

'n Kritiese betragting van die *Gijima*-uitsprake

Loammi Wolf

Loammi Wolf, Sentrum vir Menseregte, Universiteit van die Vrystaat

Opsomming

Die dispuut in die *Gijima*-sake het onder meer daarvoor gegaan of die remedies vir onregmatige administratiewe handeling net die draers van die reg op administratiewe geregtigheid toekom en of die betrokke bepalings in die Grondwet en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000 wyer uitgelê kan word om staatsorgane in te sluit.

Daar was ook taamlieke verwarring of dit gegaan het om 'n onregmatige administratiewe handeling, met ander woorde een wat regtens bindend is en tersyde gestel kan word omdat dit nie regmatig is nie, en of die tweede kontrak wat SITA met *Gijima* gesluit het, waarin 'n staatskontrak as skadevergoeding vir kontrakbreuk aangebied is, eerder 'n onregmatige kontrak was op grond van 'n wanvoorstelling dat voorgeskrewe tenderprosedures nie gevolg hoef te word nie.

Die *Gijima*-uitsprake konstrueer nou skynbaar sulke geheime ooreenkomste waar voorgeskrewe tenderprosedures omseil is as bindende administratiewe handeling wat weens onregmatigheid tersyde gestel kan word. Hierdie bydrae probeer om die kwessie of 'n administratiewe handeling wel tot stand gekom het, in die lig van die definisies van *administratiewe handeling* en *besluit* sistematies te ontleed. Indien daar nie 'n regtens bindende en afdwingbare administratiewe handeling tot stand gekom het nie, kan dit vanselfsprekend nie op geregtelike hersiening geneem word nie. Die hoewe behoort derhalwe konsekwent te toets of daar 'n magtigende bepaling is om 'n besluit te neem, wie gemagtig is om die besluit te neem, of die tipe besluit in die definisie van 'n "besluit" geïdentifiseer kan word, en of die besluit van 'n administratiewe aard is. Verder moet getoets word of 'n besluit aan die betrokke persoon vir wie dit bestem is, bekend gemaak is om die direkte eksterne regswerking te verseker. Hierdie stappe is baie belangrik om mistastings soos in die geval van *Gijima* te vermy.

Trefwoorde: administratiewe handeling; besluit; toekenning; versuim; wederregtelike kontrak

Abstract

A critical reflection of the *Gijima* judgments

The facts in the *Gijima* case were briefly that the State Information Technology Agency (SITA) concluded a state contract with Gijima Holdings to provide IT services to the Department of Defence but failed to follow the procurement proceedings prescribed by section 217 of the Constitution and legislation regulating procurement. The contract was offered as damages for the breach of another state contract to provide such services to the South African Police Service (SAPS), which had been terminated prematurely.

One of the points of dispute was whether the remedy to take administrative action on review in terms of section 6 of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 (PAJA) is available only to the bearers of the right to administrative justice or whether it includes state organs. Section 6(1) specifies: “Any person may institute proceedings in a court or a tribunal for the judicial review of an administrative action.”

Both the High Court and the Supreme Court of Appeal interpreted the phrase “any person” literally and did not contextualise the concept in the light of section 33(1) of the Constitution which confers the right to administrative justice upon “everyone”. Section 33(1) reads as follows: “Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair.” Section 33(3) determines that the legislature should adopt legislation that provides “for review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal” to give effect to the rights in subsections 1 and 2 (this is the right to be given reasons).

Not every right in the Bill of Rights is available to everyone. Some rights are available only to citizens, children or persons belonging to specific groups such as religious, linguistic or cultural groups. The word “everyone” therefore indicates that the right of administrative justice is available to *everyone*. Section 8(4) of the Constitution further specifies that a juristic person is entitled to such rights to the extent “required by the nature of the rights and the nature of the juristic person”. In this case, *Gijima* as a juristic person would be entitled to assert the right to administrative justice.

The Constitutional Court fortunately corrected the incorrect interpretation by the courts *a quo* and held that section 6(1) of the PAJA must be interpreted through the lens of section 33(1) of the Constitution.

Other aspects of the dispute have been resolved less satisfactorily. There was a lot of confusion about the nature of the decision that was taken. In other words, whether it was an illegal administrative act, which could be set aside because it had become legally binding and enforceable, or whether it was an illegal decision in a settlement agreement offering *Gijima* another state contract as damages for the breach of contract.

The first scenario would entail that there is an administrative act which could be set aside upon judicial review. In the second scenario the court would have had to consider whether the

conclusion of the settlement contract was legal in so far as a state contract was offered as damages. In this case the applicable law would be private law and not administrative law.

SITA guaranteed Gijima that it was not bound by procurement procedures for contracts with a value of less than R50 million. This was a misrepresentation of the applicable law. After Gijima had fully performed under the terms of the agreement, SITA tried to repudiate the contract with the argument that it had illegally concluded the contract in contravention of section 217 of the Constitution and procurement legislation.

The second scenario is therefore obviously the applicable one. Yet, all three courts concluded that the secret settlement agreement was an administrative act merely on the basis that there was an empowering provision that would allow SITA to award state contracts in procurement proceedings.

What also stands out is that the various courts did not make a clear distinction between the *awarding* of a contract in procurement proceedings as a decision that qualifies as an administrative act in terms of subsection (a) of the definition of a decision in section 1 of the PAJA and the *offering* of a state contract as damages in a settlement agreement for the breach of contract and subsequent *conclusion* of the contract on the basis of the settlement agreement.

The aim of this contribution is to offer a checklist for a systematic conceptual inquiry to determine whether a specific decision by an administrator in fact qualifies as an administrative act in terms of the provisions of the PAJA. Although the definition of *administrative action* in section 1 of the PAJA is seriously flawed from a constitutional law perspective, the courts can nevertheless avoid the misidentification of administrative action with such a systematic inquiry.

A court ought to examine, first, whether the person or institution taking the decision is an administrator; second, whether there is an empowering provision to take such administrative action; third, whether the decision is of an administrative nature; and fourth, whether the type of decision can be identified as one of the measures listed by the definition of a *decision*. Finally, it must be inquired whether the decision has a direct, external legal effect. This means that the person for whom the measure is intended must be personally informed about the contents of the decision, and once that has been done the administrative act has the legal effect that becomes binding and enforceable. This is important because a decision can be taken on judicial review only if it in fact qualifies as an administrative act and has become legally binding.

These steps are important to avoid a misidentification of an administrative act as happened in the *Gijima* judgments. *In casu* the courts only checked whether there was an empowering statute to award state contracts in procurement proceedings but did not go on to examine whether the decision in the concrete case was administrative in nature, could be identified as a decision of the kind listed in the definition or had a direct external legal effect to make it legally binding. The offer of a state contract as damages in a breach of contract settlement is not a decision of an administrative nature. The decision is of a contractual nature and falls in the domain of private law. The offering of state contracts as damages also does not fall within

the scope of an administrative definition as foreseen by subsection (a) of the definition of a decision. The offer of the state contract was also not taken in the form of an administrative act, because there was no decision in procurement proceedings that awarded the contract to Gijima. The decision was also not communicated to Gijima in the prescribed form of such an award, which would make the decision legally binding and enforceable. The requirement of a direct, external legal effect was therefore also not met.

It is not clear whether the Supreme Court of Appeal and the Constitutional Court wanted to construe a *failure* to abide by procurement proceedings and take a decision in that context as a legally binding administrative act. The courts did not offer any justification in this regard with a reference to the definition of an administrative act in section 1 of the PAJA. It is a mystery, however, how a non-act with no content communicated to the relevant person could be legally binding and enforceable.

It can have far-reaching repercussions when such confidential agreements should in future be regarded as administrative acts. It would throw the doors wide open for corruption, as the Bosasa scandal that came to light in evidence presented to the Commission of Inquiry into State Capture illustrated.

Keywords: administrative action; award; decision; failure; illegal contract

1. Inleiding

In die *Gijima*-sake het dit kortliks daarvoor gegaan dat die State Information Technology Agency (SITA) 'n staatskontrak met Gijima Holdings gesluit het om inligtingstechnologiesdienste aan die Departement van Verdediging te verskaf sonder dat die voorgeskrewe tenderprosedures van artikel 217 van die Grondwet nagekom is. Dit was deel van 'n skikkingsooreenkoms met die doel om Gijima te vergoed vir 'n ander diensleweringkontrak met die Suid-Afrikaanse Polisiediens (SAPD) wat onregmatig voortydig beëindig is.

Die dispuut het onder meer daarvoor gegaan of die remedies vir onregmatige administratiewe handeling net die draers van die reg op administratiewe geregtigheid toekom en of die betrokke bepalings in die Grondwet en die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000 (PAJA) wyer uitgelê kan word om staatsorgane in te sluit. Die Konstitusionele Hof het gelukkig die dwaalspoor waarop die Hoë Hof en die Hoogste Hof van Appèl was, reggestel. Die tekortkoming van laasgenoemde howe was dat hulle nie die grondwetlike sistematiek van die Handves van Regte gevolg het nie.

Ander aspekte van die dispuut is minder bevredigend opgelos. Daar was taamlieke verwarring of dit gegaan het om 'n onregmatige administratiewe handeling, met ander woorde een wat regtens bindend is en tersyde gestel kan word omdat dit nie regmatig is nie, en of die tweede kontrak eerder 'n onregmatige kontrak was op grond van 'n wanvoorstelling dat voorgeskrewe tenderprosedures nie gevolg hoef te word nie.

Al drie howe was dit eens dat die geheime ooreenkoms waarin 'n staatskontrak as skadevergoeding aangebied is, 'n administratiewe handeling is. Dit kan verreikende gevolge hê as sulke geheime ooreenkomste in die toekoms as administratiewe handeling in die konteks van die toekenning van staatskontrakte beskou word, want dit gooi die deure wyd oop vir korrupsie. Die Bosasa-skandaal wat onlangs aan die lig gekom het tydens die aanhoor van getuienis voor die Kommissie van Ondersoek oor Staatskaping illustreer die enorme dimensie van die gevaar.¹ Korrupsie wat voorgeskrewe prosedures manipuleer of omseil, is reeds endemies.² Die *Gijima*-uitsprake konstrueer nou skynbaar sulke geheime ooreenkomste waar voorgeskrewe prosedures omseil is, as bindende administratiewe handeling wat tersyde gestel kan word weens onregmatigheid.

Hierdie bydrae probeer om die kwessie of 'n administratiewe handeling wel tot stand gekom het in die lig van die definisies van *administratiewe handeling* en *besluit* sistematies te ontleed. Indien daar nie 'n regtens bindende en afdwingbare administratiewe handeling tot stand gekom het nie, kan dit vanselfsprekend nie op geregtelike hersiening geneem word nie. Die howe behoort derhalwe konsekwent te toets of daar 'n magtigende bepaling is om 'n besluit te neem, wie gemagtig is om die besluit te neem, of die tipe besluit in die definisie van 'n "besluit" geïdentifiseer kan word, en of die besluit van 'n administratiewe aard is. Verder moet getoets word of 'n besluit aan die betrokke persoon vir wie dit bestem is, bekend gemaak is om die direkte eksterne regswerking te verseker. Hierdie stappe is baie belangrik om sulke mistastings soos in die geval van *Gijima* te vermy.

2. Die feite van die saak in 'n neutedop

Soos hier bo gesê, het SITA in 2012 'n staatskontrak met Gijima Holdings gesluit om inligtingstechnologiesdienste aan die Departement van Verdediging te verskaf sonder dat tenderprosedures soos voorgeskryf deur artikel 217 van die Grondwet gevolg is. Die doel van hierdie ooreenkoms was om Gijima te vergoed vir 'n ander kontrak vir dienslewering aan die SAPD. Laasgenoemde kontrak is in 2006 aan Gijima toegeken en is in 2012 onregmatig voortydig beëindig.

