



Entscheid vom 9. November 2001

079-2001-003 / Flawil: Alex Brunner, Wetzikon; Anzeige an die Aufsichtsbehörde betreffend öffentliches Beschaffungswesen

Sachverhalt

A. a) Mit Beschluss vom 16. Mai 2000 nahm der Gemeinderat Flawil Kenntnis von einem Konzeptentwurf der Druckerei Flawil AG, Flawil, für die Neugestaltung des "Bezirksanzeigers" als Mitteilungsblatt der Politischen Gemeinden Brunnadern, Degersheim, Mogelsberg und Flawil, das aufgrund von Verhandlungen mit den Politischen Gemeinden Brunnadern, Degersheim und Mogelsberg ausgearbeitet wurde. Die Druckerei Flawil AG wurde eingeladen, Idee und Konzept an einer Gemeinderatssitzung zu präsentieren.

b) Nach der Präsentation beschloss der Gemeinderat am 11. Juli 2000 unter anderem, das Angebot der Druckerei Flawil AG für eine Laufzeit von zwei Jahren grundsätzlich anzunehmen. Der Kreditbeschluss für die Test- bzw. Einstiegsphase für die Ausgaben vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2000 (13 Ausgaben) von Fr. 13'500.-- (richtig: Fr. 128'000.-- für ein Jahr) unterstehe nach Art. 24 lit. e der Gemeindeordnung der Politischen Gemeinde Flawil (abgekürzt GO) dem fakultativen Referendum. Ab dem Jahr 2001 könne der Kredit von rund Fr. 128'000.-- je Jahr im Rahmen des Voranschlags eingeholt werden.

c) Vom 14. August bis 12. September 2000 wurde der Kreditbeschluss über Fr. 128'000.-- dem fakultativen Referendum unterstellt. Das Referendum kam nicht zustande.

B. a) Am 13. August 2000 zeigte Alex Brunner, Wetzikon, dem Baudepartement im Rahmen eines laufenden Anzeigeverfahrens nach dem Gemeindegesetz (sGS 151.2; abgekürzt GG) an, dass der Gemeinderat Flawil beabsichtige, unter Umgehung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen ein Angebot der Druckerei Flawil AG für ein neues amtliches Publikationsorgan zu akzeptieren.

b) aa) Am 24. August 2000 empfahl der Leiter der Rechtsabteilung des Baudepartementes dem Gemeinderat Flawil, diese Frage der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zu unterbreiten.

bb) Die WEKO kam in ihrem Bericht vom 26. September 2000 zusammenfassend zum Schluss, dass die Publikation amtlicher Bekanntmachungen und die Versorgung der Bevölkerung mit Information betreffend die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe darstelle und damit unter den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens falle. In Bezug auf das neue Publikationsorgan sei somit – nachdem die jährlichen Kosten Fr. 128'000.-- betragen – wenigstens ein Einladungsverfahren im Sinn von Art. 15 und 25 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11; abgekürzt VöB) durchzuführen.

c) Mit Schreiben vom 25. August 2000 unterbreitete die Druckerei Flawil AG dem Gemeinderat Flawil einen Vereinbarungsentwurf.

C. a) Am 3. Oktober 2000 beschloss der Gemeinderat, für das neue Publikationsorgan ein Einladungsverfahren nach Art. 15 und 25 VöB durchzuführen. Mit Schreiben vom 4. Oktober

2000 wurden die Druckerei Flawil AG, die Zollikofer AG, St.Gallen, die Rolf-Peter Zehnder AG, Wil, die Cavelti AG, Gossau, sowie die Druckerei Heiner Raschle, Niederuzwil, unter Abgabe der Ausschreibungsunterlagen (Art. 20 VöB) zur Offertstellung bis 24. Oktober 2000 eingeladen.

b) aa) Die Druckerei Flawil AG reichte zwei Angebote bzw. Angebot und Variante (Art. 27 VöB) ein, die Druckerei Rolf-Peter Zehnder AG ein Pauschal-Richt-Angebot. Die übrigen Anbieter verzichteten auf eine Angebotseinreichung. Im Einzelnen:

| Anbieter | Nettopreis inkl. Mehrwertsteuer |
|--|--|
| Druckerei Flawil AG (Postzustellung) | 144'000.-- |
| Druckerei Flawil AG (Privatzustellung) | 164'500.-- |
| Rolf-Peter Zehnder AG | 1'380'000.-- |
| Zollikofer AG | kein Angebot |
| Cavelti AG | kein Angebot |
| Heiner Raschle Niederuzwil | kein Angebot |

1) exkl. Mehrwertsteuer

bb) Am 31. Oktober 2000 beschloss der Gemeinderat, eine Abgebotsrunde durchzuführen. Er erwog dabei unter anderem, dass die Rolf-Peter Zehnder AG infolge Unvollständigkeit vom Verfahren auszuschliessen sei.

