek in die vorige paragraaf uitgewys het, wat derde respondente se bevraagtekening van eerste applikant teenoor vierde respondent se risiko met betrekking tot kapasiteit en ondervinding betref, blyk dit, op grond van die inligting wat hulle voor hulle gehad het, nie ongegrond te gewees het nie. Dit gaan hand aan hand met die feit dat daar in die verslag van die Bod Evaluerings Komitee, slegs gehandel is met een relevante referent van eerste applikant, terwyl daar met drie relevante referente van vierde respondent gehandel is. Dit is gemeensaak dat eerste applikant in sy tender beslis nie net na een tersaaklike referent verwys het nie, maar twee bladsye

van referente ingedien het, waarvan een meer as die helfte referente met betrekking tot soortgelyke tipe projekte was. Dit, tesame met die feit dat dit duidelik onderaan p. 6 van die transkripsie blyk dat die rede waarom daar slegs na een relevante referent in die verslag verwys is, toe te skryf was aan die feit dat dit bouersvakansie was en die ander referente dus nie bereikbaar was nie, het beslis tot gevolg dat eerste applikant nie daarvoor gepenaliseer behoort te word dat daar in die Bod Evaluerings Komitee slegs na een relevante referent verwys is nie. Die gevolg hiervan is egter wel, soos tereg uitgewys deur die voorsitter op p. 7 van die transkripsie, die tweede paragraaf daarvan, dat daar nie volledige inligting voor derde respondente was met betrekking tot eerste applikant se ondervinding in soortgelyke tipe projekte en van soortgelyke omvang op die stadium wat derde respondente hulle aanbeveling/besluit gemaak het nie. Die voorsitter se opmerking was as volg:

> "It doesn't help us. ... No information, no decision. We can't take a decision on the basis that we didn't have time..."

[76] In terme van klousule 8.6.1 van eerste respondent se Supply Chain Management Policy, soos reeds na verwys in paragraaf

26 hierbo, was dit juis die Bod Evaluerings Komitee se plig om die onderskeie tenderaars se beweerde kapasiteit om die tender uit te voer, te verifieer. Die Bod Evaluerings Komitee se versuim om met drie tersaaklike referente van eerste applikant te geskakel het en hulle kommentaar in die verslag te vervat, het ongelukkig daartoe gelei dat derde respondente begin spekuleer het oor eerste applikant se ondervinding met betrekking tot die konstruksie van paaie, en derhalwe die risiko al dan nie, om die tender aan eerste applikant toe te wys (ook op foutiewe gronde, soos reeds hierbo bevind), in plaas daarvan om die aangeleentheid terug te verwys het na die Bod Evaluerings Komitee met ‘n versoek dat die verslag aangevul word in die verband en voorspruitend daaruit dan ‘n behoorlik gefundeerde risiko bepaling van eerste applikant gemaak word.

[77] Wat betref die risiko bepaling wat die Bod Evaluerings Komitee wel in sy verslag gemaak het, soos na verwys in paragraaf 74 hierbo, is daardie gevolgtrekking, na my mening, ongelukkig nie op hierdie stadium behoorlik gefundeerd wat betref die ondervinding van eerste applikant met soortgelyke projekte nie. Die redes waarom ek hierdie mening huldig:

1. Die Bod Evaluerings Komitee het duidelik slegs ten opsigte van een tersaaklike referent van eerste applikant navraag gedoen rondom eerste applikant se uitvoering van daardie soortgelyke projek. Hierdie tekortkoming is ook deur applikante self in paragraaf 9 van hul Reël 53(4) verklaring uitgewys. Die feit dat eerste applikant veelvuldige ander tersaaklike referente verskaf het en welke inligting voor derde respondente gedien het, is geensins van hulp wanneer eerste applikant se risiko met betrekking tot ondervinding en kapasiteit beoordeel moet word as daar nie inligting is oor die standaard waarop en die tydperke waarbinne eerste applikant daardie projekte voltooi het nie.
2. Uiteraard het die Bod Evaluerings Komitee hulle in hulle evaluering van die tenderaars en hulle uiteindelike aanbeveling tot ‘n baie groot mate laat lei deur die ingenieursverslag, aangeheg as aanhangsel “G” tot die funderende verklaring. By nalees van die ingenieursverslag, in besonder p. 355 van die aansoekstukke, blyk dit egter dat slegs twee van die drie referente wat deur die ingenieurs geskakel was, referente was met betrekking tot projekte wat die konstruksie van paaie behels het. (Hierdie gevolgtrekking kan gemaak

