



Fall-Nr.: B 2007/131
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.01.2008
Entscheiddatum: 22.01.2008

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Januar 2008

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 3 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Wird ein Studienauftrag mit Folgeoption unter Missachtung von Art. 3 Abs. 1 VöB erteilt, ist unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Beschaffungsrechts ein Abbruch des Verfahrens zu prüfen. Aufteilung eines einheitlichen Auftrags (Verwaltungsgericht, B 2007/131).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer; Ersatzrichter lic. iur. J. Diggelmann; Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Haltinner-Schillig

In Sachen

Vehovar & Jauslin Architektur AG, Seestrasse 339, 8038 Zürich,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Joseph B. Koch, Bronschhoferstrasse 2, 9500 Will,

gegen

Politische Gemeinde Rorschach, vertreten durch den Stadtrat, 9400 Rorschach,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

dieser vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Jürg Bereuter, Vadianstrasse 44, Postfach 262, 9001 St. Gallen,

und

bb architektur GmbH, Seestrasse 4, 9400 Rorschach,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen;

Gestaltung des Hafengeländes Rorschach

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

Am 17. Juli 2007 erhob die Vehovar & Jauslin Architektur AG, Zürich, Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren: Es sei die von der Stadt Rorschach Anfang Juli 2007 erfolgte freihändige Vergabe von Teilplanungsaufträgen betreffend die Neugestaltung und Nutzung des gesamten Hafenareals als rechtswidrig aufzuheben (Ziff. 1); die Beschwerdeführerin sei mit der Weiterbearbeitung des Gesamtprojektes zu betrauen (Ziff. 2); eventualiter sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die gesamten Planungsarbeiten betreffend die Neugestaltung und Nutzung des gesamten Hafenareals der Stadt Rorschach rechtskonform auszuschreiben (Ziff. 3); es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Ziff. 4); alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Ziff. 5). Zur Begründung machte die Vehovar & Jauslin



Architektur AG im Wesentlichen geltend, sie sei als Siegerin eines im Jahr 2003 durchgeführten Wettbewerbs betreffend die Neugestaltung und Nutzung des Hafenareals Rorschach hervorgegangen. Am 5. Dezember 2006 habe ihr der Stadtrat Rorschach den Auftrag für die Gesamtplanung erteilt. Dieser sei am 26. Juni 2007 gekündigt worden. Am 9. Juli 2007 habe sie durch Zufall erfahren, dass die bb architektur GmbH, Rorschach, mit einem Teil der Gesamtplanung betreffend die Neugestaltung und Nutzung des Hafenareals Rorschach (Seerestaurant) betraut worden sei. Somit solle das Gesamtprojekt in Lose mit einem Schwellenwert von weniger als Fr. 150'000.-- aufgeteilt werden, um die Wettbewerbssieger auszubooten und die Vergabe unter Umgehung der einschlägigen Submissionsvorschriften vornehmen zu können. Dies komme einer Verletzung von Art. 3 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) gleich.

Am 24. Juli 2007 beantragte der Stadtrat Rorschach, dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei nicht zu entsprechen und die Beschwerde sei abzuweisen. Er führte im Wesentlichen aus, Gegenstand des der Vehovar & Jauslin Architektur AG am 5. Dezember 2006 erteilten Auftrags seien einzig die Ausarbeitung eines Vorprojekts für die Gestaltung des Hafengeländes samt Gebäude und Verlegung der Hauptstrasse (engerer Perimeter) sowie die konzeptionelle Planung im angrenzenden öffentlichen Raum (weiterer Perimeter) gewesen.

Am 24. Juli 2007 beantragte die bb architektur GmbH der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen und sie sei abzuweisen.

Am 25. Juli 2007 hat der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Er erwog, es stehe fest, dass der Stadtrat Rorschach am 11. Juli 2007 mit der bb architektur GmbH einen Vertrag über die Projektierung des Hafengebäudes und gleichentags mit der West 8 urban design & landscape architecture b.v., Rotterdam (in der Folge: West 8) einen Vertrag über die Projektierung der Platzgestaltung des Hafengeländes abgeschlossen habe. Weil ein verfrüht abgeschlossener Vertrag nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht nichtig sei, könne der Zuschlag der Vehovar & Jauslin Architektur AG selbst dann nicht erteilt werden, wenn sich die freihändigen Vergaben als rechtswidrig erweisen



sollten. In der Hauptsache werde zu prüfen sein, ob die Aufträge zu Recht im freihändigen Verfahren vergeben worden seien.