cc) Mit Schreiben vom 2. November 2000 wurde der Rolf-Peter Zehnder AG das rechtliche Gehör gewährt.

dd) Am 14. November 2000 teilte die Druckerei Flawil AG Gemeinderatsschreiber Roland Hardegger mit, dass die Druckerei Flawil AG bereit, sei, den Auftrag für Fr. 128'000.-- je Jahr auszuführen. Es werde jedoch erwartet, dass im abzuschliessenden Vertrag eine Klausel aufgenommen werde, die eine Preisanpassung auf das Jahr 2002 zulasse. Gleichentags vergab der Gemeinderat den Auftrag an die Druckerei Flawil AG zu einem Nettopreis von Fr. 128'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) je Jahr für zwei Jahre.

ee) Am 15. November 2000 teilte der Gemeinderat der Rolf-Peter Zehnder AG mit eingeschriebenem Brief mit, dass das Angebot infolge Unvollständigkeit habe ausgeschlossen werden müssen.

D. Im Entscheid vom 5. Dezember 2000 (RRB 2000/896) hielt die Regierung im Zusammenhang mit der Anzeige von Alex Brunner vom 13. August 2000 fest, dass der Gemeinderat ein Einladungsverfahren eingeleitet habe, weshalb ein aufsichtsrechtliches Einschreiten nicht angezeigt sei.

E. a) Mit Schreiben vom 1. Dezember 2000 gelangte Alex Brunner an den Gemeinderat und unterbreitete diesem mehrere Fragen im Zusammenhang mit der Vergabe des Auftrags für das Publikationsorgan.

b) Am 12. Dezember 2000 beschloss der Gemeinderat, die Anfrage an die Geschäftsprüfungskommission der Politischen Gemeinde Flawil zu übermitteln.

c) Im internen Bericht vom 9. Januar 2001 hielt die Geschäftsprüfungskommission fest, dass die Arbeitsvergabe nach den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen abgewickelt worden sei. Problematisch sei einzig die Abgebotsrunde, weil diese nicht angekündigt gewesen sei.

d) Ebenfalls am 9. Januar 2001 stimmte der Gemeinderat dem Vertrag mit der Druckerei Flawil AG für die Erstellung des amtlichen Publikationsorgans „Anzeiger Flawil“ für zwei Jahre zum Pauschalpreis von Fr. 248'500.-- inkl. Mehrwertsteuer zu. Das Büro wurde einerseits ermächtigt, den Vertrag zu unterzeichnen, andererseits beauftragt, bis 10. August 2002 Bericht zu erstatten und Antrag für die Weiterführung des amtlichen Publikationsorgans zu stellen.

e) Im Vertrag zwischen der Politischen Gemeinde Flawil und der Druckerei Flawil AG vom 18. Dezember 2000/9. Januar 2001 wurde unter anderem Folgendes festgehalten:

- 6.1. Diese Vereinbarung tritt auf den 01. Januar 2001 in Kraft und wird mit der Ausgabe des Blattes vom Freitag, 5. Januar 2001, erstmals umgesetzt.
- 6.2. Die Vereinbarung wird für die feste Dauer von zwei Jahren ab Datum des Beginns abgeschlossen. Sie endet somit am 31. Dezember 2002 und wird mit der Ausgabe des Blattes vom 27. Dezember 2002 (Änderung des Erscheinungsdatums vorbehalten) letztmals umgesetzt.
- 6.3. Die Parteien erklären hiermit ihre beiderseitige Absicht, die Zusammenarbeit gemäss dieser Vereinbarung über das Jahresende 2002 hinaus fortzusetzen, sofern keine wichtigen Gründe sie daran hindern. Über die Verlängerung dieser Vereinbarung bzw. über eine neue Vereinbarung müssen sich die beiden Parteien bis spätestens 31. August 2002 einigen, damit in jedem Falle beide Parteien ausreichend Zeit haben, sich entsprechend einzurichten.
- 6.4. Wenn eine der beiden Parteien sich veranlasst sieht, nicht über die Fortsetzung der Vereinbarung zu verhandeln, ist die beabsichtigte Beendigung der Zusammenarbeit der andern Partei spätestens am 30. Juni 2002 schriftlich mitzuteilen.

f) Am 21. März 2001 reichte Alex Brunner, Wetzikon, dem Baudepartement eine Anzeige nach Art. 241 GG mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Es sei festzustellen, dass der Gemeinderat die Vergabe der amtlichen Publikationen widerrechtlich vorgenommen habe.
 - Es sei der vom Gemeinderat an die Druckerei Flawil AG erteilte Zuschlag betreffend die Vergabe der amtlichen Publikationen gemäss Art. 12, Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen zu widerrufen.

Es seien demzufolge folgende Sanktionen zu ergreifen:

- Die Druckerei Flawil AG soll gemäss Art. 12 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen für die Dauer von 3 Jahren von künftigen öffentlichen Vergaben ausgeschlossen werden.
2. Im weiteren seien die Ihnen zusätzlich notwendig erscheinenden Massnahmen anzuordnen.