As gevolg van die kontrakbreuk het Gijima R20 miljoen skade gely en skadevergoeding geëis.³ In 'n geheime skikkingsooreenkoms het SITA toe 'n ander staatskontrak aan Gijima aangebied as skadevergoeding vir die SAPD-kontrak wat onregmatig opgehef is.⁴ SITA het herhaaldelik beweer dat tenderprosedures nie voorgeskryf is vir kontrakte onder R50 miljoen nie. Gijima was deurgaans besorg of SITA wel regmatig optree deur die kontrak te sluit sonder om tenderprosedures te volg en het daarop aangedring dat SITA onvoorwaardelik moet waarborg dat dit alle stappe gedoen het om aan die betrokke regsvoorskrifte vir die toekenning van die staatskontrak te voldoen, dat die kontrak regmatig en geldig is, en dat SITA die diensleweraar sou vergoed vir enige skade indien die waarborg verbreek word.

Die tweede kontrak is 'n paar keer verleng, maar in Mei 2013 het SITA Gijima ingelig dat dit nie die kontrak weer sal verleng nie.⁵ 'n Dispuut het ontstaan oor 'n uitstaande bedrag van R9,5 miljoen wat SITA vir dienslewering aan Gijima geskuld het. SITA het probeer om die kontraktuele verpligting te ontduik met die argument dat die kontrak ongeldig was daar die

voorgeskrewe tenderprosedures kragtens artikel 217 van die Grondwet nie gevolg is nie. Die geskil is vir arbitrasie voorgelê, maar die arbiter het beslis dat hy nie jurisdiksie het om te beslis of die toekenning van die staatskontrak regmatig was nie.

Daarna het SITA die Hoë Hof genader om sy onregmatige besluit om 'n kontrak aan Gijima toe te ken, tersyde te stel. Die applikant het op die ontbrekende legaliteit van die toekenning van die staatskontrak gesteun wat kragtens artikel 172(1) van die Grondwet tersyde gestel moet word.⁶ SITA het geargumenteer dat die kontraksluiting onregmatig was omdat die voorgeskrewe prosedures nie gevolg is nie en dit onversoenbaar is met artikels 2 en 217 en die legaliteitsbeginsel in artikel 1(c) van die Grondwet.⁷ Artikel 1(c) begrond die heerskappy van die reg en vorm deel van die regstaatbeginsel. Artikel 2 bepaal dat die Grondwet die hoogste reg van die land is en dat enige regsvoorskrif of optrede wat daarmee onversoenbaar is, ongeldig is, en dat die verpligtinge wat daardeur opgelê is, nagekom moet word. Artikel 217(1) vereis dat wanneer 'n staatsorgaan "vir goedere of dienste kontrakkeer, moet hy dit doen ooreenkomstig 'n stelsel wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is".

3. Die beslissing van die Hoë Hof

Die hof beslis dat die besluit om 'n staatskontrak vir dienslewering aan die Departement van Verdediging aan Gijima toe te ken en dit te hernu 'n administratiewe handeling is. Gevolglik moet 'n hersieningsaansoek binne 180 dae ingevolge artikel 7(1) van PAJA aan die hof gerig word. SITA het die aansoek om tersydestelling van die onregmatige administratiewe handeling eers na 22 maande gerig en het nie om kondonering aansoek gedoen vir die laat indiening van die hersieningsaansoek nie. Die hof bevind dat daar nie enige grondige rede was vir die laat indiening van die aansoek nie en dat dit nie regverdig sou wees om die kontrak vir dienslewering aan die Departement van Verdediging tersyde te stel nie.⁸

Verskeie punte van kritiek kan teen gevolgtrekkings van die hof geopper word.

3.1 Die draers van die reg op administratiewe geregtigheid

Die hof argumenteer dat die remedie vir regterlike hersiening van 'n administratiewe handeling ingevolge artikel 6 van PAJA ook geld vir die betrokke staatsorgaan.⁹ Artikel 6(1) bepaal: "*Enige persoon* mag verrigtinge instel in 'n hof of tribunaal vir geregtelike hersiening van 'n administratiewe handeling." Die woorde "*enige persoon*" verwys na die draers (begunstigdes) van die reg op administratiewe geregtigheid ingevolge artikel 33(1) van die Grondwet. Dié artikel bepaal: "*Elkeen* het die reg op administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is."

Artikel 33(3)(a) van die Grondwet ken 'n remedie toe aan die draers van die reg om administratiewe handeling wat inbreuk maak op die reg op administratiewe geregtigheid op hersiening te neem. Die grondslag van die remedie is dat 'n bepaalde administratiewe handeling wat iets konkreets in die individuele geval reguleer maar nie regmatig, redelik of prosedureel billik is nie, deur die betrokke persoon aangeveg kan word.

Die draers van die onderskeie regte wat in die Handves van Regte veranker is, verskil van geval tot geval. Die meeste regte geld vir “elkeen”, maar sekere regte kom net burgers of spesifieke kategorieë van persone, soos kinders, of lede van ’n bepaalde kultuur-, geloof- of taalgroep, toe.¹⁰ Die reg op administratiewe geregtigheid wat hier ter sake is, geld ten opsigte van “elkeen”, dus alle natuurlike sowel as regspersone. Artikel 8(4) van die Grondwet maak voorsiening daarvoor dat regte ook geld vir regspersone “in die mate waarin die aard van die regte en die aard daardie regspersoon dit vereis”.¹¹

Die Handves van Regte het twee funksies: Enersyds begrond dit subjektiewe regte van persone as draers van die regte wat hulle teen ongebreidelde staatsmag beskerm (afweerregte), en andersyds reguleer dit die uitoefening van staatsmag vir sover dit die menseregte raak.¹² Artikel 8(1) van die Grondwet voorsien derhalwe dat die fundamentele regte alle staatsorgane bind. Dit lui soos volg: “Die Handves van Regte is van toepassing op die totale reg en bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane.” Dit is losweg geskoei op artikel 1(3) van die Duitse GG. Daar dit om die uitoefening van staatsmag gaan, het ’n mens met ’n vertikale publiekregtelike verhouding te doen.¹³

Artikel 8(1) in samehang met artikel 1(c) wat die oppergesag van die Grondwet en die heerskappy van die reg begrond, vorm kernelemente van die regstaatbeginsel.¹⁴ Die Suid-Afrikaanse Grondwet het ook die idee van ’n beperkingsklousule uit die Duitse staatsreg oorgeneem wat die wetgewer se wetgewende magte inperk sodat daar nie onnodig inbreuk op regte gemaak word nie.¹⁵ By geleentheid het die Duitse staatsregse geleerde Michael Sachs tereg gesê dat die binding van alle staatsorgane aan ’n Handves van Regte en die beperkingklousule die twee belangrikste vernuwings van staatsreg in die 20ste eeu was.¹⁶

As ’n mens dus die sistematiek van die Handves van Regte in gedagte hou, is dit duidelik dat geregtelike hersiening van ’n administratiewe handeling wat inbreuk maak op die regte van ’n natuurlike of regspersoon ingevolge artikel 33(3)(a) van die Grondwet, ’n remedie van die draers van die reg is en nie ’n staatsorgaan toekom nie.

Die hof het egter die woorde “enige persoon” in artikel 6(1) van PAJA letterlik interpreteer sonder om die onderliggende staatsregtelike dogmatiek in ag te neem. Gevolglik kom die hof tot die slotsom dat die term ook die staatsorgaan wat die besluit geneem het, insluit.

3.2 Is ’n skadevergoedingsooreenkoms ’n administratiewe handeling?

Die applikant het geargumenteer dat die sluiting van die kontrak nie ’n administratiewe handeling ingevolge artikel 1 van PAJA is nie, maar dat die “agreement [was] concluded in order to comply with the settlement agreement”. SITA het in die argumentshoofde en in die hof uiteengesit dat die “conclusion of the agreement is not a decision and does not fall under the definition of administrative action contained in section 1 of PAJA”.¹⁷

Die argumente het egter nie die hof oortuig nie.¹⁸ Regter Motojane was van mening dat SITA ’n publieke funksie uitoefen en gemagtig is om openbare fondse vir dienslewering aan die Departement van Verdediging te bestee as agent van die regering ingevolge die Wet op die Staatsinligtingstechnologieagentskap 88 van 1998.¹⁹ Die hof kom tot die slotsom:

It therefore follows that the decision to award and renew the main agreement [die tweede kontrak vir dienslewering aan die Departement van Verdediging] qualifies as an administrative act.²⁰

Om mee te begin: 'n Mens moet die *statutêre magtiging* om sulke administratiewe handeling uit te oefen, onderskei van die *administratiewe handeling* wat ingevolge die wet uitgeoefen word. Die vraag wat hier relevant is, is: Wát word as die administratiewe handeling gekonstrueer? SITA het in 'n privaatregtelike hoedanigheid aan Gijima 'n staatskontrak as skadevergoeding vir kontrakbreuk in 'n skikkingsooreenkoms aangebied. As alternatief kon SITA ook R20 miljoen as skadevergoeding betaal het. Die skikkingsaanbod en die aanvaarding daarvan ingevolge die reëls van kontraktereg kan dus nie as 'n administratiewe handeling ingevolge die magtigende bepaling van die vermelde wet beskou word nie. Die skikkingsaanbod is nie 'n owerheidshandeling wat iets konkreets ingevolge administratiefreg in die individuele geval gereguleer het nie: daar was geen kontrak uitgeskryf wat ingevolge tenderprosedures toegeken is nie. Die besluit was dus nie van 'n administratiewe aard ingevolge die definisie van 'n besluit nie.

Interessant genoeg was die hof dit eens met die partye dat die tenderprosedures wat deur artikel 217 van die Grondwet en die betrokke wetgewing voorgeskryf word, nie gevolg is nie.²¹ By implikasie kon daar geen administratiewe handeling tot stand gekom het nie. SITA het korrek geargumenteer dat dit die tweede ooreenkoms gesluit het as spesifieke prestasie weens kontrakbreuk ingevolge die skikkingsooreenkoms.²²

'n Administratiewe handeling kan tersyde gestel word net indien daar 'n konkrete administratiewe handeling uitgevoer is en dit regtens bindend is. Dit beteken dat 'n besluit wat iets in die individuele geval reguleer of toeken, geneem moet word volgens die toepaslike statutêre voorskrifte en dat die betrokke persoon in die voorgeskrewe vorm oor die inhoud van die besluit ingelig moet word. Eers dan is die administratiewe handeling regtens bindend.²³ Indien so 'n administratiewe handeling om een of ander rede onregmatig, onredelik of prosedureel onregverdig is, kan die betrokke persoon die administratiewe handeling ingevolge artikel 6 van die PAJA op geregtelike hersiening neem.