word indien die inligting met betrekking tot die Merbombo projek, gekontroleer word met die twee lyste van referente deur eerste applikant verskaf. Wat die Leliehoek projek in Ladybrand betref, is daar in die lys van referente slegs vermeld dat die aard van die projek “uitbreiding van dienste” was. Dit blyk egter duidelik uit paragraaf 10.2.11.4 van applikante se funderende verklaring, soos dit voorkom op p. 31 van die oorkonde, dat dit inderdaad die konstruksie van paaie, strate en toegangspaaie ook behels het, welke bewering op geen stadium deur die respondente in hulle stukke ontken is nie. Dit is egter gemeensaak dat die Africon projek, synde een van die referente wat deur die ingenieurs geskakel is, ‘n water en sanitasie projek behels het, soos ook blyk uit die transkripsie.)

Hierteenoor blyk dit uit die totaliteit van die stukke voor my dat aldrie referente wat ten opsigte van vierde respondent wat deur die ingenieurs geskakel is, en soos wat dit uiteengesit is op p. 356 tot 357 van die oorkonde, projekte was wat die kontruksie van paaie behels het. (Hoewel dit nie sodanig spesifiek blyk uit die

ingenieursverslag nie, kom ek tot die gevolgtrekking omdat daar niks tot die teendeel voor my geplaas is nie.)

[78] Gevolglik blyk dit dat daar reeds vanaf die stadium van die ingeniersverslag, nie behoorlike inligting bekom is met betrekking tot eerste applikant se ondervinding wat soortgelyke projekte betref nie. Eerste applikant is nie hiervoor te blameer nie. Dit het egter na my mening wel tot gevolg dat die evaluering van eerste applikant se risiko met betrekking tot ondervinding en kapasiteit nie behoorlik deur die ingeneurs, die Bod Evaluerings Komitee of die Bod Beoordelings Komitee gedoen is nie. Hoewel die aspek ten minste deur die Bod Beoordelings Komitee geopper is, het hulle versuim om die korrekte stappe te neem ten einde daardie gebrek aan te vul.

[79] Dat dit wesenlike inligting is wat voor die onderskeie besluitnemers moes gedien het en wat nie aldus gedien het nie, blyk uit die feit dat relevante en soortgelyke ondervinding juis pertinent, beide in die tenderdokument en in die verslag van die Bod Evaluerings Komitee, gelys is as een van die objektiewe maatstawwe waaraan ‘n tenderaar moes voldoen en wat derhalwe insgelyks ‘n redelike en regverdigbare

gronde daar sou kon stel om af te wyk van die toekenning van die tender aan die tenderaar met die hoogste punte. Vanweë die gebrekkige inligting hieromtrent wat voor derde respondente gedien het, kon hulle nie op grond van die inligting wat wel voor hulle gedien het, tot `n behoorlik gefundeerde gevolgtrekking kom gekom het met betrekking tot eerste applikant se risiko wat betref ondervinding en kapasiteit in vergelyking met die van vierde respondent nie.

Gevolgtrekking:

[80] Derde respondente se besluit om af te wyk van die Bod Evaluerings Komitee se aanbeveling en aan te beveel dat die tender aan vierde respondent toegeken word, is derhalwe ook wat hierdie gronde betref, ongefundeerd, deurdat wesenlike relevante inligting nie voor hulle gedien het nie en dus nie deur hulle in aanmerking geneem kon word nie. Hulle bevoegdheid om `n besluit te gemaak het, is derhalwe nie behoorlik uitgoefen nie, aangesien hulle nie alle wesenlike feite voor hulle gehad het nie. Applikante het hul derhalwe van hul bewyslas gekwyt en op `n oorwig van waarskynlikhede aangetoon dat derde respondente se besluit derhalwe ook vanweë hierdie rede hersienbaar in terme van Artikel 6(2)(e)(iii) van PAJA, deurdat “relevant considerations were

not considered". Sien **PEPCOR RETIREMENT FUND AND ANOTHER FINANCIAL SERVICES BOARD AND ANOTHER,** *supra*.

Tweede respondent se besluit:

[81] Die tweede hersieningsgrond is ook teen tweede respondent se besluit gerig. Wat tweede respondent se besluit betref, het my voormelde bevindings en gevolgtrekkings outomaties tot gevolg dat tweede respondent (selfs indien al die bogemelde inligting wat voor derde respondente gedien het, ook voor tweede respondent sou gedien het) se besluit *mutatis mutandis* om dieselfde redes hersienbaar is. Addisioneel hiertoe, is dit egter gemeensaak dat al die inligting nié voor tweede respondent gedien het nie, die gevolge waarvan ek hieronder onder die eerste hersieningsgrond sal aanspreek.