In verfahrensmässiger Hinsicht verlangt der Anzeiger, dass die Ergebnisse der beim Untersuchungsamt Gossau anhängig gemachten Strafanzeige bei der Beurteilung der aufsichtsrechtlichen Anzeige zu berücksichtigen seien.

Zur Begründung der Anzeige wird im Wesentlichen sinngemäss geltend gemacht, der Gemeinderat habe der Druckerei Flawil AG konkurrenzlos einen Auftrag vergeben wollen. Erst aufgrund der Stellungnahme der WEKO habe sich der Gemeinderat entschieden, ein Einladungsverfahren durchzuführen. Es sei aufgrund der eingeladenen Anbieter - in Bezug auf die Zolli-

kofer AG und die Rolf-Peter Zehnder AG im Speziellen wegen Absprachen - von vornherein klar gewesen, dass die Druckerei Flawil AG den Zuschlag erhalten werde. Bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses habe die Druckerei Flawil AG mitgewirkt. Das Angebot der Druckerei Flawil AG sei so ausgelegt, dass der Wert für das offene Verfahren just nicht erreicht werde, weshalb genau zu prüfen sei, ob der Vertrag mit der Druckerei Flawil AG wirklich auf zwei Jahre abgeschlossen worden sei.

Die Druckerei Flawil AG habe wenigstens gegen das Verbot von Absprachen verstossen, weshalb diese für drei Jahre von künftigen Vergaben auszuschliessen sei. Ob zusätzlich auch Formvorschriften verletzt worden seien und sich die Druckerei Flawil AG beruflich fehl verhalten habe, sei im Rahmen der Untersuchung zu klären.

F. a) Mit Vernehmlassung vom 17. April 2001 verzichtet der Gemeinderat Flawil auf einen Antrag. Er bringt zusammengefasst vor, die Geschäftsprüfungskommission habe sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit dem Anzeiger Flawil geprüft. Sie sei zum Schluss gekommen, dass die Vergabe korrekt nach den Vorschriften der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen durchgeführt worden sei. Der Gemeinderat habe einzig unterlassen, in den Ausschreibungsunterlagen auf die vorgesehenen Verhandlungen (Abgebotsrunde) hinzuweisen. Gemäss Auskunft der Rechtsabteilung des Baudepartementes sei diese Unterlassung allerdings unerheblich, wenn die Anbieter sich trotzdem auf die Verhandlungen einliessen. Die Fischer Druck und Verlag, Uzwil, sei entgegen der Behauptung des Anzeigers nicht zur Abgabe eines Angebots eingeladen worden. Die Cavelti AG habe gleich wie die Zollikofer AG und Heiner Raschle auf die Einreichung eines Angebots verzichtet. Es treffe zu, dass die Druckerei Flawil AG bei der Ausarbeitung des Devis mitgeholfen habe, es sei allerdings nicht so, dass diese das Devis erarbeitet habe.

b) In Nachachtung von Art. 15 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) wurde auch die Druckerei Flawil AG zur Stellungnahme eingeladen.

Diese beantragt durch ihren Rechtsvertreter Dr. A. Rüesch, Rechtsanwalt, St.Gallen, in der innert Nachfrist am 14. Mai 2001 eingereichten Vernehmlassung, dass der Anzeige keine Folge zu leisten sei, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Anzeigers.

Zur Begründung wird zusammengefasst vorgebracht, der Anzeiger sei weder Mitbewerber gewesen noch Einwohner der Politischen Gemeinde Flawil, weshalb er nicht mehr betroffen sei als die Allgemeinheit. Die Anzeige bzw. die Aufsichtsbeschwerde erfordere zwar keine besondere Legitimation, stehe aber wie jede andere Rechtsausübung ebenfalls unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Der Entscheid über einen Ausschluss sei primär Sache des Auftraggebers und nicht der Aufsichtsinstanz. Ein Einschreiten der Aufsichtsinstanz komme sodann nur unter den Voraussetzungen des Widerrufs in Frage, welche offensichtlich nicht gegeben seien. Der mit der Druckerei Flawil AG geschlossene Vertrag könne nicht mehr aufgehoben werden. Die Behauptung des Anzeigers, es hätten Absprachen stattgefunden, sei reine Spekulation. Das Leistungsverzeichnis sei korrekt gewesen.