Die hof het dus SITA se aanbod in die skikkingsooreenkoms om Gijima 'n ander staatskontrak te gee as skadevergoeding vir die kontrakbreuk van die SAPD-kontrak verkeerdelik as administratiewe handeling gepostuleer. Die hof het onder meer op die *Kirland*-beslissing as gesag gesteun. Die feitekonstellasie is egter nie vergelykbaar nie, omdat daar in dié geval regtens bindende administratiewe handeling tot stand gekom het.²⁴ Die waarnemende superintendent-generaal van die Oos-Kaapse Departement van Gesondheid het 'n aansoek van Kirland toegestaan om twee private hospitale te bedryf. Die besluit is geneem weens politieke druk van 'n lid van die Oos-Kaapse uitvoerende raad tydens die afwesigheid van die superintendent-generaal, wat tevore 'n besluit geneem het om die aansoek nie goed te keur nie. Die brief wat op laasgenoemde betrekking gehad het, was egter nog nie onderteken en aan Kirland gestuur nie. Die Departement van Gesondheid het later probeer om die administratiewe handeling waarin die bedryf van die hospitale goedgekeur was, te herroep. In die *Kirland*-saak het dit dus gegaan oor 'n konkrete besluit waarmee toestemming verleen is aan Kirland om private hospitale te bedryf en die inhoud van die besluit is skriftelik aan hom meegedeel. Die tweede besluit, om die toestemming te herroep, is ook skriftelik aan hom meegedeel en kwalifiseer dus as administratiewe handeling. Kirland kon die tweede besluit

op hersiening neem en as onredelik aanveg. Beide administratiewe handeling was regtens bindend omdat daar 'n direkte, eksterne regswerking ingetree het.²⁵ Dit is dus nie vergelykbaar met die versuim om 'n staatskontrak toe te ken ingevolge die voorgeskrewe prosedures nie. Die besluit wat in Gijima se geval geneem is, is in 'n skikkingsaanbod verwoord en was nie in die vorm van 'n administratiewe handeling gegiet nie.

Op grond van hierdie mistasting kom die hof tot die slotsom dat SITA dan ook 'n aksie mag instel vir geregtelike hersiening ingevolge artikel 6 van die PAJA.²⁶

The appropriate legislation to judicially review such decision is s 6 of PAJA – in particular that the decision maker was not authorised to take the decision [s 6 (2) (a) (i)], that a mandatory and material procedure or condition was not complied with [s 6 (1) (b)], and that the action contravenes a law or is not authorised by the empowering provision s 6(2)(f)(i).

Artikel 6(2)(a)(i) van die PAJA bepaal dat 'n administratiewe handeling op hersiening geneem mag word indien die administrateur wat die handeling verrig het, nie deur 'n magtigende bepaling die bevoegdheid verleen is om daardie handeling te verrig nie. Volgens artikel 6(2)(b) kan 'n administratiewe handeling ook aangeveg word indien die administrateur bevooroordeeld was. Artikel 6(2)(f) maak hersiening moontlik op grond van die wederregtelikheid van 'n administratiewe handeling of as die handeling nie deur 'n magtigende bepaling toegelaat word nie.

Soos reeds hier bo uiteengesit, was SITA uiteraard gemagtig om 'n staatskontrak vir dienslewering toe te ken, en dit sou ook regtens bindend gewees het as die inhoud van die besluit in die voorgeskrewe vorm aan Gijima meegedeel is. In daardie geval sou die administratiewe handeling weens een van die gronde van onregmatigheid wat in artikel 6(2) van die PAJA uitgestippel word, tersyde gestel kon word.

Die punt is egter dat die besluit in hierdie geval nie in die vorm van 'n administratiewe handeling gegiet was nie, maar 'n aanbod vir skadeverhoeding in 'n geheime skikkingsooreenkoms vir kontrakbreuk was. SITA het die kontrak onregmatig in 'n privaatregtelike skikkingsooreenkoms toegeken. Op die keper beskou, was die skikkingsooreenkoms op sigself ook wederregtelik, omdat dit op die wanvoorstelling berus het dat SITA nie gebonde is aan tenderprosedures by staatskontrakte vir minder as R50 miljoen nie.

4. Die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl

SITA het die uitspraak in appèl geneem en, eerstens, betwis dat die PAJA toepassing vind as 'n staatsorgaan sy eie administratiewe handeling ongedaan wil maak; tweedens, dat selfs al sou die PAJA wel toepassing vind, die orgaan mag kies of dit die administratiewe handeling ingevolge die PAJA of direk op grond van die legaliteitsbeginsel op hersiening wil neem; en laastens, dat die versuim van 22 maande om die aksie te bring nie onredelik was nie.²⁷ SITA het ook betwis dat die kontraksluiting as administratiewe handeling kwalifiseer “because it

did not adversely affect the rights of any person and did not have a direct, external legal effect”.²⁸

Appèlregter Cachalia het die uitspraak namens ’n eenparige hof gelewer en die appèl van die hand gewys. Sekere aspekte van die uitspraak is ook netelig.

4.1 Hersieningsaansoek van ’n owerheid

Die eerste punt van kritiek betref die uitleg van die begrip *enige persoon* in artikel 6(1) van die PAJA as grondslag vir die argument dat die remedies ook staatsorgane toekom. Die hof argumenteer soos volg:²⁹

It is well established that a decision by a state entity to award a contract for services constitutes administrative action in terms of s 1 of PAJA. Once this is accepted, there is no good reason for immunising administrative decisions taken by the state from review under PAJA. PAJA does not expressly exclude the state and its language carries no such implication. In fact, s 6(1) specifically empowers “[a]ny person” to institute proceedings for the judicial review of administrative action, which suggests that administrative actions taken by the state are included. Furthermore, there does not appear to be any justification for permitting the state, with all the resources at its disposal, not to be subjected to the exacting requirements of PAJA in the way that all other litigants are.

Die Hoogste Hof van Appèl het dus dieselfde fout begaan as die Hoë Hof deur die woorde “enige persoon” nie binne die raamwerk van artikel 33(1) van die Grondwet te kontekstualiseer nie.

4.2 Tipering van die administratiewe handeling

Die hof was baie verwarrend oor wat nou eintlik as administratiewe handeling beskou moet word en het onder meer die volgende stelling gemaak:³⁰

In my view, *the conclusion of the agreement*, whether or not beneficial to Gijima, certainly had the capacity to adversely affect its rights, because it contemplated Gijima's *foregoing its damages claim* under the SAPS agreement in return for rendering IT services to the Defence Department.

Regter Cachalia het duidelik nie onderskei tussen die *toekenning* van die staatskontrak in tenderprosedures ingevolge artikel 217 van die Grondwet en ander toepaslike wetgewing enersyds en die *skikkingssooreenkoms* ingevolge waarvan SITA die tweede kontrak as skadevergoeding aan Gijima aangebied het nie andersyds. Die regte van Gijima in geval van kontrakbreuk word nie deur die remedies kragtens die Handves van Regte nie, maar deur regsmiddele wat in kontraktereg geld, beskerm.³¹

Die toekenning van ’n staatskontrak is ’n voorvereiste om ’n staatskontrak te mag sluit. Dit is weliswaar so dat daar ’n baie eng simbiose bestaan tussen die toekenning ’n staatskontrak (administratiewe handeling) en die privaatregtelike kontrak wat ingevolge die

administratiewe handeling gesluit word. Anders as in die geval van gewone kontrakte tussen privaatspersone, waar daar kontrakvryheid heers, word kontrakvryheid van staatsorgane om staatskontrakte toe te ken deur artikel 217 van die Grondwet beperk. Die Grondwet skryf prosedures voor wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is.

Die staatsorgaan en die tenderwenner is gebonde aan die inhoud waarmee die toekenning (administratiewe handeling) bekend gemaak word. Die inhoud en raamwerk van 'n staatskontrak word dus bestem deur die voorafgaande administratiewe handeling, maar die twee stappe moet duidelik onderskei word. Ten opsigte van die toekenning van die kontrak geld administratiefreg, terwyl kontraktereg geld ten opsigte van die kontrak wat gesluit word. Die simbiose van die kontraktuele terme wat afhang van die inhoud van die administratiewe handeling is onverkenbaar, maar dit beteken nie dat die toepaslike reg deurmekaar geroer mag word nie.

Kontrakbreuk van 'n staatskontrak word steeds op grond van die reëls van kontraktereg beoordeel, en of daar 'n regsgeldige administratiewe handeling tot stand gekom het, word beoordeel aan die hand van administratiefreg. Hierdie beginsel is treffend formuleer in *Cape Metropolitan Council* waar appèlregter Streicher soos volg beslis:³²

The appellant, when it concluded the contract, was, therefore, not acting from a position of superiority or authority by virtue of its being a public authority and, in respect of the cancellation [of the contract], did not by virtue of its being a public authority, find itself in a stronger position, than the position it would have been in, had it been a private institution. When it purported to cancel the contract, it was not performing a public duty or implementing legislation; it was purporting to exercise a contractual right founded on the consensus of the parties, in respect of a commercial contract. In all these circumstances it cannot be said that the appellant was exercising a public power. S 33 of the Constitution is concerned with the public administration acting as an administrative authority exercising public powers, not with the public administration acting as a contracting party from a position no different from what it would have been in, had it been a private individual or institution.

Die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Logbro Properties* is omstrede in sover die hof die *uitskrywing van 'n tender* as 'n kontrak tipeer het.³³ Die KwaZulu-Natalse owerhede wou 'n bepaalde eiendom verkoop vir stadsontwikkeling. Dit het 'n tender uitgeskryf en voorwaardes opgestel vir deelname aan die tenderprosedure. Die KwaZulu-Natalse Hoë Hof het beslis dat die tenderaanbod van 'n uitgeskrewe tender en die voorwaardes vir deelname aan die tenderprosedures 'n kontrak is tussen die persone wat tenders indien en die staatsorgaan wat die uitskrywing gedoen het.³⁴ In plaas van om die denkfout van die hof *a quo* te korrigeer, beslis appèlregter Cameron soos volg:³⁵

Even if the conditions constituted a contract (a finding not in issue before us, and on which I express no opinion), its provisions did not exhaust the province's duties toward the tenderers. *Principles of administrative justice continued to govern that relationship*, and the province in exercising its contractual rights in the tender process was obliged to act lawfully, procedurally and fairly. In consequence, some of its *contractual rights* [die voorwaardes vir deelname] – such as the entitlement to give no reasons – would necessarily yield before its public duties under the Constitution and

any applicable legislation. ... The principles of administrative justice nevertheless framed the *parties' contractual relationship*, and continued in particular to govern the province's exercise of the *rights it derived from the contract*.

Met ander woorde, eers sê die hof dat dit nie 'n mening gaan uitspreek of die voorwaardes wat die owerheid gespesifiseer het vir deelname aan die tenderproses 'n kontrak is nie, omdat dit nie in geskil is nie, maar tipeer dan tog die voorwaardes vir deelname as kontraktuele regte. Die voorwaardes vir mededinging van tenderaars om die toekenning van 'n staatskontrak is nie 'n kontrak nie. Dit is administratiewe reëls wat deur die owerheid opgestel is wat die raamwerk van die administratiewe prosedures vir die toekenning uitstippel. Die staatskontrak kom eers tot stand nadat die toekenning gemaak is. Indien die owerheid, soos hier die geval was, nie gevolg gee aan die reëls vir deelname nie, kan die toekenning vanselfsprekend aangeveg word ingevolge die administratiewe geregtigheidsbepaling op grond van prosedurele onbillikheid. As van die voorwaardes self onbillik is, kan dit ook aangeveg word. Aangesien hierdie obiter diktum net betrekking het op die prosedurele reëls waarop administratiefreg toepassing vind, kan nie afgelei word dat die staatskontrak wat tot stand kom ná die toekenning van 'n tender, onderhewig is aan administratiefreg nie. Die sistematiesing van reg kenteken juis 'n regstaat.³⁶

Ook die argumente van SITA was in vele opsigte verwarrend. Soms is geargumenteer dat daar geen administratiewe handeling tot stand gekom het nie, en dan weer dat die kontraksluiting nie 'n administratiewe handeling kon gewees het nie omdat daar nie 'n nadelige uitwerking op Gijima se reg op administratiewe geregtigheid was nie en daar nie 'n direkte eksterne regswerking was nie.