In ihrer Beschwerdeergänzung vom 15. August 2007 hielt die Vehovar & Jauslin Architektur AG an ihren Anträgen fest und stellte das zusätzliche Rechtsbegehren, die Politische Gemeinde Rorschach sei zu verpflichten, ihr Fr. 117'296.75 als Schadenersatz bzw. Schadloshaltung zu bezahlen.

Am 13. September 2007 nahm die Politische Gemeinde Rorschach Stellung und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Sie führte insbesondere aus, das mit der Beschwerdeergänzung vom 15. August 2007 gestellte Schadenersatzbegehren sei verspätet und deshalb nicht zu hören.

Am 27. September 2007 liess sich die Vehovar & Jauslin Architektur AG vernehmen und hielt an ihren Rechtsbegehren fest.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen:

1.1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Weil es an einer anfechtbaren Verfügung fehlt, kann bezüglich des Fristenlaufs nicht auf ein Eröffnungsdatum abgestellt werden. Die Frage, ob die Frist eingehalten worden ist, ist deshalb aufgrund der konkreten Verhältnisse zu prüfen (GVP 2001 Nr. 17 mit Hinweis auf D. Esseiva, in: BR 2/2000 S. 52). Die Vehovar & Jauslin Architektur AG macht geltend, sie habe am 9. Juli 2007 durch Zufall erfahren, dass die bb architektur GmbH mit einem Teil der Gesamtplanung betreffend die Neugestaltung und Nutzung des Hafensareals betraut worden sei. Aktenkundig ist, dass der Stadtrat Rorschach die bb architektur GmbH am 10. Juli 2007 mit der Projektierung des Gebäudes auf dem Hafengelände beauftragt hat. Gleichentags wurde die West 8 mit der weiteren Projektierung der Platzgestaltung betraut. Somit ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeschrift vom 17. Juli 2007, die formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entspricht, rechtzeitig innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist von zehn Tagen eingereicht worden ist (Art. 5 Abs. 1 EGöB in



Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [sGS 841.32, abgekürzt IVöB]).

1.2. Mit der Beschwerdeergänzung vom 15. August 2007 hat die Vehovar & Jauslin Architektur AG erstmals den Antrag gestellt, die Politische Gemeinde Rorschach sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz bzw. Schadloshaltung im Betrag von Fr. 117'296.75 zu bezahlen. Zu prüfen ist, ob dieses Begehren verspätet gestellt worden ist, wie die Politische Gemeinde Rorschach annimmt, oder ob darauf eingetreten werden kann.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind verfrüht abgeschlossene Verträge nicht nichtig (GVP 2001 Nr. 22, GVP 2003 Nr. 40). Das Verwaltungsgericht hat zudem entschieden, Schadenersatzbegehren seien immer mit der Beschwerde einzureichen (GVP 2001 Nr. 18). Zur Begründung wurde ausgeführt, die in Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 VRP statuierte Möglichkeit, eine Beschwerdeschrift und mithin auch ein Rechtsbegehren nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu ergänzen, werde durch die Spezialnorm von Art. 15 Abs. 2 IVöB beschränkt. Die Verankerung einer kurzen Rechtsmittelfrist und die ausdrückliche Anforderung einer begründeten Beschwerde würden bedeuten, dass innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen eine vollständige Beschwerdeschrift mit Antrag, Darstellung des Sachverhalts und Begründung einzureichen und eine nachträgliche Ergänzung und Erweiterung des Rechtsbegehrens nicht zulässig sei. Ausserdem bestimme Art. 4 Abs. 2 EGöB, dass das Schadenersatzbegehren mit der Beschwerde einzureichen sei. Dies bedeute, dass bereits in der Beschwerdeschrift ein Schadenersatzbegehren aufzuführen und, soweit möglich, zu beziffern sei. Hätte der Gesetzgeber ein nachträgliches Geltendmachen von Schadenersatz als zulässig betrachtet, wäre Art. 4 Abs. 2 EGöB anders formuliert worden.