Entgegen der Meinung von Alex Brunner sei der Vertrag auf zwei Jahre abgeschlossen. Der Gemeindepräsident und der Gemeinderatsschreiber hätten der Druckerei Flawil vor Unterzeichnung des Vertrags unmissverständlich erklärt, es sei nach zwei Jahren ein neues Submissionsverfahren durchzuführen.

c)

Die Bürgerschaft der Politischen Gemeinde Flawil habe am 27. März 2001 eine Teilrevision der Gemeindeordnung beschlossen und Art. 6 GO dahingehend geändert, dass der „Bezirksan-

zeiger“ durch den „Anzeiger Flawil“ als amtliches Publikationsorgan ersetzt worden sei. Insgesamt habe die Bürgerschaft ein neues Publikationsorgan gewählt und die damit verbundenen Folgekosten bewilligt. Die Bürgerschaft werde nach Ablauf der auf zwei Jahre abgeschlossenen Vereinbarung keinen neuen Kreditbeschluss über wiederkehrende Ausgaben mehr fassen müssen.

G. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2001 ermahnte Alex Brunner die Regierung sinngemäss, die Angelegenheit voranzutreiben.

Erwägungen

1. a) Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich aus Art. 230 lit. b GG in Verbindung mit Art. 25 lit. m des Geschäftsreglementes des Regierungsrates und der Staatskanzlei (sGS 141.3).

b) Nachdem der Anzeiger die Regierung (richtig wohl: das zuständige Departement) ermahnt, die Angelegenheit voranzutreiben, ohne jedoch - sicher allerdings im Wissen um die Trennung der Staatsgewalten - der Regierung oder den zuständigen Departementen Hinweise zum Stand seines beim Untersuchungsamt Gossau anhängig gemachten Verfahrens zu geben, ist die Anzeige zu entscheiden.

c) Nach Art. 228 Abs. 1 GG stehen die Gemeinden unter der Aufsicht des Staates. Die Staatsaufsicht umfasst die Beschlüsse der Bürgerschaft und die Tätigkeit der Behörden (Art. 229 Abs. 1 GG). Gegenstand einer Anzeige kann demnach jegliches Verhalten einer Behörde oder Amtsstelle oder deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sein. Es kann auch Unfähigkeit einer Behörde geltend gemacht werden (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 33 zu den Vorbemerkungen zu §§ 19 bis 28). Die Aufsicht beschränkt sich jedoch im Bereich der Gemeindeautonomie auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit. Ausserhalb der Gemeindeautonomie schliesst sie auch die Überprüfung der Angemessenheit mit ein (Art. 229 Abs. 2 und 3 GG).

d) Der Aufsichtsinstanz stehen folgende Befugnisse zu: Kontrollen, Verfügungen und Weisungen, Genehmigung von Erlassen, Beschlüssen und Verfügungen sowie Widerruf von Verfügungen der Gemeinden (Art. 232 GG).

2. a) Nach Art. 241 Abs. 1 GG kann jedermann Mängel in der Führung der Verwaltung einer Gemeinde der Aufsichtsbehörde anzeigen. Diese bestätigt den Empfang der Anzeige, prüft sie und trifft wenn nötig Massnahmen (Art. 241 Abs. 2 erster Satz GG). Mit der Anzeige können grundsätzlich sämtliche Tatsachen, die im Rahmen der Staatsaufsicht ein Einschreiten gegen die Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsinstanz zur Kenntnis gebracht werden. Wo andere rechtliche Möglichkeiten bestehen, um derartige Mängel zu beseitigen, ist von den aufsichtsrechtlichen Befugnissen nicht oder nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Insbesondere in Fällen, in welchen zur Geltendmachung von behaupteten Verwaltungsfehlern der Gemeinde formelle Rechtsmittel gegeben sind, steht das aufsichtsrechtliche Verfahren nach konstanter Praxis nicht zur Verfügung. Dies gilt jedenfalls, soweit das aufsichtsrechtliche Verfahren zur Durchsetzung lediglich privater Interessen des Anzeigers dienen soll und keine öffentlichen Interessen auf dem Spiel stehen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen erforderten (GVP 1988 Nr. 91). Aufsichtsrechtliches Einschreiten ist sodann nur zulässig, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, Basel und Stuttgart 1976, Nr. 145 B III, S. 1071). Demgegenüber ist die Gemeindebehörde verpflichtet, das ihr vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen stets pflicht-

gemäss auszuüben (unter vielen: BGE 107 Ia 204; Art. 9 der Bundesverfassung [SR 101; abgekürzt BV]).

b) Die Aufsichtsbehörde bestätigt den Empfang, prüft die Angelegenheit und trifft wenn nötig Massnahmen. Der Anzeiger hat Anspruch auf eine kurze Stellungnahme der Behörde (Art. 241 Abs. 2 GG). Weil die Anzeige an die Aufsichtsbehörde kein eigentliches Rechtsmittel ist und deshalb keine förmlichen Sachurteilsvoraussetzungen zu beachten sind, kann das Dispositiv nur dahin lauten, der Anzeige Folge zu geben bzw. zu leisten oder nicht (Kölz/Bosshart/Röhl, N 41 zu den Vorbemerkungen zu §§ 19 bis 28). Kommt eine Behörde, gegen die sich eine Anzeige richtet, im Verlauf des Verfahrens allfälligen Verpflichtungen nach, ist der Anzeige somit keine Folge zu geben, indem sich ein aufsichtsrechtliches Einschreiten erübrigt.