SITA is sekerlik reg dat die sluiting van 'n kontrak nie 'n administratiewe handeling is nie, maar die begroning daarvoor was nie oortuigend nie. Die totstandkoming van administratiewe handeling al dan nie hang nie daarvan af of dit nadelige of voordelige uitwerking het op regte van persone het nie. Hierdie aspek van die definisie van 'n administratiewe handeling in artikel 1 van die PAJA wat daarvan uitgaan dat alle administratiewe handeling 'n nadelige uitwerking op regte van persone het, is telkens bevraagteken. Appèlregter Nugent merk tereg in *Grey's Marine* op:³⁷

While PAJA's definition purports to restrict administrative action to decisions that, as a fact, "adversely affect the rights of any person", I do not think that literal meaning could have been intended. For administrative action to be characterised by its effect in particular cases (either beneficial or adverse) seems to me to be paradoxical and also finds no support from the construction that has until now been placed on s 33 of the Constitution.

Sowel voordelige (soos die toekenning van 'n staatspension) as nadelige administratiewe handeling (byvoorbeeld 'n onteieningsbevel) word regstens bindend sodra die besluit met 'n bepaalde inhoud aan die betrokke persoon in die voorgeskrewe vorm meegedeel is.

Dit is dalk sinvol om kortliks op die vereiste van 'n direkte eksterne regswerking vir die totstandkoming van 'n administratiewe handeling in te gaan in die lig van die volgende stelling van regter Cachalia:³⁸

[I]t is at times difficult to work out whether the unlawful action complained of qualifies as administrative action. Many of the elements of the definition remain unsettled. One only has to look to the difficulty courts have had in establishing whether the action in question has satisfied the element of having “a direct, external legal effect” to demonstrate the nature of the problem.

Die vereiste van ’n direkte eksterne regswerking is uit die Duitse administratiefreg oorgeneem.³⁹ Elkeen van die drie elemente van hierdie vereiste het ’n spesifieke betekenis:⁴⁰

- Die begrip *direk* verwys daarna dat die persoon op wie die administratiewe handeling betrekking het, *persoonlik* oor die besluit ingelig moet word. Die staatsorgaan kan dus nie die administratiewe handeling via derde partye indirek bekend maak nie.
- Die begrip *ekstern* verwys weer daarna dat die besluit nie bloot intern in ’n staatsdepartement geneem mag word nie, maar dat dit *na buite* (ekstern) bekend gemaak moet word deurdat die persoon vir wie die administratiewe handeling bedoel is, daarvan verwittig moet word. Tot tyd en wyl dit gebeur, het die besluit bloot interne werking. ’n Administratiewe handeling sluit dus nie voorbereidende besluitnemingsprosesse vir die administratiewe handeling in nie. Interne opdragte van hoër beamptes aan hul ondergeskiktes en departementele dissiplinêre maatreëls het ook geen eksterne regswerking nie.
- Die begrip *regswerking* beteken dat sodra die betrokke persoon verwittig is omtrent die inhoud van die administratiewe handeling, dit *regtens bindend* en *afdwingbaar* is. So ’n administratiewe handeling kan geldig of ongeldig wees. Indien dit om een of ander rede ongeldig is, kan dit aangeveg word. Die ongeldige administratiewe handeling bly egter regtens bindend totdat dit óf deur die betrokke owerheid gekorrigeer of herroep word, óf deur ’n hof tersyde gestel word.⁴¹

Ongelukkig is die drie aspekte van hierdie vereiste vir die totstandkoming van ’n bindende administratiewe handeling dikwels in die Suid-Afrikaanse administratiefregtelike teorie verkeerd interpreteer.⁴² Regter Cachalia meen op grond van verwarrende stellings van akademici dat die terme die volgende beteken:⁴³

The phrase “direct, external legal effect” was borrowed from German federal law. The allusion to the word “direct” refers to decisions that are final; the word “external” to those that affect not only the decision-maker but also other parties, and the word “legal” overlaps with the requirements that rights must be affected.

Net die interpretasie van wat die eksterne effek beteken, tref min of meer die kol. In die Duitse reg word egter onderskei tussen die totstandkoming van ’n administratiewe handeling wanneer dit regtens bindend word (regswerking), en die finaliteit van ’n administratiewe handeling, dit wil sê wanneer die tydperk waarbinne interne beroep teen die besluit geopper mag word, afgeloop het en interne beroep en/of regterlike hersiening nie meer moontlik is nie.⁴⁴ Indien ’n defekte administratiewe handeling betyds op hersiening geneem word, word die finaliteit verskuif tot tyd en wyl die interne beroep of regterlike hersiening afgehandel is.

Regter Cachalia sou sekerlik meer omsigtig geargumenteer het as daar in die stadium toe die uitspraak gelewer is, meer duidelikheid geheers het oor wat hierdie vereiste in die definisie

impliseer. Die hof kom egter tot die volgende slotsom op grond van die verwarring dat die aanbod in die skikkingssooreenkoms 'n besluit is wat 'n administratiewe handeling begrond:⁴⁵

There can be no doubt that the decision to *conclude* the agreement met all these requirements. The decision was final; it had the capacity to adversely affect Gijima's rights and those of the Defence Department, which counsel for SITA conceded during his argument.

'n Besluit om 'n *toekening* ["award" in die Engelse teks] te doen – of dit nou welsynshulp, 'n subsidie of 'n staatskontrak is, is om't ewe – kwalifiseer as 'n administratiewe handeling ingevolge subartikel (a) van die definisie van 'n "besluit" in artikel 1 van die PAJA. In hierdie geval was die besluit egter van 'n privaatregtelike aard en nie 'n administratiewe handeling nie.

Waaroor dit eintlik gegaan het in die dispuut, is dat SITA sy kontraktuele verpligtinge ingevolge die tweede kontrak vir dienslewering aan die Departement van Verdediging ook wou ontduik ná die kontrakbreuk van die SAPD-kontrak. Die hof som dit so op:⁴⁶

SITA's true objective in seeking to *nullify its contract* with Gijima was not to vindicate the principle of legality, but one of self-interest: to avoid having to deal with its *payment dispute arising from its breach of contract* through arbitration. The courts cannot countenance such dishonourable conduct, particularly from an organ of state.

Die hof beslis verder:⁴⁷

SITA attempts to explain away the prejudice to Gijima by contending that it has already benefitted from the agreement to the tune of R26 million. That is not the point. Gijima has had to forego a R20 million damages claim in respect of the unlawful termination of its SAPS contract, which is probably no longer enforceable because of prescription. What is more, Gijima had pertinently raised its concerns regarding the efficacy of the procurement process and was entitled to rely on SITA's express warranty regarding the validity of the procurement process. It did so to its prejudice immediately when the contract was concluded. It has since then performed fully under the terms of the agreement, only to be met with a challenge to the lawfulness of the contract 22 months after its conclusion. In the circumstances it would be unfairly prejudicial to Gijima for this court to consider the merits of the dispute, and we decline to do so.

Dit is duidelik uit die bostaande sate dat dit eerder gaan om kontrakbreuk en SITA se wanvoorstelling dat dit nie aan die voorgeskrewe tenderprosedures gebonde is by kontrakte waar die ware of dienslewering onder R50 miljoen is nie.

So 'n mistasting kan egter verreikende gevolge hê, want die hof het toe aangevoer dat aangesien SITA uitdruklik 'n *kontraktuele waarborg* gegee het dat dit aan die voorgeskrewe tenderprosedures voldoen het, Gijima ook 'n "legitimate expectation that SITA would *honour its terms*" het.⁴⁸ By implikasie postuleer die hof dus dat die administratiefregtelike leerstuk van redelike verwagtinge ook vir kontraktereg geld.

Die hof kom verder tot die volgende verrassende slotsom:⁴⁹

The upshot is that SITA cannot avoid the provisions of PAJA. *Its failure to follow a prescribed competitive process therefore brings its administrative decision, in awarding the contract to Gijima, within the scope of s 6(2)(a)(i), s 6(2)(b) and s 6(2)(f)(i) of PAJA.* This is because: it did not have the authority to contract outside of a competitive bidding process to do so; it contravened s 217 of the Constitution and had also failed to comply with a mandatory and material procedure prescribed by law.

Hier word die *versuim* om die voorgeskrewe administratiewe handeling vir die toekenning van 'n staatskontrak te verrig, nou weer as administratiewe handeling gekonstrueer, wat dan onregmatig is, omdat SITA nie die magtiging gehad het om tenderprosedures te omseil nie. Mens moet egter onderskei tussen 'n bindende administratiewe handeling wat aangeveg kan word weens prosedurele onbillikheid en 'n situasie waar daar géén administratiewe handeling tot stand gekom het soos in die geval van Gijima. Die hof het nie die versuim spesifiek begrend met verwysing na die frase “'n versuim om 'n besluit te neem” in die definisie van 'n administratiewe handeling nie. Die hof het ook nie daarop ingegaan hoe 'n versuim ('n ontbrekende administratiewe handeling sonder inhoud) regtens bindend en afdwingbaar kan wees nie.

4.3 *Sperdatum vir die aksie*

Die laaste twispunt het gegaan oor die versuim om die aksie binne 180 dae te bring. SITA het geargumenteer dat dit aansoek gedoen het om die onregmatige kontrak tersyde te stel op grond van die legaliteitsbeginsel (artikel 1(c) van die Grondwet) en dat dit nie gebonde is aan die 180-dae-reël nie.⁵⁰ SITA onderskei dus ook nie duidelik tussen die nietigheid van 'n kontrak op grond van wanvoorstelling en publiekregtelike onregmatigheid nie.

Die hof beslis dat die onnodige uitbreidende aanwending van die legaliteitsbeginsel kragtens artikel 1(c) van die Grondwet hokgeslaan behoort te word. Die kern van die argument was dat die legaliteitsvereiste vir 'n geldige administratiewe handeling in die bepaling van artikel 33 en die PAJA nie omseil kan word deur op die vereiste van regmatigheid van handeling van staatsorgane ingevolge die regstaatbeginsel in artikel 1(c) staat te maak nie. So 'n vergunnende interpretasie van die legaliteitsbeginsel is nie regverdigbaar in die administratiefreg nie.⁵¹ Die hof stel dit so:⁵²

In my view, the proper place for the principle of legality in our law is to act as a safety-net or a measure of last resort when the law allows no other avenues to challenge the unlawful exercise of public power. It cannot be the first port of call or an alternative path to review, when PAJA applies.

Regter Cachalia het die hof *a quo* gevolg en beslis dat aangesien 'n staatsorgaan ook 'n aksie ingevolge artikel 6(1) van PAJA aanhangig kan maak, die 180-dae-reël van artikel 7(1) geld.⁵³ SITA het die aansoek eers na 22 maande gerig en nie om kondonering aansoek gedoen nie. Derhalwe kon die administratiewe handeling nie meer tersyde gestel word nie.⁵⁴ Net soos SITA het die hof ook nie onderskei tussen die nietigheid van 'n kontrak op grond van wanvoorstelling en publiekregtelike onregmatigheid nie.

Die bostaande sitaat maak ook duidelik dat die gevaar bestaan dat die hof die begrip van die *heerskappy van die reg* in artikel 1(c) van die Grondwet wat die regstaatbeginsel begrond, verskraal tot een van die elemente daarvan, naamlik legaliteit. Legaliteit verwys net na regmatigheid.