Uiteensetting van redes/gronde in die notule:

[82] Dit is voorts deel van applikante se tweede hersieningsgrond dat ooreenkomstig die bepalings van regulasie 3.1.4 van eerste respondent se Preferential Procurement Regulations, welke deel vorm van die tenderdokument, die redelike en regverdigbare redes op grond waarvan aanbeveel word dat afgewyk word van die tender met die hoogste punte, volledig

uiteengesit moet word in die notule van die tersaaklike vergadering. Volgens applikante kan die opmerkings wat in die notule van die Bod Beoordelings Komitee, aanhangsel “K”, nie geag word ‘n volledige uiteensetting van die redes te wees nie en dat Artikel 6(2)(b) van PAJA dus toepassing vind.

[83] Hoewel ek in ieder geval reeds bevind het dat die redes wat geopper is tydens die Bod Beoordelings Komitee se vergadering en soos wat blyk uit die transkripsie van die vergadering, nie redelike en regverdigbare redes of gronde daar kon stel vir derde respondente se besluit nie, is ek dit eens met applikante dat wanneer die opmerkings wat in die notule voorkom vergelyk word met die aspekte wat uit die transkripsie van die vergadering blyk geopper te gewees het as redes vir die besluit, kan die opmerkings in die notule geensins geag word ‘n volledige uiteensetting te wees van die beweerde redelike en regverdigbare redes wat tydens die vergadering geopper is nie.

[84] Die feit dat die opmerkings wat in die notule, aanhangsel “K”, verwoord is, nie geag kan word ‘n volledige uiteensetting te wees van die redes waarop derde respondente hulle besluit gebaseer het nie, word bevestig deur die transkripsie van die

vergadering waar Mnr Ntoyi onderaan bladsy 11 van die transkripsie die komitee daarop attent maak dat hulle voldoende redes moet hê om die afwyking van die aanbeveling en dus die aanstelling van ‘n ander tenderaar dan die tenderaar met die hoogste punte, te regverdig. Hy het as volg opgemerk:

> “... I would just want to sensitise the house that we must just bear in mind the fact that maybe ... when we, after we have taken the decision then comes back to us that we have sufficient reasons to justify why we did not agree with the recommendation. Because you will recall that the same company also gave us a letter from the attorneys requesting that the ....”

Die voorsitter het as volg daarop gereageer in die tweede paragraaf op p. 12 van die transkripsie:

> “No okey that is fine, I will deal with that when we come to that...”

Die vergadering sluit egter daar af. Dit blyk dus nie uit die transkripsie dat die komitee op daardie stadium (of ooit) hulle redes geformuleer het nie.

[85] Gevolglik is ek op `n oorwig van waarskynlikhede oortuig dat daar nie aan die vereistes van bogemelde regulasie 3(1)(4) voldoen is nie, dat Artikel 6(2)(b) van PAJA dus inderdaad toepassing vind en dat die besluit van derde respondente ook om hierdie rede hersienbaar is.

Eerste hersieningsgrond: Nie- nakoming van Regulasie 29(5)(b)(i) van die Municipal Supply Chain Management Regulations

[86] Applikante se eerste hersieningsgrond slaan op tweede respondent se besluit en is daarop gebaseer dat regulasie 29(5)(b)(i) van die Municipal Supply Chain Management Regulations nie nagekom is nie, aangesien tweede respondent nie behoorlike en gepaste oorweging ("due consideration") verleen het, of kon verleen aan die redes waarom die Bod Beoordelings Komitee nie die Bod Evaluerings Komitee se aanbeveling gevolg het nie, aangesien die Bod Beoordelings Komitee geen sodanige redes aan hom verskaf het nie.

[87] Mnr Danzfuss het in sy argument hieromtrent weereens gesteun op die beslissing in **WALELE v CITY OF CAPE TOWN AND OTHERS**, *supra*, op grond waarvan hy betoog

het dat gegewe dat die volledige redes vir derde respondente se besluit nie voor tweede respondent gedien het ten tyde van die uitoefening van sy besluit nie, en gegewe die aard en inhoud van die opmerkings vervat in Aanhangsel "K" wat wél voor tweede respondent gedien het, dit nie deur tweede respondent geag kon gewees het as redelike en regverdigbare gronde vir derde respondente se aanbeveling en derhalwe vir sy goedkeuring van daardie besluit nie. Verdermeer is die bestaan van sodanige redes, aldus die argument, 'n jurisduksionele feit wat moes bestaan voordat 'n geldige besluit geneem kon word. Mnr Danzfuss het ook verwys na die uitspraak in **CAMPSBAY RATEPAYERS ASSOCIATION v MINISTER OF PLANNING, WESTERN CAPE,** *supra*, ter ondersteuning hiervan.