c) Nach Art. 12 Abs. 1 Ingress VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter unter den Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 lit. a bis i VöB vom Vergabeverfahren ausschliessen, den Zuschlag widerrufen und aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter (Art. 9 VöB) streichen. Bei schweren Verstössen kann der Anbieter für die Dauer von bis zu drei Jahren von künftigen Vergaben ausgeschlossen werden (Art. 12 Abs. 2 VöB). Der Ausschluss stellt eine Verfügung dar (Art. 41 Abs. 1 lit. d VöB). Weil im Rahmen einer Anzeige an die Aufsichtsbehörde auch Untätigkeit einer Behörde gerügt werden kann, ist es gestützt auf Art. 232 GG entgegen der Ansicht der Druckerei Flawil AG sehr wohl möglich, im Rahmen einer Anzeige an die Aufsichtsbehörde zu verlangen, ein bestimmter Anbieter sei von einem bestimmten sowie auch von künftigen Verfahren auszuschliessen. Zuzustimmen ist der Druckerei Flawil AG hingegen, soweit sie vorbringt, dieses Recht werde durch das allgemeingültige Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [SR 210]) beschränkt. Liegt tatsächlich Rechtsmissbrauch vor, kann dies mangels des Erfordernisses von Sachurteilsvoraussetzungen jedoch bei aufsichtsrechtlichen Anzeigen nur dazu führen, dass der Anzeige keine Folge zu leisten ist und der Anzeiger die Kosten zu tragen hat (Art. 241 Abs. 3 GG).

3.

4. a) Nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1; abgekürzt EGöB) unterstehen Gemeinden im Sinn des Gemeindegesetzes generell den kantonalen Vorschriften, wenn sie keine (eigene) dem übergeordneten Recht entsprechende Ordnung haben. Die Politische Gemeinde Flawil hat keine Vorschriften erlassen, weshalb sie den kantonalen Vorschriften untersteht.

b) aa) Nach Art. 13 VöB vergibt der Auftraggeber einen Auftrag im offenen oder im selektiven Verfahren (lit. a und b), im Einladungsverfahren (lit. c) oder im freihändigen Verfahren (lit. d). Die Wahl des Verfahrens hängt vom geschätzten Auftragswert ab. Ein sachlich zusammenhängender Auftrag darf nach Art. 3 Abs. 1 erster Satz VöB nicht aufgeteilt werden. Enthält ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge, ist der Gesamtwert massgebend (Art. 3 Abs. 1 zweiter Satz VöB). Die Frage der Folgeaufträge betrifft Leistungen, bei denen bspw. vereinbart wird, dass nach erfolgreicher Erfüllung des ersten Auftrags der Anbieter unter bestimmten Voraussetzungen weitere Aufträge erhält (sog. Option; Staatsverwaltung des Kantons St.Gallen, Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen, St.Gallen 1998, Rz 2 zu Art. 3 VöB [im Folgenden: HÖB]). Für die Frage des Auftragswerts ist in diesem Fall der Gesamtwert massgebend (Erstauftrag zuzüglich Wert der Aufträge, auf die sich die Option bezieht). Es wird jede Art der Vergütung berücksichtigt (Art. 3 Abs. 2 VöB). Die eidgenössische Mehrwertsteuer wird nicht berücksichtigt (Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz VöB). Das Einladungsverfahren nach Art. 25 VöB ist zulässig, wenn der Wert des Auftrags 500 000 Franken bei Bauaufträgen und 250 000 Franken bei Lieferungen und Dienstleistungen nicht erreicht (Art. 15 VöB).

bb) Vorliegend hat mit Entscheid vom 5. Dezember 2001 (RRB 2000/896) schon die Regierung dem Anzeiger (indirekt) zur Kenntnis gebracht, dass der Gemeinderat Flawil für die Vergabe

des Auftrags „amtliches Publikationsorgan“ das korrekte Verfahren gewählt hat, indem sie der Anzeige vom 14. Februar bzw. 13. August 2001 nur insoweit Folge leistete, als bei anderen Vergaben das Kriterium „Wertschöpfung in der Region“ gewählt wurde und sie den Gemeinderat anwies, dieses Kriterium künftig nicht mehr anzuwenden. Es sind weder Umstände ersichtlich noch wurden solche dargetan, die es notwendig machen würden, auf diesen Entscheid zurückzukommen, weshalb es vorliegend nur noch darum gehen kann, ob und gegebenenfalls inwieweit der Gemeinderat im Rahmen der Abwicklung des Einladungsverfahrens oder nach Abschluss des Verfahrens Recht verletzt hat.