5. Die uitspraak van die Konstitusionele Hof

SITA het die beslissing dat die legaliteitsroete van artikel 1(c) van die Grondwet nie toepaslik is nie, in die Konstitusionele Hof aangeveg.⁵⁵

5.1 Hersieningsremedie in die PAJA kom net draers van die reg toe

Dit is verblydend dat die Konstitusionele Hof die mistasting ten opsigte van wie aanspraak het op 'n remedie om 'n administratiewe handeling ingevolge artikel 6(1) van die PAJA op geregtelike hersiening te neem, reggestel het. Die hof beslis eenparig dat die begrip *elkeen* in artikel 33(1) van die Grondwet net betrekking het op privaat persone en nie op staatsorgane nie. Die hof stel dit so:⁵⁶

This section [artikel 33(1) van die Grondwet] is primarily concerned with “everyone’s” right to procedurally fair, reasonable and lawful administrative action. Is “everyone” in this section so wide as to extend to the State? We think not. Section 33(3)(b) provides that national legislation, which – in terms of section 33(3) – has to give effect to the section 33 rights, must impose a duty *on the State* to give effect to the rights in section 33(1) and (2). It seems inconsonant that the State can be both the beneficiary of the rights and the bearer of the corresponding obligation that is intended to give effect to the rights. This must, indeed, be an indication that only private persons enjoy rights under section 33.

Die hof tipeer die fundamentele regte as “inalienable entitlements of human beings” en kontrasteer die draers van die reg op administratiewe geregtigheid met die staat as “the bearer of obligations under the section”.⁵⁷ Die hof verwys nie spesifiek na artikel 8(1) van die Grondwet as gesag nie, maar die bostaande sitaat maak duidelik dat die fundamentele regte afweerregte teen onregmatig inbreuk van die staat daarop is.⁵⁸ Die bepaling begrond 'n vertikale publiekregtelike verhouding tussen staatsorgane en die draers van regte.

Artikel 6(1) van die PAJA, so beslis die hof, moet deur die prisma van artikel 33 interpreteer word. Dit beteken dat die staat nie 'n remedie toestaan kragtens artikel 6 om sy eie onregmatige administratiewe handeling op hersiening te neem nie.⁵⁹ Aangesien SITA nie 'n hersieningsaansoek kan rig kragtens artikel 6(1) nie, is die spertyd om die aansoek te bring ingevolge artikel 7 van PAJA dus ook nie van toepassing nie.⁶⁰

5.2 Tersydestelling ingevolge die legaliteitsbeginsel

Die gevolgtrekking dat 'n hersieningsaansoek nie 'n staatsorgaan kragtens artikel 33 van die Grondwet of artikel 6 van PAJA toekom nie, beteken nie dat die applikant nie 'n ander roete kan volg vir die hersiening van sy eie onregmatige besluite nie.⁶¹ Die hof neem die standpunt in dat sulke onregmatige besluite wel tersyde gestel mag word op aansoek kragtens die legaliteitsbeginsel van artikel 1(c) van die Grondwet. Die hof steun op sy vorige beslissings in *Kirland* en *Merafong* dat 'n owerheid nie eenvoudig sy eie onregmatige administratiewe handeling mag ignoreer of herroep nie, maar verplig is om 'n aansoek tot die hof te rig om dit tersyde te stel.⁶²

Die standpunt dat 'n defekte administratiewe handeling deur 'n owerheid nie herroep mag word nie, is egter omstrede.⁶³ Die PAJA maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat sekere kategorieë administratiewe besluite – insluitende toekennings, vasstellings en goedkeurings – herroep mag word.⁶⁴ Dit is juis die sin van hersiening op interne beroep. Artikel 33(c) van die Grondwet verlang dat administratiewe prosesse doeltreffend moet wees. Sonder hierdie opsie sou 'n effektiewe staatsadministrasie haas onmoontlik wees en die howe totaal oorlaai word met onbenullighede wat maklik op 'n administratiewe vlak hanteer kon gewees het. Die probleem is eerder dat die PAJA nie die interne beroep op en die spertyd vir sodanige beroep om die finaliteit van administratiewe handeling te bepaal wanneer dit nie meer gekorrigeer of herroep mag word nie, behoorlik reguleer nie.⁶⁵

5.3 Tipering van die administratiewe handeling

Die uitspraak is egter onbevredigend wat die identifisering van die relevante administratiewe handeling betref. Die volgende sitaat toon dat die Konstitusionele Hof die skikkingsaanbod waar 'n staatskontrak onregmatig as skadevergoeding vir kontrakbreuk aangebied is, met 'n regtens bindende toekenning van 'n staatskontrak as administratiewe handeling verwar het:⁶⁶

Overall, it seems to us that justice and equity dictate that, despite the invalidity of the *award of the DoD agreement*, SITA must not benefit from having given Gijima false assurances and from its own undue delay in instituting proceedings. Gijima may well have performed in terms of the contract, while SITA sat idly by and *only raised the question of the invalidity of the contract* when Gijima instituted arbitration proceedings. In the circumstances, a just and equitable remedy is that the award [eerder: *aanbod* en nie *toekenning* nie] of the contract and the subsequent decisions to extend it be declared invalid, with a rider that the declaration of invalidity must not have the effect of divesting Gijima of rights to which – but for the declaration of invalidity – it might have been entitled.

En elders:⁶⁷

It therefore seems reasonable for this Court to infer that, *in awarding the contract*, SITA acted contrary to the dictates of the Constitution.

Dis goed en wel dat die hof se sin vir geregtigheid geseëvier het, maar die vraag is of die kontrak nie eerder weens wanvoorstelling opgehef moes gewees het nie. Dit wat die hof hier bo aanspreek, is die onetiese gedrag van SITA.

6. Sistematiese toetsing van administratiewe handeling aan die hand van die kriteria in die definisies

Al drie howe in *Gijima* het aangeneem dat daar 'n administratiewe handeling tot stand gekom het sonder om behoorlik te ontleed of die slotsom geregverdig is.

Ingevolge die bepalings van die PAJA moet 'n hof toets of daar 'n magtigende bepaling is om 'n administratiewe handeling te verrig, wie gemagtig is om die besluit te neem, of die tipe besluit in die definisie van 'n "besluit" identifiseer kan word, en of die besluit van 'n administratiewe aard is. Verder moet getoets word of 'n besluit aan die betrokke persoon vir wie dit bestem is, bekend gemaak is om die direkte eksterne regswerking te verseker.

Die Grondwet ken die bevoegdheid om administratiewe handeling te verrig spesifiek aan organe van die uitvoerende gesag toe. Benewens die nasionale en provinsiale uitvoerende gesag mag ook munisipale rade administratiewe handeling verrig.⁶⁸ Hoewel administratiewe handeling die grootste deel van die werk van die uitvoerende gesag uitmaak, is die bevoegdheide van hierdie staatsorgane nie beperk tot die onderneming van administratiewe handeling nie.

Die definisie van 'n administratiewe handeling moet so gekonsipieer word dat dit die essensie van wat 'n administratiewe handeling uitmaak, vasvang, die aard van die bevoegdheid uitstippel en bepaal wie administratiewe handeling mag verrig.⁶⁹ Die statutêre definisie is ongelukkig baie lomp en skep eintlik meer verwarring as duidelikheid.⁷⁰ Artikel 1 van die PAJA definieer 'n "administratiewe handeling" as

enige besluit geneem, of die versuim om 'n besluit te neem, deur –

(a) 'n staatsorgaan, indien –

(i) sodanige staatsorgaan 'n mag uitoefen kragtens die Grondwet of 'n provinsiale grondwet; of

(ii) sodanige staatsorgaan 'n publieke mag uitoefen of 'n publieke funksie vervul kragtens enige wetgewing; of

(b) 'n natuurlike persoon of 'n regspersoon, behalwe 'n staatsorgaan, indien sodanige persoon kragtens 'n magtigende bepaling 'n publieke mag uitoefen of 'n publieke funksie vervul,

wat 'n nadelige uitwerking het op die regte van enige persoon en wat 'n direkte

eksterne regswerking het, maar sluit nie in nie –
(aa) ... (hh) ...

Die grootste punt van kritiek is dat die definisie nie die kernelemente van 'n administratiewe handeling treffend en kompak verwoord nie.⁷¹ Die wetgewer het administratiewe handeling onbeholpe probeer afbaken met 'n uitsluitingsproses. Daar is 'n lang lys van alle moontlike staatsfunksies wat uitgesluit word in subartikels (aa) tot (hh). Hoewel die Grondwet administratiewe handeling primêr as bevoegdheid van die uitvoerende gesag uitstippel en uitdruklik die bevoegdheid om administratiewe handeling te verrig aan munisipale rade toeken, sluit subartikel (cc) van die definisie sulke administratiewe funksies van munisipale rade onverklaarbaar uit.⁷²

Hierdie uitsluitingsproses gooi in beginsel die grondwetlike skeiding van magte oorboord. Indien die funksies van bepaalde staatsorgane nie uitgesluit is nie, impliseer die definisie dat dit outomaties administratiewe handeling is selfs al voorsien die Grondwet nie dat die betrokke staatsorgane die bevoegdheid het om administratiewe handeling te verrig nie.⁷³ Sekere funksies van die uitvoerende gesag wat nie as administratiewe handeling tipeer kan word nie, is misgekyk.⁷⁴ Subartikel (aa) van die definisie sluit talle funksies van die uitvoerende gesag uit wat nie as administratiewe handeling kwalifiseer nie, maar het onder meer nagelaat om artikel 101 te lys. Dit beteken dat alle besluite van die president en ministeriële regulasies nou as administratiewe handeling gekamofleer word. Die magtiging om 'n administratiewe handeling te verrig word in die reël in 'n wet, 'n ministeriële regulasie of munisipale ordonnansies uitgestippel. Ministeriële regulasies is dus 'n bron van magtigende bepalinge (net soos wette) ingevolge waarvan administratiewe handeling verrig kan word.

Artikel 85(2)(a) van die Grondwet ken die bevoegdheid aan die uitvoerende gesag toe om wette te implementeer. Dit omvat sowel die magtiging om ministeriële regulasies ingevolge 'n statutêre magtiging af te kondig as die bevoegdheid om administratiewe handeling ingevolge magtigende bepalinge te verrig. Ministeriële regulasies moet kragtens artikel 101(3) gepromulgeer word om regtens bindend te wees. Regulasies en wette is algemeen geldende regsnorme. Daarteenoor implementeer administratiewe handeling bepaalde maatreëls ingevolge dié algemeen geldende regsnorme in die individuele geval. In teenstelling met wette, regulasies en ordonnansies wat regtens bindend word op grond van promulgering, word administratiewe handeling regtens bindend op grond van die direkte eksterne regswerking.

Die definisie van 'n administratiewe handeling tipeer dit verder bloot vaagweg as 'n "publieke mag". Alle staatsfunksies is egter publiekregtelike magte. Die beskrywing van 'n administratiewe handeling as 'n "publieke mag" kan teruggevoer word na die invloed van Engelse reg op die Suid-Afrikaanse administratiewe reg in die era voor 1994.⁷⁵ Dit skep egter probleme in 'n regstaatlike konteks waar die funksies van staatsorgane deur die Grondwet toegeken en afgebaken word.