Mnr Reinders het aan die hand gedoen dat die vier opmerkings wat in aanhangsel "K", die notule, vervat is, wel geag kan word die redes vir derde respondente se besluit te gewees het en dat dit bevind behoort te word dat tweede respondent dit behoorlik oorweeg het.

[88] In **CAMPSBAY RATEPAYERS ASSOCIATION v MINISTER OF PLANNING, WESTERN CAPE,** *supra,* is as volg op p. 320 J – C beslis:

> "For purposes of this case, only section 2(1)(a) is relevant. In terms of that subsection, the Minister must "be satisfied" "that it is desirable" to remove the conditions in question.....Unless the Minister is as a fact satisfied as to the presence of one of more of these circumstances, a jurisdictional fact for the exercise of his power to remove conditions is absent. And if he is subjectively satisfied, this view is one which is susceptible to review if his conclusion was, objectively speaking, unreasonable."

[89] In **MINISTER OF HEALTH v NEW CLICKS SOUTH AFRICA (PTY) LTD AND OTHERS** 2006 (2) SA 311 (CC) het die tersaaklike bemagtigingsartikel, synde artikel 22G(2)(b) van Wet 101 van 1965 bepaal dat:

> "The Minister may, on the recommendation of the pricing committee, make regulations on an appropriate dispensing fee..."

Dit is dus na my mening 'n bepaling wat soortgelyk is aan die bepaling wat in die onderhawige geval ten opsigte van die tweede respondent geld. Gevolglik is ek van mening dat

die volgende beginsel *mutatis mutandis* van toepassing is op die besluit wat deur tweede respondent geneem is. Op 480F – 481A is as volg beslis:

> " The failure by the Pricing Committee to explain how it arrived at the figures it adopted made it difficult to evaluate the appropriateness of the dispensing fees adopted, and thus to determine whether the Pricing Committee has properly applied its mind to the viability of pharmacies. ... The Minister is required to make regulations based on the recommendation of the Pricing Committee. The Minister does not merely rubber stamp the recommendation of the Pricing Committee. She is required to apply her mind to the recommendation and make a decision whether to accept such recommendation. She cannot therefore accept the fees proposed by the Pricing Committee simply because they have been proposed by the Pricing Committee. She must satisfy herself that the fees proposed by the Pricing Committee are appropriate within the meaning of s 22G(2). She can only do this if she is furnished with an explanation as to how the fees were arrived at. Without such information, the Minister cannot properly evaluate the appropriateness or otherwise of the fees proposed by the Pricing Committee. "

[90] Voormelde beginsels, is op volledige wyse verwoord en uiteengesit in die latere uitspraak van die Konstitutionele Hof

in **WALELE v THE CITY OF CAPE TOWN AND OTHERS**, *supra,* (2008 (6) SA 129 (CC)) waarin dit gehandel het oor Artikels 6 en 7 van die Building Standards Act, Wet nr. 103 van 1977, in terme waarvan die plaaslike owerheid, as synde die besluitnemer, die Building Control Officer se aanbeveling moet oorweeg en onderhewig daaraan dat hy tevrede gestel is van sekere vereistes, kan hy bouplanne goedkeur. Daar is as volg op 159J – 160C beslis:

> "There can be no doubt that these documents could not reasonably have satisfied the decision-maker that none of the disqualifying factors would be triggered. None of these documents refers to those factors. If indeed the decision-maker was so satisfied on the basis of these three documents, his satisfaction was not based on reasonable grounds. The documents fall far short as a basis for forming a rational opinion. Nor does the mere statement by the City to the effect that the decision-maker was satisfied suffice. In the past, when reasonableness was not taken as a self-standing ground for review, the City's ipse dixit could have been adequate. But that is no longer the position in our law. More is now required if the decision-maker's opinion is challenged on the basis that the subjective precondition did not exist. The decision-maker must now show that the subjective opinion it relied on for exercising power was based on reasonable grounds. In this case, it cannot

> be said that the information, which the City admitted had been placed before the decision-maker, constituted reasonable grounds for the latter to be satisfied."