Nur um allen Eventualitäten und Mutmassungen des Anzeigers vorzubeugen, sei dennoch darauf hingewiesen, dass einerseits auch die Tatsache der Überschreitung der Schwellenwerte nach Art. 15 VöB durch alle Angebote mitnichten bedeutet, dass das falsche Verfahren gewählt wurde, zumal der Auftragswert bei der Wahl des Verfahrens nur geschätzt werden kann und muss (HöB, Rz 2 zu Art. 14 VöB). Der Gemeinderat durfte aufgrund der Unterlagen der Druckerei Flawil AG vom 21. Juli 1999, welche Grundlage des Entscheids des Gemeinderates vom 16. Mai 2000 bildeten, ohne weiteres davon ausgehen, dass im Rahmen eines Verfahrens mit Anbieterkonkurrenz Angebote eingehen, welche unter dem massgeblichen Schwellenwert von Fr. 250'000.-- nach Art. 15 VöB liegen.

cc) An dieser Beurteilung ändert auch die - wenigstens angedeutete - sinngemässe Behauptung des Anzeigers nichts, der Gemeinderat habe im Rahmen des Einladungsverfahrens nebst der Druckerei Flawil AG bzw. der Rolf-Peter Zehnder AG - mit welcher nach seiner Ansicht Absprachen bestanden haben - nur solche Anbieter zur Abgabe eines Angebotes eingeladen, die nicht in der Lage (gewesen) seien, den Auftrag auszuführen. Bietergemeinschaften bzw. gemeinsame Angebote wurden nämlich nicht ausgeschlossen (Art. 26 VöB), so dass es den eingeladenen Anbietern - so sie den gewollt hätten - frei stand, mit geeigneten Unternehmen eine Bietergemeinschaft einzugehen.

c) Nicht zu beanstanden ist, dass sich der Gemeinderat bei der Erarbeitung des Leistungsverzeichnisses durch den Verlagsleiter der Druckerei Flawil AG beraten liess. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich deutlich, dass diese nicht anbieterspezifisch abgefasst sind und die beratende Druckerei Flawil AG die Submission nicht zu ihren Gunsten beeinflussen konnte (Juristische Mitteilungen des Baudepartementes 2000 Nr. 21).

d) Vorliegend führte der Gemeinderat mit den Anbietern, welche ein Angebot einreichten und nicht ausgeschlossen wurden, Verhandlungen, obwohl er dies im Rahmen der Ausschreibung nicht bekannt gab (Art. 33 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. I VöB). Dies ist zwar streng genommen nicht zulässig, aufsichtsrechtlich jedoch nicht zu beanstanden, zumal keiner der betroffenen Anbieter dagegen weder im Lauf des Verfahrens noch mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln (Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [sGS 841.31]) nach dem Zuschlag (Art. 34 ff. VöB) opponierte. Die Verhandlungen wurden im Übrigen korrekt durchgeführt, d.h. die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung wurden gewahrt (Art. 5 VöB).

e) Nicht gerügt wird im Übrigen zu Recht die Zuschlagsverfügung vom 14. November 2000. Angesichts der Tatsache, dass für den Zuschlag nur noch ein Unternehmen in Frage kam, ist die Begründung der „besten Erfüllung der Zuschlagskriterien“ nicht zu beanstanden.

f) aa) Nach Art. 12 Abs. 1 lit. f VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter unter anderem dann von einem Vergabeverfahren ausschliessen oder den Zuschlag widerrufen, wenn dieser Absprachen trifft, die einen wirksamen Wettbewerb beeinträchtigen.

bb) Der Vorwurf der Absprachen zwischen der Druckerei Flawil AG und der Rolf-Peter Zehnder AG entbehrt jeglicher Grundlage und ist in sich mehr als widersprüchlich. Wenn nämlich tat-

sächlich Absprachen bestanden hätten bzw. bestehen würden, hätte die Rolf-Peter Zehnder AG wohl kaum ein Angebot eingereicht und im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs bekannt gegeben, sie halte an ihrem Angebot fest. Sodann wurde die Rolf-Peter Zehnder AG nicht wegen verspäteter Einreichung der Offerte, sondern unvollständigen Angebots ausgeschlossen, fehlten doch sämtliche zwingend einzureichenden Formulare. Kommt weiter hinzu, dass die Druckerei Flawil AG bei Absprachen wohl überhaupt kein Interesse gehabt hätte, ihr Angebot von ursprünglich Fr. 164'500.-- für die Variante Privatzustellung bzw. Fr. 144'000.-- für die Variante Postzustellung im Rahmen der Abgebotsrunde zu reduzieren.

cc) Es ergibt sich damit, dass keinerlei Anhaltspunkte für Absprachen bzw. für einen Ausschluss der Druckerei Flawil AG im Sinn von Art. 12 Abs. 1 lit. f VöB bestehen und somit eine Rechtsverletzung, welche aufsichtsrechtlich zu beheben wäre, von vornherein nicht gegeben ist. Anhaltspunkte für berufliches Fehlverhalten der Druckerei Flawil AG im Sinn von Art. 12 Abs. 1 lit. i VöB liegen keine vor. Die Frage, ob ein Ausschluss von künftigen Vergaben nach Art. 12 Abs. 2 VöB angezeigt ist, kann demzufolge offen bleiben.

g) aa) Nicht begründet ist sodann der Einwand, es sei klar, dass der Gemeinderat den Auftrag nach Ablauf der Einführungs- bzw. Probephase nicht mehr ausschreiben und weiterhin der Druckerei Flawil AG zuhalten wolle.