Dit is om hierdie redes belangrik dat die definisie van 'n administratiewe handeling aangepas moet word. In plaas van die lang uitsluitingslys moet dit eerder fokus op administratiewe handeling as bevoegdheid van die uitvoerende gesag. Die wetgewer kan hierdie struikelblokke maklik uit die weg ruim deur subartikel (a)(i) te wysig deur dit te koppel aan

bevoegdheids kragtens artikels 85(2)(a), 125(2)(a)–(c), 152 en 156(1), (2) en (5) van die Grondwet. In subartikels (a)(ii) en (b) behoort die term “publieke mag” deur “uitvoerende gesag” vervang te word. Die problematiese en onvoldoende uitsluitingsbepalings in subartikels (aa) tot (hh) kan dan uitgelaat word. Die frase “wat ’n nadelige uitwerking het op die regte van enige persoon” behoort geskrap te word. Die definisie kan ook daarby baat vind indien die wetgewer duidelik sou uitstippel dat dit gaan om die aanwending van algemeen geldende regsnorme in die individuele geval sodat dit duidelik is dat die promulgering van regulasies en ordonnansies nie administratiewe handeling is nie.

Om saam te vat: Net staatsorgane wat deur die Grondwet gemagtig word of entiteite/persone wat wetlik gemagtig is om administratiewe handeling te verrig, mag die funksie uitoefen. Private persone mag by wyse van uitsondering ook administratiewe handeling op ’n ad hoc-basis uitvoer indien ’n wet dit spesifiek magtig. Die algemeenste voorbeeld is werkgewers of finansiële instansies wat statutêr verplig word om namens die belastingowerhede belasting af te trek van salarisse van werknemers of inkomste wat onderhewig aan kapitaalwinstbelasting is en aan die owerhede oor te betaal. Hulle neem net in ’n beperkte omvang owerheidsfunksies waar.⁷⁶

’n “Besluit” word as volg definieer in artikel 1 van die PAJA:

[T]ensy die konteks anders aandui, beteken “besluit” enige besluit van ’n administratiewe aard geneem, voorgestel of vereis, wat ook al die geval mag wees, kragtens ’n magtigende bepaling, insluitende ’n besluit in verband met die –

- (a) gee van ’n bevel of die maak van ’n toekenning of vasstelling, asook die opskorting, herroeping of weiering van ’n bevel, toekenning of vasstelling;
- (b) verlening, uitreiking, opskorting, herroeping of weiering van ’n sertifikaat, direktief, goedkeuring, instemming of toestemming;
- (c) verlening, opskorting, herroeping of weiering van ’n lisensie, magtiging of ander instrument;
- (d) stel van ’n voorwaarde of oplegging van ’n beperking;
- (e) maak van ’n deklarasie of die stel van ’n eis of vereiste;
- (f) terughou van of weiering om ’n saak te lewer; of
- (g) verrigting of weiering om enige daad of aksie van ’n administratiewe aard te verrig, en ’n verwysing na die versuim om ’n besluit te neem, moet dienoreenkomstig uitgelê word.

Hierdie definisie is deels op Australiese administratiefreg geskoei.⁷⁷ Al die besluite wat hier bo gelys word, geld ook in die Duitse administratiefreg as administratiewe handeling, met

die uitsondering dat 'n versuim nie as 'n regtens bindende en afdwingbare administratiewe handeling beskou word nie.

In *New Clicks* maan hoofregter Chaskalson dat sulke bepalings wat aan die reg in ander lande ontleen is, desnieteenstaande deur die howe in die konteks van die Suid-Afrikaanse reg uitgelê moet word.⁷⁸ Die hof stel dit soos volg:⁷⁹

Before leaving this part of the judgment one further comment is necessary. In the academic writings on PAJA reference is made to the fact that certain of its provisions have been borrowed from German and Australian law. PAJA must, however, be interpreted by our courts in the context of our law, and not in the context of the legal systems from which provisions may have been borrowed. In neither of the countries is there a defined constitutional right to just administrative action. Transplanting provisions from such countries into our legal and constitutional framework may produce results different from those obtained in the countries from which they have been taken.

Dit is wel so dat die Duitse Handves van Regte nie 'n spesifieke bepaling het wat administratiewe geregtigheid beskerm nie, maar dit beteken nie dat die Grondwet daarom nie administratiewe geregtigheid beskerm nie. Die kernkomponent van regmatigheid van handeling van die uitvoerende gesag, insluitende administratiewe handeling, is veranker in artikel 20(3)GG. Artikel 19(4) GG bepaal weer dat 'n remedie persone toekom indien owerhede, insluitende die uitvoerende gesag, inbreuk maak op hul regte. Dit sluit prosedurele billikheid van administratiewe handeling in. Die regstaatbeginsel is, soortgelyk aan artikel 1(c) van die Suid-Afrikaanse Grondwet, in die Duitse Grondwet veranker. Die proporsionaliteitsbeginsel wat die redelikheid van administratiewe handeling vereis, is weer in die regstaatbeginsel veranker.⁸⁰ Alle administratiewe handeling moet dus ook aan die vereistes van regmatigheid, redelikheid en prosedurele billikheid kragtens die Duitse Handves van Regte voldoen. Dit is net anders verpak. Daar bestaan dus groot ooreenkomste tussen die Suid-Afrikaanse staatsreg en die Duitse staatsreg ten opsigte van die beskerming van administratiewe geregtigheid.

Regsvergelyking met die Duitse administratiefreg in hierdie konteks kan wel sinvol wees soos die verwarring oor die interpretasie van die begrip *direkte eksterne regswerking* illustreer. Artikel 39(1)(c) van die Grondwet laat regsvergelyking om die Handves van Regte uit te lê, uitdruklik toe. Wat belangrik is, is dat 'n uitleg van bepalings werklik die bewoording ernstig neem en ooreenkomstig die regstaatbeginsel interpreteer. 'n Mens moet dus versigtig wees met regsvergelyking van Engelse en Australiese administratiefreg, omdat die regstaatbeginsel en die proporsionaliteitsbeginsel nie daar geld nie (of net in beperkte mate geld). 'n Tipiese voorbeeld waar dinge skeefgeloop het, is die herinvoering van die *Wednesbury*-beginsel uit die Engelse gemenerereg wat die redelikeheidsvereiste in artikel 33(1) wat op die proporsionaliteitsbeginsel gebaseer is, weer verwater het.⁸¹

Indien die howe sistematies getoets het of die geheime skikkingsooreenkoms kwalifiseer as 'n administratiewe handeling, sou die resultaat waarskynlik heel anders gewees het. Vyf kernvrae wat die howe moes ondersoek het, word vervolgens behandel.

(i) *Wie het die bevoegdheid om die administratiewe handeling te verrig?*

Subartikels (a) en (b) van die definisie van 'n administratiewe handeling voorsien dat owerhede of privaatpersone aan wie die bevoegdheid verleen is om bepaalde administratiewe handelinge te verrig, daarvoor kwalifiseer. SITA kwalifiseer eenduidig as 'n staatsorgaan ingevolge subartikel (a)(ii) van die definisie.

(ii) *Is die besluit ingevolge 'n magtigende bepaling geneem?*

Die magtiging om 'n administratiewe handeling te verrig, word in die reël in 'n wet, 'n ministeriële regulasie of munisipale ordonnansie uitgestippel. In die onderhawige geval het die Hoë Hof die Wet op die Staatsinligtingstegnologieagentskap wat SITA magtig om openbare fondse vir inligtingstegnologie vir dienslewering aan staatsdepartemente te bestee, as die magtigende bepaling geïdentifiseer. Al die howe het ook na artikel 217 van die Grondwet verwys wat kontrakvryheid van owerhede ten opsigte van die sluiting van staatskontrakte beperk. Nie een van die howe het egter die volgende stap gedoen en getoets of die besluit wat geneem is, ingevolge die bepalings van bogenoemde wet geneem is nie. Die skadevergoedingsaanbod is kragtens die privaatreg gemaak, nie ingevolge hierdie wet nie.

(iii) *Is die betrokke besluit een van die tipes besluite wat in die definisie van 'n besluit gelys is?*

In die onderhawige geval het *besluit* nie 'n sertifikaat, lisensie, magtiging, beperking, eis of vereiste of die terughouding of lewering van 'n saak behels nie. Daar is aangeneem dat dit om 'n toekenning van 'n staatskontrak gaan wat gedek sou wees deur subartikel (a) van die definisie van 'n besluit.

Die vraag is egter of daar wel 'n toekenning van 'n staatskontrak was. Met ander woorde, was daar 'n uitskrywing van die tender, het verskillende partye mededingend 'n aanbod ingedien, en het die owerheid 'n besluit geneem oor aan wie die staatskontrak toegeken word?

Die Konstitusionele Hof maak die volgende stelling:⁸²

It was not in dispute that the award of the DoD agreement by SITA was not pursuant to a competitive bidding process. Neither party produced evidence to show that, despite not following a competitive process, the process followed complied with the relevant public procurement prescripts. Section 217 of the Constitution insists on a system of public procurement that complies with certain factors. It provides that “[w]hen an organ of state ... contracts for goods or services, it must do so in accordance with a system which is fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective.

Dit is dus nie duidelik hoe die hof tot die gevolgtrekking kon kom dat daar 'n administratiefregtelike toekenning gemaak is nie. Die besluit was 'n skadevergoedingsaanbod in 'n privaatregtelike skikkingssooreenkoms en dit word nie deur die definisie van 'n *besluit* in artikel 1 van die PAJA gedek nie

(iv) *Is die besluit van 'n administratiewe aard?*

Volgens die heersende mening is die doel van die frase “van 'n administratiewe aard” in die definisie van 'n *besluit* om administratiewe besluite af te baken van besluite in die sfeer van privaatreë.⁸³ 'n Mens kan byvoeg dat dit ook poog om administratiewe handeling af te baken van ander funksies van die uitvoerende gesag en funksies van ander staatsorgane of entiteite wat nie gemagtig is om administratiewe handeling te verrig nie.

Om 'n besluit as administratiewe handeling te onderskei van ander owerheidshandeling of waar die staat in 'n privaatreëlike hoedanigheid optree, kan dit nuttig wees om te kyk wat die doel van 'n maatreeël is. 'n Kenmerk van 'n administratiewe handeling is dat dit iets in die individuele geval reguleer. Die doel van 'n maatreeël kan wees om orde te skep (soos om openbare veiligheid te verseker, om deelname aan die ekonomie of bebouing te reguleer), 'n regstatus te bevestig (byvoorbeeld die toekenning van burgerskap, uitreiking van paspoorte of identiteitsdokumente), die invordering van heffings (soos belasting en doeane en aksyns), die verlening van staats hulp (byvoorbeeld die toekenning van subsidies en maatskaplike toelaes), om kontrole uit te oefen (soos gesondheidsinspeksies van fabriek of eetplekke), en dies meer.⁸⁴

As 'n mens dit in gedagte hou, is dit duidelik dat 'n skadevergoedingsaanbod ingevolge 'n privaatreëlike skikkingsooreenkoms nie 'n regulerende karakter in die individuele geval kragtens die administratiewe reg het nie. 'n Administratiewe handeling gaan om die uitoefening van staatsmag in 'n vertikale publiekregtelike verhouding, terwyl die reëls van kontraktereg toepassing vind ten opsigte van kontrakbreuk waar die partye in 'n horisontale privaatreëlike regsverhouding optree. In hierdie geval het SITA in 'n privaatreëlike hoedanigheid opgetree en nie in 'n owerheidshoedanigheid nie.

Dit kan ook nuttig wees om te kyk of die owerheidsorgaan op eie inisiatief 'n besluit geneem het of op aansoek. Lisensies, identiteitsdokumente, permitte en toekennings word gewoonlik op aansoek uitgereik. In ander gevalle, soos by verkeersoortredings of higiëne-inspeksies van openbare eetplekke, neem die owerheid gewoonlik self die inisiatief.