Daar is voorts as volg op op 164A – 164B beslis:

> "The Building Control Officers must ensure that adequate information is placed before decision-makers so that they can consider applications for approval of building plans properly and in a balanced way. The recommendations they make must serve this purpose. The approval of plans in the absence of such recommendation in this matter means that the necessary jurisdictional fact was lacking. It follows that the approval is invalid and must be set aside."

[91] Wat tweede respondent se besluit betref, beweer tweede respondent in eerste tot derde respondente se aanvullende opponerende verklaring, 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 daargestel het om nie die tender met die hoogste punte aan te beveel nie en derhalwe die Bod Beoordelings Komitee se aanbeveling ten opsigte van vierde respondent, goed te keur. Na my mening kan daar geen werklike waarde aan hierdie *ipse dixit* van tweede respondent geheg word nie. Wanneer daardie vier opmerkings bestudeer

word, is dit duidelik dat dit nie tweede respondent redelikerwys kon tevrede stel dat daar redelike en regverdigbare gronde bestaan het vir derde respondente se aanbeveling om af te wyk van die tender met die hoogste punte nie en sy gevolglike goedkeuring daarvan nie. Selfs al was dit dus moontlik tweede respondent se subjektiewe opinie, is daar geensins deur tweede respondent aangetoon dat hierdie subjektiewe opinie op redelike gronde berus het nie.

[92] Aan die hand van voormelde gesag, het dit na my mening tot gevolg dat tweede respondent se besluit ooreenkomstig die bepalings van Artikel 6(2)(e)(iii) van PAJA hersienbaar is.

[93] Verdermeer en soos reeds vroeër hierin bevind, wanneer die vier aspekte wat deur die Bod Beoordelings Komitee genotuleer is, vergelyk word met die aspekte wat uit die transkripsie blyk geopper te gewees het, kan die opmerkings in die notule geensins geag word ‘n behoorlike uiteensetting te wees en/of volledige uiteensetting te wees van die redes vir derde respondente se afwyking van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee nie.

[94] Gevolglik stem ek met Mnr Danzfuss se argument saam dat tweede respondent se besluit in die afwesigheid van die bestaan en oorweging van sodanige volledige redes, tot gevolg het dat die jurisdiksionele feit wat moes bestaan alvorens tweede respondent `n geldige besluit kon neem, afwesig was.

[95] Derhalwe is ek op `n oorwig van waarskynlikhede oortuig dat tweede respondent se besluit ook vanweë hierdie rede ongeldig is en hersienbaar is in in terme van Artikel 6(2)(b) van PAJA.

GEVOLGTREKKING MET BETREKKING TOT HERSIENBAARHEID VAN BESLUITE:

[96] Gegewe die bevindings hierbo gemaak, het applikante op ‘n oorwig van waarskynlikhede aangetoon dat sowel derde respondente se aanbeveling sowel as tweede respondent se besluit om dit goed te keur, hersien en tersyde gestel moet word.

GEPASTE REMEDIE:

[97] Die vraag wat nou bereg moet word, is welke remedie applikante op geregtig is. Artikel 8 van PAJA bepaal as volg in die verband:

> "(1) The court or tribunal, in proceedings for judicial review in terms of section 6(1) may grant any order that is just and equitable, including orders –
>
> (a) ...
>
> (b) ...
>
> (c) Setting aside the administrative action and –
>
> (i) remitting the matter for reconsideration by the administrator with or without directions. or
>
> (ii) in exceptional cases –
>
> (aa) substituting or varying the administrative action or correcting a defect resulting from the administrative action;"

[98] In die kennisgewing van mosie het applikante gevorder dat 'n bevel gemaak word dat die tender aan eerste applikant toegeken word (of dat eerste en tweede respondente gelas word om die tender aan eerste applikant toe te ken), met slegs in die alternatief dat die besluit met betrekking tot die

toekenning van die tender na tweede en derde respondente terugverwys word vir oorweging *de novo.*

[99] Die geldende beginsel hieromtrent is as volg in **Judicial Review of Administrative Action in South Africa,** *supra,* op p. 3365 – 337, met verwysing na voormelde bepalings van PAJA en heersende gesag, uiteengesit:

> "In an application for direct review, the order that the court would usually give in the event that a ground of review is shown to exist, is for the decision to be set aside and have the matter remitted to the administrator. ... The courts' reluctance to substitute their own decision for that of the administrative authority (but rather to remit it to the authority concerned), is in accordance with the courts' understanding of the principle of seperation of powers and the distinction between appeal and review. The reasoning in forming this approach is that the discretionary power in question was entrusted by parliament to the administrator and therefore it is not the function of the court to say how the power should be excercised by substituting its decision for that of the administrator. A court will, however, in exceptional circumstances depart from this principle. The question whether the departure is justified will be answered with reference to the entire context of the case. This would include taking account of considerations as as the following:

- Whether the administrator in question is left with any discretion in the matter or whether the end result is a foregone conclusion;
- The importance of time considerations in the present context;
- The willingness of the administrator to re-apply its mind to the issues at stake.
- Indications of bias or incompetence on the side of the administrator;
- The circumstances as they exist now as apposed to when the matter was decided by the administrator;
- The competence of the court *vis-a-vis* that of the administrator in deciding the matter.