Der Vertrag zwischen Politischer Gemeinde Flawil und Druckerei Flawil AG vom 18. Dezember 2000/9. Januar 2001 wurde nach unmissverständlicher Bestimmung auf zwei Jahre beschränkt. Er enthält wohl eine Bestimmung, wonach die Parteien ihre Absicht erklären, die Zusammenarbeit gemäss dieser Vereinbarung über das Jahresende 2002 hinaus fortzusetzen, sofern keine wichtigen Gründe sie daran hindern. Nach dem allgemeingültigen Vertrauensgrundsatz kann diese Bestimmung angesichts der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen jedoch nicht mehr als eine rechtlich nicht durchsetzbare Absichtserklärung sein, wie sie im Geschäftsleben häufig zu finden ist, um bei Verhandlungen oder beim Abschluss des Vertrags zusätzliche Rabatte usw. abzurufen.

bb) Der Vollständigkeit halber sei trotzdem darauf hingewiesen, dass sich die Druckerei Flawil AG ferner zu Recht auf den Standpunkt stellt, die Aufsichtsinstanz könnte - soweit Rechtsverletzungen tatsächlich gegeben wären - vorliegend ohnehin nicht in den Vertrag eingreifen bzw. diesen auflösen oder für nichtig erklären.

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens wird nach dem Zuschlag regelmässig ein (privatrechtlicher) Vertrag zwischen Anbieter und Auftraggeber geschlossen (siehe Art. 37 VöB). Dessen Zustandekommen und Abschlussmodalitäten unterstehen ausschliesslich dem Zivilrecht, weshalb nach dem Vertragsschluss weder in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelverfahren (Art. 5 EGöB in Verbindung mit Art. 15 ff. IVöB) noch aufsichtsrechtlich eingeschritten werden kann (vgl. Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht, Freiburg 1999, 70 ff.). Aufsichtsrechtlich kann im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens somit grundsätzlich nur bei laufenden Vergabeverfahren eingeschritten werden. Ist das Vergabeverfahren abgeschlossen, können aufsichtsrechtlich - soweit nicht ein Widerruf des Zuschlags nach Art. 12 VöB angezeigt ist, was allerdings an der Gültigkeit des Vertrages auch nichts ändert - nur Weisungen für künftige Fälle erteilt werden (Art. 232 lit. b GG). Vorliegend wurde das Verfahren korrekt abgeschlossen und es drängen sich keine Weisungen für künftige Fälle auf.

cc) Wenn die Aufsichtsinstanz vorliegend dennoch den Gemeinderat darauf hingewiesen, dass der Auftrag für die Erstellung des „Anzeigers Flawil“ für die Zeit nach dem Jahr 2002 rechtzeitig vor Ablauf des Vertrags mit der Druckerei Flawil AG in einem erneuten Verfahren nach den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens vergeben wird, so tut sie dies nicht, weil sie dazu aufsichtsrechtlich verpflichtet wäre, sondern nur, um die an sich selbstverständliche Regelung für alle Beteiligten - auch für den Anzeiger - noch einmal festzuhalten.

5. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Anzeige offensichtlich unbegründet ist, indem sie einzig auf Mutmassungen und Unterstellungen beruht. Der Anzeige ist keine Folge zu leisten ist.

6. a) Nach Art. 241 Abs. 3 GG kann der Anzeiger zur Zahlung einer Gebühr und zum Ersatz der Barauslagen verpflichtet werden, wenn die Anzeige offensichtlich unbegründet ist. Der Anzeiger wurde im Entscheid der Regierung vom 5. Dezember 2000 (RRB 2000/896) unmissverständlich darauf hingewiesen, dass er künftig bei unbegründeten Anzeigen und Vorwürfen nicht mehr damit rechnen dürfe, auf die Erhebung von amtlichen Kosten werde verzichtet.

b) Nachdem die Anzeige vom 21. März 2001 offensichtlich unbegründet ist, sind dem Anzeiger die amtlichen Kosten aufzuerlegen. Diese betragen Fr. 2'000.-- (Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Staats- und Gemeindeverwaltung [sGS 825.1]).