Die Konstitusionele Hof het nie na die beslissing in *Bhugwan v JSE Ltd* verwys nie, maar dit kon nuttig te pas gekom het.⁸⁵ In daardie saak het 'n omstrede aandelemakelaar aandeel uitgeneem in 'n maatskappy, maar dit was onderhewig aan die voorwaarde dat hy goedkeuring sou kry van die Johannesburgse Effektebeurs (JEB) dat hy geskik is om 'n direkteur van die maatskappy te wees. Die vereistes om as sodanig te kwalifiseer word deur die Equity Rules van die JEB bepaal.⁸⁶ Die sekretaris van die JEB het 'n e-pos aan die betrokke maatskappy gestuur met die volgende bewoording: “The JSE has information at its disposal which *indicates* that Mr. Kamal Bhugwan does not comply with the criteria of good character and high business integrity as the JSE deems fit.”⁸⁷ Die JEB het egter geen bevinding gemaak nie.⁸⁸ Die dispuut het daarvoor gegaan of die e-pos as 'n besluit beskou kon word ingevolge die definisies in artikel 1 van die PAJA. Claassen R het beslis dat dit nie die geval is nie. Volgens die toepaslike reëls moes Bhugwan eers 'n formele aansoek rig om as geskik gekeur te word voordat so 'n besluit geneem kon word, en dit was nie die geval nie.⁸⁹

Die toekenning van staatskontrakte vind ook op aansoek plaas. 'n Tender word uitgeskryf en dan doen persone aansoek om die staatskontrak deur 'n mededingende aanbod in te dien. As die hof hierdie vraag gestel het, sou dit duidelik gewees het dat Gijima nie aansoek gedoen het om die tweede staatskontrak nie. Gijima het geen aanbod ingedien wat deur die owerheid oorweeg is vir 'n toekenning van 'n staatskontrak nie.

(v) *Het die administratiewe handeling direkte eksterne regswerking?*

'n Administratiewe handeling word gekenmerk deur 'n direkte eksterne regswerking wat dit regtens bindend en afdwingbaar maak. Dit impliseer dat die besluit in die voorgeskrewe formaat aan die persoon vir wie dit bedoel is, bekend gemaak moet word.

Dit is nie duidelik of dit wel die bedoeling van die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof was om die *versuim* om die voorgeskrewe tenderprosedures te volg as 'n administratiewe handeling te tipeer nie. Die hof het nie spesifiek na 'n versuim soos geformuleer in die definisie van 'n administratiewe handeling verwys om die versuim as bindende administratiewe handeling te probeer begrond nie. Die Konstitusionele Hof het dus 'n gulde geleentheid laat verbygaan om die houdbaarheid van die statutêre definisie van 'n "administratiewe handeling" wat "die versuim om 'n besluit te neem" insluit, te toets.

'n Versuim om 'n besluit te neem kan nie aan 'n regtens bindende besluit met 'n bepaalde inhoud gelykgestel word nie. Dit is 'n *contradictio in terminis* dat 'n versuim (niehandeling) 'n direkte eksterne regseffek kan hê. So 'n versuim beteken dat geen administratiewe handeling met 'n bepaalde inhoud verrig is en ook nie aan die persoon op wie dit betrekking het, bekend gemaak is nie. Hoe so 'n versuim dan regtens bindend en afdwingbaar kan wees, is 'n raaisel.

Dieselfde gebrek aan logika blyk ook uit die definisie van 'n besluit in paragraaf (g) waar dit verwys na "die versuim om 'n besluit te neem". Hoe so 'n versuim geregtelik hersien en tersyde gestel kan word ingevolge artikel 6(2)(g) van die PAJA is eweneens onverklaarbaar.

Dit spreek vanself dat 'n remedie 'n persoon toekom as die owerheid versuim om 'n administratiewe handeling te verrig. Die toepaslike remedie is 'n interdik wat die owerheid verplig om 'n besluit te neem.

In die geval van Gijima was daar nie 'n toekenning van 'n staatskontrak in die voorgeskrewe formaat wat dit as administratiewe handeling kwalifiseer nie. 'n Mens kan dus nie sê dat daar 'n bindende administratiewe handeling is wat onregmatig is nie. Dit gaan dus nie, soos die hof voorgegee het, om 'n bindende maar defekte administratiewe handeling wat tersyde gestel kan word omdat dit onregmatig, onregverdig of prosedureel onbillik was nie.

Om dus saam te vat: Indien die hof konsekwent sou getoets het of die besluit wat Gijima geneem het aan al hierdie vereistes voldoen, sou die resultaat solied begrond kon gewees het.

7. Slotsom

Die *Gijima*-uitsprake is tekenend van die noodsaaklikheid daarvan dat die hof die kriteria vir 'n regsgeldige administratiewe handeling wat in die definisies van 'n administratiewe handeling en 'n besluit neergelê is, konsekwent moet toepas om mistastings ten opsigte van die tipering van 'n administratiewe handeling te vermy.

Die gewysdes wys ook hoe onsinnig die definisies is om die versuim om 'n administratiewe handeling te verrig as 'n administratiewe handeling te tipeer omdat dit nie regtens bindend en afdwingbaar nie.

Die tekortkominge van die statutêre definisie van 'n administratiewe handeling is legio en bemoeilik toenemend die werk van regslui. Dit is hoog tyd dat die wetgewer ingryp om die definisies op een lyn met die Grondwet te bring en die staatsadministrasie meer effektief te reguleer.

Bibliografie

Arthurs, H.W. 1979. Rethinking administrative law: A slightly Dicey business. *Osgoode Hall Law Journal*, 17(1):1-45

Blaau[w], L. 1990. The Rechtsstaat idea compared with the rule of law as a paradigm for protecting rights. *South African Law Journal*, 107(1):79-96.

Blaauw-Wolf, L. 1999. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwegung* – a comparative analysis. *SA Public Law*, 14(1):178-214.

Blaauw-Wolf, L. en J. Wolf. 1996. A comparison between German and South African limitation provisions. *South African Law Journal*, 113(2):267-96.

Boonzaier, L. 2015. Good reviews, bad actors: The Constitutional Court’s procedural drama. *Constitutional Court Review*, 7:1-26.

—. 2018. A decision to undo. *South African Law Journal*. 135(4):642-77.

Currie, I. en J. de Waal. 2015. *The Bill of Rights Handbook*. 6de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Currie, I. en J. Klaaren. 2001. *The Promotion of Administrative Justice Act Benchbook*. Kaapstad: Siber Ink.

- De Beer, M.N. 2018. The new role for the principle of legality in administrative law: State Information Technology Agency SOC Ltd v Gijima Holdings (Pty) Ltd. *South African Law Journal*, 135(4):613-30.
- De Ville, J. 2005. *Judicial review of administrative action in South Africa*. Durban: LexisNexis Butterworths.
- De Waal, J. 1995. A comparative analysis of the provisions of German origin in the interim bill of rights. *South African Journal on Human Rights*, 11(1):1–29.
- Du Plessis, M. en A. Coutsoodis. 2016. Considering corruption through the *AllPay* lens: On the limits of judicial review, strengthening accountability, and the long arm of the law. *South African Law Journal*, 133(4):755–87.
- Haffajee, F. 2019. Bosasa will score R415-million from the state this year. *Daily Maverick*. 1 Februarie 2019, beskikbaar onder <https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2019-01-30-eskoms-risk-to-the-economy-can-be-mitigated-with-a-focus-on-renewables>.
- Hesse, K. 1993. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19de uitgawe. Heidelberg: Verlag C.F. Müller
- Hoexter, C. 2006. “Administrative action” in the courts. *Acta Juridica*, 03–24.
- . 2012. *Administrative law in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Künnecke, M. 2007. *Tradition and change in administrative law: An Anglo-German Comparison*. Berlin Heidelberg: Springer
- Maurer, H. 2006. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 16de uitgawe. München: Verlag C H Beck.
- Lange, C. 2002. *Unreasonableness as a ground of judicial review in South Africa – Constitutional challenges for South Africa’s administrative law*. Baden-Baden: Nomos.
- Pfaff, R. en H. Schneider. 2001. The Protection of Administrative Justice Act from a German perspective. *South African Journal on Human Rights*, 17(1):59–86.
- Quinot, G. 2013. Die reg se oënskynlike onvermoë om korrupsie in staatskontraktering hok te slaan. *Litnet Akademies*, 10(1):215–48.
- Quintal, G. 2019. Bosasa spent up to R6m a month on bribes, says former COO Angelo Agrizzi. *Business Day*. 16 Januarie 2019, beskikbaar onder <https://www.businesslive.co.za/bd/national/2019-01-16-bosasa-spent-up-to--r6m-a-month-on-bribes-says-angelo-agrizzi>.
- Sachs, M. 2009. *Grundgesetz Kommentar*. 5de uitgawe. München: Verlag C.H. Beck.

Schwartz, B. 1954. *French administrative law and the common-law world*. New York: New York University Press.

Thoma, R. 1910. Rechtsstaatidee und Verwaltungsrecht-Wissenschaft. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. 196–218.

Umraw, A. 2019. R250m Bosasa contract was ‘money for doing nothing’, says Dennis Bloem. *Business Day*. 1 February 2019, beskikbaar onder <https://www.businesslive.co.za/bd/national/2019-02-01-r250m-bosasa-contract-was-money-for-doing-nothing-says-dennis-bloem/>

Venter, F. 1985. *Die publiekregtelike verhouding*. Durban: Butterworth.

Wolf, L. 2017. In search of a definition for administrative action. *South African Journal on Human Rights*, beskikbaar onder <http://dx.doi.org/10.1080/02587203.2017.1356627>. Die aanlyn publikasie word siteer. In die gedrukte uitgawe verskyn die publikasie in die 2017(2):314–34.

—. 2018. Implications of the direct, external legal effect of administrative action for its purported validity. *South African Law Journal*, 135(4):678–707.

Eindnotas

¹ Quintal (2019); Umraw (2019); Haffajee (2019).

² Sien Quinot (2013); Du Plessis en Coutsoodis (2016).

³ *State Information Technology Agency SOC Ltd v Gijima Holdings (Pty) Ltd* [2015] ZAGPHC 1079 parr. 6–7 (hierna *SITA v Gijima HH*).

⁴ *SITA v Gijima HH* par. 8.

⁵ *SITA v Gijima HH* par. 7.

⁶ *SITA v Gijima HH* par. 27.

⁷ *SITA v Gijima HH* parr. 2–10; *State Information Technology Agency SOC Ltd v Gijima Holdings (Pty) Ltd* [2017] ZACC 40 parr. 3–16 (hierna *SITA v Gijima KH*).

⁸ *SITA v Gijima HH* parr. 19–26.

⁹ *SITA v Gijima HH* parr. 19, 26.

¹⁰ Die politieke regte geld net vir burgers (artt. 19–21). Art. 28 lys regte van kinders terwyl artt. 30 en 31 regte van bepaalde groepe lys.

¹¹ Hierdie bepaling is geskoei op art. 19(3) van die Duitse Grondwet (*Grundgesetz*, afgekort as *GG*) van 1949.

¹² Hesse (1993:124–5) het dit as ’n negatiewe bestemming van kompetensies (*negative Kompetenzbestimmung*) beskryf; sien ook Blaauw-Wolf en Wolf (1996:270).

¹³ Sien Venter (1985) m.b.t. die publiekregtelike verhouding.

¹⁴ Oor wat die regstaatbeginsel behels, sien Blaau[w] (1990).

¹⁵ Art. 19(1) en (2) *GG* omvat die Duitse beperkingsklousule. Sien Blaauw-Wolf (1999:179, 199–201, 207–11); De Waal (1995).

¹⁶ Sachs (2009:102–3).

¹⁷ *SITA v Gijima HH* par. 16.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *SITA v Gijima HH* par. 18.