The above is not an exhaustive list of factors. The primary consideration is fairness to all concerned. In **LIVESTOCK AND MEAT INDUSTRIES CONTROL BOARD v GARDA** (1961 (1) SA 342 (A) at 349G) Holmes AJA express the principle thus:

> 'From a survey of the foregoing decisions it seems to me possible to state the basic principle as follows, namely that the court has a discretion, to be excercised judicially upon a consideration of the facts of each case, and that, although the matter will be sent back if there is no reason for not doing s, in essence it is a question of fairness to both sides.'

It is submitted that the courts should follow a similar approach in the application of Section 8(1)(c) of PAJA."

[100] Mnr Danzfuss het in sy argument gesteun op die beslissing in **DOUGLAS HOëRSKOOL EN 'N ANDER v PREMIER, NOORD KAAP** 1999 (4) SA 1131 (NKA) en aan die hand gedoen dat dit in die onderhawige geval `n "foregone conclusion" is dat die tender aan eerste applikant toegeken moes gewees het en aan eerste applikant toegeken gaan word en het gevolglik gesubmiteer dat die aangeleentheid nie terug verwys behoort te word nie, maar dat ek behoort te gelas dat tweede en derde respondente die tender aan applikante toeken.

Mnr Reinders het daarenteen betoog dat tensy ek oortuig is dat iedere en elk van die redes en gronde deur derde respondente geopper waarom hulle besluit het om die aanbeveling te maak dat die tender aan vierde respondent toegeken word, verkeerd is, die aangeleentheid terugverwys behoort te word vir heroorweging. In die verband het hy aan die hand gedoen dat gegewe die gebrek in die verslag van die Bod Evaluerings Komitee met betrekking tot 'n gevolgtrekking wat betref die risiko vir eerste respondent indien die tender aan eerste applikant toegeken sou word met betrekking tot eerste applikant se ondervinding en kapasiteit, ek oorweging daaraan behoort te skenk om die aangeleentheid nie net terug

te verwys na tweede en derde respondente nie, maar inderdaad ook na die Bod Evaluerings Komitee.

[101] Ek het behoorlike oorweging geskenk aan die tydsbeperkings wat op die onderhawige geval, en waaromtrent die partye *ad idem* is, van toepassing is. Met dit inaggenome en so belangrik as wat ek meen dit is dat daar finaliteit in die onderhawige aangeleentheid moet kom, is ek van mening dat gegewe my bevindings gemaak in paragrawe 73 tot 80 hierbo, ek nie derde respondente se aanbeveling en daaropvolgend tweede respondent se besluit kan vervang met my eie nie. Dit sal regtens en andersins onhoudbaar wees dat waar ek ‘n bevinding gemaak het dat derde en tweede respondente se besluite en selfs die Bod Evaluerings Komitee se aanbeveling op gebrekkige inligting gebaseer was, ek dan desnieteenstaande self ‘n besluit maak steeds met slegs sodanige gebrekkige inligting tot my beskikking. Indien die gebrek wat ek in paragrawe 77 en 78 hierbo uitgewys het, nie in die ingenieursverslag bestaan het nie, kon ek moontlik nog my besluit baseer het op die inligting vervat in die ingenieursverslag, welke inligting dan bloot vanweë ‘n oorsig aan die kant van die Bod Evaluerings Komitee nie voor die Bod Beoordelings Komitee gedien het nie. Die feit is egter dat

ek, met die totaliteit van die stukke wat tans voor my dien, ook nie oor behoorlike inligting beskik met betrekking tot die standaard van eerste applikant se uitvoering van soortgelyke projekte as die onderhawige in die verlede nie, welke inligting wesenlik is ten einde ‘n behoorlike evaluering te doen van eerste applikant se ondervinding en kapasiteit en die risiko, aldan nie, vir eerste repondent indien die tender aan eerste applikant toegeken sou word. Aangesien hierdie aspekte deel vorm van die objektiewe maatstawwe van toepassing in die onderhawige geval op grond waarvan `n afwyking van die toekenning van die tender aan eerste applikant kan geskied indien daar, gemeet aan sodanige objektiewe maatstawwe, redelike en regverdigbare gronde of redes daartoe bestaan, is dit dus wesenlike inligting wat bekom moet word. Ek kan ook nie applikante se bewerings in paragrawe 10.2.11 en 10.2.12 van hul funderende verklaring met betrekking tot hul suksesvolle voltooïng van projekte vir doeleindes hiervan aanvaar in die plek van objektiewe kontrolering en evaluering daarvan deur hetsy die ingenieurs of die Bod Eevaluerings Komitee nie.