7. a) Die Druckerei Flawil AG reichte mit ihrer Vernehmlassung ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten ein.

b) Das Gemeindegesetz regelt die ausseramtlichen Kosten nicht. Nach Art. 242 GG richtet sich der Rechtsschutz in Verwaltungsstreitsachen nach den Vorschriften des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, welches ebenfalls keine Bestimmungen über die Parteikosten in aufsichtsrechtlichen Verfahren enthält. Für eine Entschädigung besteht aufgrund der Stellung des Anzeigers bei einer aufsichtsrechtlichen Anzeige, der grundsätzlichen Kostenlosigkeit dieses Verfahrens sowie mit Blick auf die Regelung in erstinstanzlichen und in Einspracheverfahren nach Art. 98 Abs. 3 lit. b VRP im Allgemeinen auch kein Anlass (siehe dazu Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Rz 17 zu Art. 101 VRPG), zumal sich die Anzeige im Sinn von Art. 241 GG ihrem Wesen nach in der Regel nur gegen eine der Staatsaufsicht unterstellte Behörde bzw. Stelle im Sinn des Gemeindegesetzes richtet. Ist es jedoch wie im vorliegenden Verfahren so, dass der Gegenstand der Anzeige auch private Dritte betrifft, indem entsprechende Begehren zu deren Lasten gestellt werden, und müssen sich diese Dritten aufgrund ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 15 VRP zu diesen Begehren äussern können, ist es angezeigt, für die Verlegung der ausseramtlichen Kosten die Grundsätze von Art. 98 Abs. 2 und Art. 98bis VRP heranzuziehen, könnten doch andernfalls private Personen, Institutionen usw. aufgrund einer Anzeige mangels rechtskundiger Vertretung Gefahr laufen, vitale Interessen nicht genügend vertreten zu können.

c) Nach Art. 98 Abs. 2 VRP werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie aufgrund der Sach- oder Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen. Die ausseramtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 98bis VRP). Die Vorschriften des Zivilprozessgesetzes (sGS 961.2) finden sachgemässe Anwendung (Art. 98ter VRP).

d) Weil einerseits der Anzeige keine Folge zu leisten ist, mithin keine Massnahmen gegen die Druckerei Flawil AG zu treffen sind, andererseits der Beizug eines rechtskundigen Vertreters gerechtfertigt war, hat der Anzeiger die Druckerei Flawil AG ausseramtlich zu entschädigen. Die ausseramtliche Entschädigung ist ermessensweise auf Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) festgesetzt (Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 lit. a der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [sGS 963.75]) festzulegen.

8. Da der Anzeige keine Folge zu geben ist und keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu treffen sind, steht gegen diesen Entscheid in der Hauptsache kein Rechtsmittel zur Verfügung (BGE 103 Ib 158, 102 Ib 84 f.; GVP 1974 Nr. 20).

9. Dem Anzeiger und der Druckerei Flawil AG sind gestützt auf Art. 241 Abs. 2 GG die Art der Erledigung der Anzeige (Dispositiv) sowie der Sachverhalt und die Erwägungen soweit bekannt zu geben, als sie Gegenstand der Anzeige bildeten bzw. soweit Anzeiger und Druckerei Flawil AG davon betroffen sind. Nicht zu eröffnen sind damit aus dem Sachverhalt Buchstabe F.c sowie aus den Erwägungen Ziff. 3, welche einzig die Prüfung der Einhaltung der finanzrechtlichen Vorschriften enthalten.

Demgemäss erlässt das Baudepartement als

Entscheid:

1. Der Anzeige von Alex Bruner, Wetzikon, wird keine Folge geleistet.
2. Der Gemeinderat Flawil wird darauf hingewiesen, dass für die Vergabe des Auftrags für die Erstellung des „Anzeigers Flawil“ nach dem Jahr 2002 rechtzeitig vor Ablauf des Vertrags mit der Druckerei Flawil AG das entsprechende Verfahren nach den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen durchzuführen ist.
3. Alex Brunner bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.--.
4. Alex Brunner hat die Druckerei Flawil AG ausseramtlich mit Fr. 2'000.-- inkl. Mehrwertsteuer zu entschädigen.
5. Dieser Entscheid wird Alex Brunner und der Druckerei Flawil AG im Sinn der Erwägungen sowie dem Gemeinderat Flawil vollumfänglich eröffnet.

BAUDEPARTEMENT
DES KANTONS ST.GALLEN
Der Vorsteher:



W. Haag
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen Ziff. 3 und 4 dieses Entscheids kann nach Art. 59bis VRP innert vierzehn Tagen seit Eröffnung beim Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen, Spisergasse 41, 9001 St.Gallen, Beschwerde erhoben werden.

Zustellung an:

- Alex Brunner, Bahnhofstrasse 210, 8620 Wetzikon (eingeschrieben; Anzeiger)
- Dr. A. Rüesch, Rechtsanwalt, Oberer Graben 43, 9000 St.Gallen (eingeschrieben; 2-fach),
zuhanden der Druckerei Flawil AG (Anzeigegegnerin)
- Gemeinderat 9230 Flawil (eingeschrieben; Anzeigebeklagter)

weiter an:

- Rechnungsführerin

versandt am: - 9. Nov. 2001