Diese Rechtsprechung ist für Fälle wie den vorliegenden, wo keine Vergabeverfügung ergangen ist, zu präzisieren. Die Vehovar & Jauslin Architektur AG konnte zum Zeitpunkt, als sie die Beschwerde einreichte, noch nicht davon ausgehen, der Stadtrat Rorschach habe die bb architektur GmbH mit einem Teil der Gesamtplanung betreffend Neugestaltung und Nutzung des Hafenareals Rorschach definitiv betraut. Es lagen ihr keine gefestigten Beweise dafür vor, dass der Stadtrat Rorschach nicht nur mit der bb architektur GmbH, sondern auch mit der West 8 bereits je einen Vertrag



abgeschlossen hatte und dass diese Unternehmen gemäss Beschluss vom 10. Juli 2007 mit der weiteren Planung des Vorhabens beauftragt worden waren. Allein aufgrund der Tatsache, dass der Stadtrat Rorschach die Zusammenarbeit mit ihr am 26. Juni 2007 beendet hatte, musste die Vehovar & Jauslin Architektur AG zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung nicht damit rechnen, der Stadtrat

Rorschach könnte bereits Verträge mit Dritten abgeschlossen haben bzw. es könnte aus diesem Grund nicht mehr möglich sein, weiterhin mit der Bearbeitung des Gesamtprojekts betraut zu werden. Die Art und Weise, wie der Stadtrat Rorschach in Sachen Gestaltung des Hafengeländes nach dem 26. Juni 2007 vorgegangen ist, wurde erst mit der Beschwerdeantwort vom 24. Juli 2007 und den damit eingereichten Beilagen bekannt. Somit bestand für die Vehovar & Jauslin Architektur AG kein Anlass, bereits mit der Beschwerdeschrift ein Schadenersatzbegehren einzureichen, und es ist in Anbetracht aller Umstände mit Art. 15 Abs. 2 IVöB zu vereinbaren, die nachträgliche Ergänzung des Rechtsbegehrens vom 17. Juli 2007 zuzulassen.

1.3. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin beharrt in ihrer Beschwerdeergänzung vom 15. August 2007 und in ihrer Stellungnahme vom 27. September 2007 darauf, die freihändige Vergabe von Teilplanungsaufträgen sei als rechtswidrig aufzuheben und sie sei mit der Weiterbearbeitung des Gesamtprojekts zu betrauen bzw. die Vorinstanz sei eventuell zu verpflichten, die gesamten Planungsarbeiten rechtskonform auszuschreiben. Bei einer freihändigen Vergabe, wie sie hier vorgenommen worden ist, beschränkt sich der Rechtsschutz indessen auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verfahrensart (GVP 1999 Nr. 36). Wie dargelegt, ist ein (verfrüht) abgeschlossener Vertrag nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zudem nicht nichtig. Die von der Vorinstanz am 10. Juli 2007 beschlossenen freihändigen Vergaben an die Beschwerdegegnerin und die West 8 könnten - selbst wenn sie sich als rechtswidrig erweisen sollten - somit nicht aufgehoben und die Beschwerdeführerin könnte mit der Weiterbearbeitung des Gesamtprojekts nicht betraut werden. Sodann ist es auch nicht möglich, die Vorinstanz zu verpflichten, die gesamten Planungsarbeiten neu auszuschreiben. Den Rechtsbegehren nach Ziff. 1, 2 und 3 der Beschwerdeschrift vom 17. Juli 2007 kann somit nicht entsprochen werden.



Zu prüfen ist in sachgemässer Anwendung von Art. 18 Abs. 2 IVöB somit einzig, ob die freihändigen Vergaben im Streitfall rechtswidrig erfolgt sind. Die Beschwerdeführerin hat keinen entsprechenden Antrag gestellt. Das Verwaltungsgericht ist zwar grundsätzlich an die Begehren der Beteiligten gebunden (Art. 63 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Der Feststellungsentscheid hat aufgrund der Vorschrift von Art. 18 IVöB indessen gegenüber dem Gestaltungsentscheid subsidiären Charakter. Das Begehren um Aufhebung der freihändigen Vergabe von Teilplanungsaufträgen beinhaltet notwendigerweise die Rechtsfolgebehauptung, diese sei rechtswidrig. Es lässt sich daher mit Art. 63 VRP vereinbaren, wenn beim Vorliegen eines Begehrens um Aufhebung der freihändigen Vergabe auf Feststellung der Rechtswidrigkeit erkannt wird (VerwGE vom 28. August 2003 i.S. R.S.F. AG mit Hinweisen).