[102] Die vraag met betrekking tot eerste applikant se ondervinding in soortgelyke projekte en derhalwe die risiko verbonde aan

eerste applikant se kapasiteit en ondervinding teenoor dié van vierde respondent, is dus `n wesenlike aspek wat behoorlik her-evalueer sal moet word.

[103] Die voormelde gebreke in die evaluering van eerste applikant, het duidelik al by die Bod Evaluerings Komitee (en die evaluering deur die ingenieurs) begin. Met betrekking tot die vraag oor waarheen die terugverwysing egter moet geskied, is ek van mening dat gegewe dat die Bod Evaluerings Komitee nie ‘n party voor die hof is nie, is ek nie geregtig om ‘n terugverwysing na hulle te maak en hulle te gelas om hul verslag aan te vul met betrekking tot die aspekte geopper in hierdie uitspraak nie. Ek meen egter dat hierdie probleem oorkom kan word indien ek die terugverwysing na die Bod Beoordelings Komitee en tweede respondent doen, maar tesame met welke terugverwysing ek dan aanwysings of lasgewings aan die Bod Beoordelings Komitee maak ten opsigte van die verdere hantering van hierdie aangeleentheid, wat insluit `n terugverwysing deur die Bod Beoordelings Komitee aan die Bod Evaluerings Komitee, soos ek geregtig is om te doen in terme van Artikel 8(1)(c)(i) van PAJA. Sien **EARTHLIFE AFRICA (CAPE TOWN) v DIRECTOR-GENERAL: DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL**

AFFAIRS AND TOURISM AND OTHERS, *supra,* op 1199G-H en 1200B – C. Dit is die bevel wat na my mening "just and equitable" onder die omstandighede sal wees.

[104] Mnr Danzfuss het versoek en aan die hand gedoen dat indien die aangeleentheid terugverwys sou word, dit terugverwys behoort te word na die tersaaklike komitees, anders saamgestel. Hy het aan die hand gedoen dat gegewe die geskiedenis van hierdie aangeleentheid sedert die aanvang daarvan, met verwysing na eerste tot derde respondente se optrede en gebruikmaking van die regsproses om, aldus die argument, applikante te poog frustreer in die uitoefening van hul regte wat die onderhawige dispuut betref, dit ten minste *prima facie* blyk dat eerste tot derde respondente, of sommige van hulle, kwaadwillig is en nie meer objektiwiteit aan die dag sal lê met die sodanige heroorweging van die toekenning van die tender nie.

[105] Na my mening is daar twee probleme met hierdie versoek. Ten eerste stem ek saam met Mnr Reinders se betoog dat ek nie bloot op die gebeure te midde van hierdie aansoek, so 'n bevinding kan maak nie. Indien applikante op kwaadwilligheid of `n gebrek aan objektiwiteit wou steun, het hulle die

geleentheid daartoe gehad om in hulle Reël 53(4) aanvullende verklaring sodanige bewerings te gemaak het, wat nie gedoen is nie. Tweedens is dit prakties nie moontlik om die aangeleentheid terug te verwys na die onderskeie komitees, anders saamgestel nie. Ooreenkomstig die bepalings van klousule 8.7.1 van eerste respondent se Supply Chain Management Policy, soos dit voorkom op p. 620 van die aansoekstukke, bestaan die Bod Beoordelings Komitee, met uitsluiting van die verteenwoordiger van regsdienste, uit bepaalde ampsbekleërs. Ek is uiteraard nie by magte om hierdie samestelling te wysig nie. Hoewel 'n soortgelyke rigiede vasstelling nie met betrekking tot die Bod Evaluerings Komitee bestaan nie, soos blyk uit klousule 8.6.1 van voormelde beleid, soos dit voorkom p. 619 van die aansoekstukke, is daar geen rede waarom die Bod Evaluerings Komitee anders saamgestel moet word nie, omdat geen besluit van hulle hersien en tersyde gestel word nie. In hulle geval is dit slegs 'n aanvulling van hulle verslag wat moet geskied.