²⁰ *SITA v Gijima HH* par. 19.

²¹ *Ibid.*

²² Daar was nie ’n hofbevel vir spesifieke prestasie nie omdat die partye geskik het. *SITA v Gijima HH* par. 8.

²³ Wolf (2018:678 e.v.)

²⁴ *SITA v Gijima HH* par. 17 met verwysing na *MEC for Health v Kirland Investments* 2014 3 SA 481 (KH) par. 96 (hierna *Kirland*).

²⁵ Vir ’n bespreking van die *Kirland*-saak, sien Wolf (2018:698-700).

²⁶ *SITA v Gijima HH* par. 19.

²⁷ *Information Technology Agency Soc Ltd v Gijima Holdings Pty Ltd* 2017 2 SA 63 (HHA) par. 2 (hierna *SITA v Gijima HHA*).

²⁸ *SITA v Gijima HHA* par. 17.

²⁹ *SITA v Gijima HHA* par. 16.

³⁰ *SITA v Gijima HHA* par. 19 (my kursivering).

³¹ Die benadeelde party het normaalweg 'n aantal regsmiddele beskikbaar in gevalle van kontrakbreuk, nl. 'n bevel wat die oortreder aansê om spesifieke prestasie te lewer, 'n toekenning van skadevergoeding wat hom in 'n posisie plaas soortgelyk aan dié waarin hy sou gewees het indien die oortreder behoorlik presteer het, of kansellasië van die ooreenkoms.

³² In *Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape CC* 2001 3 SA 1013 (HHA) par. 18.

³³ *Logbro Properties CC v Bedderson NO* [2002] ZASCA (hierna Logbro).

³⁴ *Logbro* par. 6.

³⁵ *Logbro* parr. 7–8 (my kursivering).

³⁶ Sien Blaauw (1990:80) met verwysing na Thoma (1910:214).

³⁷ *Grey's Marine Hout Bay (Pty) Ltd v Minister of Public Works* 2005 6 SA 313 (HHA) par. 23.

³⁸ *SITA v Gijima HHA* par. 35.

³⁹ Vir 'n bespreking, sien Wolf (2018:679–86).

⁴⁰ Wolf (2017:9–11).

⁴¹ Wolf (2018:682–6).

⁴² Sien die kritiese analise van Wolf (2017:19–20) en Wolf (2018:686–8) met verwysing na verwarrende stellings in Pfaff en Schneider (2001:71–2) wat gelei het tot verkeerde aannames in Hoexter (2012:227–34). Cahalia AR het weer op Hoexter gesteun – sien *SITA v Gijima HHA* parr. 20, 35–6.

⁴³ *SITA v Gijima HHA* par. 20.

⁴⁴ Wolf (2018:682).

⁴⁵ *SITA v Gijima HHA* par. 20 (my kursivering).

⁴⁶ *SITA v Gijima HHA* par. 39 (my kursivering).

⁴⁷ *SITA v Gijima HHA* par. 43.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *SITA v Gijima HHA* par. 21 (my kursivering).

⁵⁰ *SITA v Gijima HHA* par. 27.

⁵¹ *SITA v Gijima HHA* parr. 34–7.

⁵² *SITA v Gijima HHA* par. 38.

⁵³ *SITA v Gijima HHA* parr. 30–3.

⁵⁴ *SITA v Gijima HHA* par. 26.

⁵⁵ *SITA v Gijima KH* par. 1.

⁵⁶ *SITA v Gijima KH* par. 27.

⁵⁷ *SITA v Gijima KH* parr. 20–6, 29.

⁵⁸ Sien in dié verband Currie en De Waal (2015:34–5).

⁵⁹ *SITA v Gijima KH* parr. 30–2.

⁶⁰ *SITA v Gijima KH* parr. 33–5.

⁶¹ *SITA v Gijima KH* parr. 37–8 verwys na die HHA se uitspraak, par. 36.

⁶² *Kirland* parr. 89, 103, 105; *Merafong City Local Municipality v AngloGold Ashanti Limited* 2017 2 SA 211 (KH) par. 41.

⁶³ Vir ’n kritiese betragting, sien Boonzaier (2018); Boonzaier (2015:3–4); Wolf (2018:700); De Beer (2018:623).

⁶⁴ Subart. (a), (b) en (c) van die definisie van ’n “besluit” in art. 1 van die PAJA maak uitdruklik voorsiening vir die herroeping van spesifieke tipes administratiewe handeling.

⁶⁵ Wolf (2018:704).

⁶⁶ *SITA v Gijima KH* par. 54 (my kursivering).

⁶⁷ *SITA v Gijima KH* par. 41 (my kursivering).

⁶⁸ Artt. 85(2)(a), 125(2)(a)-(c), 152 en 156(1), (2) en (5) van die Grondwet.

⁶⁹ Wolf (2017:6–2) verwys na die definisie van *administratiewe handeling* soos dit in die Duitse reg uitkristalliseer het, wat gevul is met positiewe inhoud en die administratiewe handeling duidelik afbaken van ander staatsfunksies in die publiekreg.

⁷⁰ Hoexter (2006:303) beskryf die definisie as “parsimonious, unnecessarily complicated and probably as unfriendly to users as it is possible to be”. Wakwa-Mandlana en Plasket (2005:104) spreek ook die mening uit dat die definisie “unduly complex and convoluted [is] and therefore tends to obscure rather than clarify what it purports to define”.

⁷¹ Wolf (2017:17–9).

⁷² Subart. (cc) moes eerder gelui het: “die uitvoerende magte en funksies van ’n munisipale raad uitgeslote die funksies kragtens 152 en 156(1), (2) en (5) van die Grondwet”.

⁷³ Die Grondwet ken bv. nie die bevoegdheid om administratiewe handeling te verrig aan Hoofstuk 9-instansies toe nie, maar hul funksies is nie per definisie uitgesluit nie. Hul primêre funksies het egter niks te doen met besluite waar iets in die individuele geval geregleer en regtens bindend en afdwingbaar is binne die raamwerk van die uitvoerende gesag nie. Dit sou iets anders wees as die wetgewer in magtigende wetgewing voorsiening maak daarvoor dat die een of ander van hulle in bepaalde omstandighede ook seker administratiewe handeling mag verrig.

⁷⁴ Subart. (aa) van die definisie sluit bv. ook talle funksies van die uitvoerende gesag uit wat nie as administratiewe handeling kwalifiseer nie, maar het bv. nagelaat om art. 101 te lys. Dit beteken dat ministeriële regulasies wat ’n bron (net soos wette) is van magtigende bepalinge ingevolge waarvan administratiewe handeling verrig mag word, in die definisie nou as administratiewe handeling gekamoufler word. Regulasies en wette is algemeen geldende regsnorme wat gepromulgeer word. Dit is nie maatreëls om iets in die individuele geval te reguleer en waar die administratiewe handeling op grond van die direkte eksterne regswerking bindend word nie.

⁷⁵ Weens die aard van die Westminster-stelsel as ongeskrewe grondwet met sy *Grundnorm* van parlementêre soewereiniteit het die publiekreg kasuïsties ontwikkel. Die ongeregverdigde voorbehoude t.o.v. die sistematiesing van die publiekreg, en spesifiek die administratiefreg in Frankryk en Duitsland, het tot gevolg gehad dat administratiefreg lank onderontwikkeld gebly het en meestal net vaagweg met staatsadministrasie assosieer is. Vir ’n kritiese betragting van hierdie sienswyse sien Künnecke (2007:1–17); Schwartz (1954); Arthurs (1979). In *Ridge v Baldwin* 1964 AC 40, 72 het lord Reid die volgende stelling gemaak: “We do not have a developed system of administrative law – perhaps because until fairly recently we did not need it.” Daarteenoor het die regstaatbeginsel wat in kontinentaal-Europese lande ontwikkel is, ’n sistematiesing van publiekreg volgens die onderskeie funksies van staatsorgane tot gevolg gehad. Die nasleep van die invloed van Engelse reg is egter nog steeds alomteenwoordig, hoewel Suid-Afrika met die Grondwet (en interim-Grondwet) ’n

regstaat geskep het. Die Konstitusionele Hof se uitspraak in *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union* 2000 1 SA 1 (KH) par. 141 (vgl. parr. 141–3) is ’n vb. waar die hof in ’n poging om ’n administratiewe handeling te omskryf o.m. beweer dat selfs die wetgewer of regters “may from time to time carry out administrative tasks”. Die alledaagse bestuur van die parlement of die regbank kan egter nie as administratiewe handeling beskou word nie, omdat dit nie iets ingevolge ’n wet of ’n regulasie in die individuele geval reguleer nie en ook nie ’n direkte eksterne regseffek het nie. Die PAJA-definisie het so ’n uitbreidende interpretasie van ’n administratiewe handeling wat funksies van die regbank en parlement insluit probeer hokslaan in paragrawe (dd) en (ee), maar het ongelukkig die veels te wye begrip van ’n “publieke mag” behou.

⁷⁶ In die Duitse administratiefreg word na sulke private entiteite wat statutêr betrek word om uitvoerende funksies van die staat op ’n ad hoc-basis uit te oefen, as “Beliehe” verwys. ’n Moderne staat kom kwalik sonder sulke hulp uit. Die staat word ook aanspreeklik gehou vir onregmatige administratiewe handeling van sulke persone of entiteite op dieselfde wyse as staatsorgane. Sien Maurer (2006:617–9).

⁷⁷ Hoexter (2007:187) verwys daarna dat die definisie deels op ’n definisie in die Administrative Decisions (Judicial Review) Act van 1977 van Australië geskoei is.

⁷⁸ *Minister of Health v New Clicks South Africa (Pty) Ltd* 2006 3 SA 311 (KH) (hierna *New Clicks*).

⁷⁹ *New Clicks* par. 142.

⁸⁰ Die Duitse Federale Administratiewe Hooggeregshof het die aanwending van die proporsionaliteitsbeginsel begrond op die regstaatbeginsel in BVerwGE 45, 51 (59 e.v.).

⁸¹ *Bel Porto v Premier, Western Cape* 2002 3 SA 265 (KH) per hoofregter Chaskalson. Vir ’n kritiese betragting oor die verwatering van die redelikheidsbeginsel, sien Lange (2002:7, 18–20, 68). Dieselfde het ook gebeur met die uitbreidende uitleg van administratiewe handeling om alle publieke mag in te sluit – sien eindn. 75 hier bo.

⁸² *SITA v Gijima KH* par. 41.

⁸³ De Ville (2005:40); Currie en Klaaren (2001, par. 2.12).

⁸⁴ Wolf (2017:8, 10).

⁸⁵ 2010 3 SA 335 (GSJ) (hierna *Bhugwan*).

⁸⁶ Dit was nie ter sprake of so ’n besluit van ’n administratiewe aard was en ingevolge watter magtigende bepalings die JEB in sulke gevalle handel nie. Die JEB is ’n private regspersoon, maar oefen klaarblyklik sekere owerheidsfunksies uit ter kontrole van etiese standaarde vir toelating tot en handel aan die beurs ingevolge magte verleen deur die Wet op Finansiële Markte 19 van 2012. Die JBE is ook onderhewig aan kontrole deur die Finansiële

Diensteraad. Sulke besluite sou wel van 'n administratiewe aard wees en sal in die kategorie (b) van die definisie van 'n administratiewe handeling val. Die hof het egter nie daarop uitgebrei of die administratiewe handeling begrond nie.

⁸⁷ *Bhugwan* par. 21.

⁸⁸ *Bhugwan* parr. 14–25.

⁸⁹ *Bhugwan* parr. 26–33.