3. Die Beschwerdeführerin rügt, die freihändige Vergabe von Teilplanungsaufträgen sei rechtswidrig, weil sie gegen Art. 3 VöB verstosse. Sie beruft sich darauf, Gesamtplanungsaufträge seien Leistungen, welche nach den Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts zu vergeben seien. Als Siegerin des wettbewerbsähnlichen "kooperativen Planungsprozesses" sei sie von der Vorinstanz im September 2006 aufgefordert worden, eine Gesamtplanungsofferte zu erstellen, was sich als zulässig erweise, zumal in den Wettbewerbsbedingungen bekannt gegeben worden sei, die Autoren des ausgelobten Konzeptes würden mit der weiteren Planung des Hafengeländes beauftragt. Anlässlich einer Besprechung vom 5. September 2006 in Zürich habe die Vorinstanz zudem darauf bestanden, dass das Projekt als Ganzes zu realisieren sei bzw. sie habe das Projekt als sachlich eng zusammenhängende Gesamtleistung betrachtet, was verschiedene Zeugen bestätigen könnten. Am 6. Oktober 2006 habe sie die Offerte mit Leistungsbeschreibung eingereicht. Am 5. Dezember 2006 sei ihr der Auftrag erteilt und in der Folge wieder entzogen worden. Nun werde das Gesamtprojekt in Lose aufgeteilt, um die Wettbewerbssieger auszubooten und die einschlägigen Submissionsvorschriften zu umgehen.

Die Vorinstanz macht geltend, im Jahr 2003 sei ein "Varianzverfahren" bzw. ein "kooperativer Planungsprozess" mit vier Teams durchgeführt worden, weil aus Architektenkreisen Widerstand gegen eine Vergabe an den Architekten Santiago Calatrava erwachsen sei. In der Folge habe das Beurteilungsgremium dem Stadtrat



Rorschach das Projekt, das die Beschwerdeführerin zusammen mit der West 8 erstellt habe, zur Weiterbearbeitung und Ausführung empfohlen. Abgesehen davon, dass der Stadtrat Rorschach an diese Empfehlung nicht gebunden gewesen sei, hätte er gestützt auf das "Varianzverfahren" keinen Folgeauftrag zur Gesamtplanung erteilen dürfen. Hinzu komme, dass die Regierung des Kantons St. Gallen die Freigabe des Projektierungskredits im direkten Finanzausgleich verweigert habe, weshalb die Planung für die Gestaltung des Hafengeländes von Grund auf habe überarbeitet werden müssen. Die Beschwerdeführerin sei in diesem Zusammenhang einzig mit der Ausarbeitung eines Vorprojekts betraut worden.

3.1. Es liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder Lose bzw. Teilaufträge bilden will (VPB 66 [2002], S. 1039). Zudem geht die VöB grundsätzlich vom Wert des Einzelauftrags (Wert je Gattung) aus (Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen, Verfahren, Ziff. 3.1). Art. 3 Abs. 1 VöB sieht indessen vor, dass ein sachlich zusammenhängender Auftrag nicht aufgeteilt wird. Enthält ein Auftrag die Option für Folgeaufträge, ist sodann der Gesamtwert massgebend.

Art. 3 Abs. 1 VöB bezweckt im Wesentlichen, dass zusammenhängende Aufträge nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Bestimmungen der VöB zu umgehen, insbesondere mit Blick auf die Wahl des Verfahrens (Art. 13 ff. VöB) und die Pflicht zur (öffentlichen) Ausschreibung (Art. 17 VöB) bzw. um einen bestimmten Anbieter zu bevorzugen oder zu benachteiligen (VPB 66 [2002] S. 1039 mit Hinweisen; vgl. auch Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 28). Die Frage der Folgeleistungen betrifft Vereinbarungen, wonach nach erfolgter Erfüllung des ersten Auftrags oder der ersten Phase eines Auftrags (z.B. des Vorprojekts) der Anbieter unter bestimmten Voraussetzungen weitere Aufträge oder die Aufträge für die Ausführung einer weiteren Phase (z.B. die Ausführung des Projekts) erhält (sog. Option). Für die Frage des Auftragswerts ist in diesen Fällen der Gesamtwert massgebend, Erstauftrag zuzüglich Wert der Aufträge, auf die sich die Option bezieht (Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen, Verfahren, Ziff. 3.1).



3.2. Dem "Programm zu Phase 1 der Gestaltung Hafengelände Rorschach" vom 6. Mai 2003 kann unter dem Titel "Verbindlichkeit" (Ziff. 5.3) entnommen werden, dass die Verfasser mit der Abgabe der Vorschläge das vorliegende Programm und den Entscheid des Gesprächs- und Beurteilungsgremiums anerkennen. Sodann wird festgehalten, die Stadt Rorschach beauftrage auf Empfehlung des Begleitgremiums die Autoren des ausgelobten Konzeptes mit der weiteren Planung des Hafengeländes.