KOSTE:

[106] Wat betref die koste van die hersieningsaansoek, was Mnre Danzfuss en Reinders dit eens dat daar geen rede is waarom

die koste nie die uitslag moet volg nie. Die kennisgewing van mosie het slegs koste teen eerste en tweede respondente gevorder, hoewel voorsiening gemaak is dat sodanige ander respondente as wat die aansoek mag opponeer, ook koste moet betaal. Ek is derhalwe van mening dat eerste tot derde respondente gelas behoort te word om die koste van die hersieningsaansoek te betaal.

Wat die koste van twee advokate betref, het mnr. Reinders betoog dat die koste van twee advokate nie geregverdigd is nie. Ek stem egter nie hiermee saam nie. Die aansoekstukke is omvangryk en sluit dokumentasie in wat gedetaileerde bestudering en analisering geverg het ten einde die hersieningsaansoek behoorlik voor die hof te laat dien en behoorlik vir die argumentering daarvan voor te berei. 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.

Dit moet egter vermeld word dat Mnr Benadé, wie tot op hede die tweede advokaat in applikante se regspan was, nie teenwoordig was ten tyde van die argumentering van die hersieningsaansoek nie. Soos blyk uit die applikante se

betoogshoofde, was hy egter wel betrokke by die voorbereidng daarvan, wat Mnr Danzfuss ook bevestig het. Mnr Danzfuss het derhalwe van meet af aan aangedui dat die versoek tot koste van twee advokate, nie van toepassing is op die koste van die argumentering van die hersieningsaansoek nie.

[107] Wat die koste van die interlokutêre aansoek uitgereik deur eerste tot derde respondente op 24 Maart 2009 betref, die meriete waarvan afgehandel is, maar ten opsigte waarvan nog nie `n kostebevel gemaak is nie, was eerste tot derde respondente, wie die applikante was in daardie aanoek, wesenlik onsuksesvol met die aansoek en meen ek dat daar geen rede is waarom eerste tot derde respondente nie gelas behoort word om die koste van daardie aansoek te betaal nie.

[108] Derhalwe word die volgende bevele verleen:

1. Derde respondent (1) en derde respondent (2) se besluit op 9 Januarie 2009 om af te wyk van die aanbeveling van die Bod Evaluerings Komitee en om aan te beveel dat tender T0807 aan vierde respondent toegeken word, word hersien en tersyde gestel.

2. Tweede respondent se besluit om derde respondent(1) en derde respondent(2) se voormelde aanbeveling goed te keur en om tender T0807 aan vierde respondent toe te ken, word hersien en tersyde gestel.

3. Die aangeleentheid word na derde respondent(1) en derde respondent(2) en daaropvolgend na tweede respondent terugverwys vir oorweging *de novo*, met die volgende aanwysing en lasgewing aan derde respondent(1) en derde respondent(2):

   3.1 Derde respondent(1) en derde respondent(2) word gelas om so spoedig moontlik ‘n vergadering te belê en daartydens die aangeleentheid terug te verwys na die Bod Evaluerings Komitee met ‘n versoek dat hul verslag met betrekking tot die tekortkominge daarin ooreenkomstig die riglyne wat mag blyk uit hierdie uitspraak, veral paragrawe 74 tot 79 van die uitspraak, aangevul word op `n wyse soos derde respondent(1) en derde respondent(2) mag goeddink;

   waarna die proses voortgesit en volvoer moet word op die wyse ooreenkomstig die tersaaklike wetgewing, regulasies en beleid uiteengesit en soos die partye verder mag goeddink.

4. Eerste, tweede, derde(1) en derde(2) respondente word gelas om die koste van die hersieningsaansoek te betaal, gesamentlik en afsonderlik, betaling deur die een die ander kwytgeskeld te word, wat insluit die koste van twee advokate, behalwe ten opsigte van die argumentering van die aansoek op 26 Maart 2009, die koste waarvan slegs die koste van een advokaat sal wees.

5. Eerste, tweede, derde(1) en derde(2) respondente word gelas om die koste van die interlokutêre aansoek, uitgereik op 24 Maart 2009 te betaal, gesamentlik en afsonderlik, betaling deur die een die ander kwytgeskeld te word, wat insluit die koste van twee advokate, behalwe ten opsigte van die argumentering van die aansoek op 26 Maart 2009, die koste waarvan slegs die koste van een advokaat sal wees.

C. VAN ZYL, R

Namens die applikante:	Adv. F.W.A. Danzfuss 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

/em