Unbestritten ist, dass das Begleitgremium das Projekt, das die Beschwerdeführerin zusammen mit West 8 verwirklicht hat, dem Stadtrat Rorschach zur Weiterbearbeitung empfohlen hat. Dem Beschluss des Stadtrats Rorschach vom 8. August 2006 kann sodann entnommen werden, dass er am 13. Mai 2003 für die Durchführung des "Varianzverfahrens Gestaltung Hafengelände Rorschach" unter Vorbehalt des positiven Ausgangs der Abstimmung über den Projektierungskredit durch die Stimmberechtigten einen Kredit von Fr. 150'000.-- bewilligt und gleichzeitig das Programm zum kooperativen Planungsprozess genehmigt hat.

3.3. Die rechtliche Einordnung eines Studienauftrags mit Folgeauftrag Option in das Beschaffungsrecht war Gegenstand verschiedener kantonaler Entscheide. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und dasjenige des Kantons Aargau stellten fest, die Auswahl der Teilnehmer entspreche bei einem Studienauftrag mit Folgeoption dem Präqualifikationsentscheid, bei den Projektentwürfen handle es sich um Angebotsofferten, und mit dem Entscheid über den Folgeauftrag (Weiterbearbeitung des Projekts) werde der Zuschlag erteilt (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 504 und 505 mit Hinweisen).

Den Verfassern des Siegerprojekts, der Beschwerdeführerin und der West 8, ist ein sachlich zusammenhängender Auftrag, die weitere Planung des Hafengeländes, in Aussicht gestellt worden, welcher den Schwellenwert von Fr. 150'000.-- für das freihändige Verfahren für Dienstleistungsaufträge übersteigt (vgl. Anhang zur VöB). Somit hätte der Studienauftrag nicht im freihändigen Verfahren vergeben werden dürfen. Die Vorinstanz bestreitet denn auch nicht, dass sie den "kooperativen Planungsprozess" nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts durchgeführt hat. Sie hält in ihrer Stellungnahme vom 24. Juli 2007 fest, die Vergabe hätte nach den Regeln des offenen oder des selektiven Verfahrens



St.Galler Gerichte

erfolgen müssen. Auch die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass das von der Vorinstanz gewählte "Varianzverfahren" nicht nach den Regeln des öffentlichen Vergaberechts durchgeführt worden ist.

3.4. Im Anschluss an den "kooperativen Planungs-prozess" hat der Stadtrat Rorschach die Beschwerdeführerin mit der weiteren Projektierung der Neugestaltung des Hafengeländes betraut. Am 26. Juni 2007 hat er die Zusammenarbeit mit ihr beendet, und am 10. Juli 2007 wurden die Beschwerdegegnerin mit der Projektierung des Gebäudes auf dem Hafengelände (Vorprojekt, Bauprojekt, Bewilligungsverfahren; Ausschreibung, Ausführungsplanung, gestalterische Leitung der Ausführung ohne Bauleitung) im Betrag von Fr. 145'000.-- (exkl. MWSt) und die West 8 mit der weiteren Projektierung der Platzgestaltung des Hafengeländes (Bauprojekt, Bewilligungsverfahren, Ausschreibung, Ausführungsplanung; gestalterische Leitung der Ausführung ohne Bauleitung) im Betrag von Fr. 149'500.-- (exkl. MWSt) beauftragt.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist ihr unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Beschaffungsrechts relevantes rechtswidriges Vorgehen im Zusammenhang mit dem vorangegangenen Studienauftrag mit Folgeoption in diesem Zusammenhang von Belang. Würde es in einer späteren Projektierungsphase unberücksichtigt bleiben, wäre es ohne weiteres möglich, die Vorgaben von Art. 3 VöB zu umgehen bzw. mit jeweils tieferen Beschaffungswerten auf die vorgeschriebene Verfahrensart zu verzichten. Weil das Projekt der Beschwerdeführerin und der West 8 ausgelobt und die Vorinstanz nach den Projektunterlagen deshalb gehalten war, die Verfasser "mit der weiteren Planung des Hafengeländes" zu betrauen, durfte der Stadtrat Rorschach die weitere Projektierung des Vorhabens auch nicht in zwei Lose im Betrag von knapp unter Fr. 150'000.-- aufteilen und die Beschwerdeführerin unberücksichtigt lassen, ohne Art. 3 VöB zu verletzen. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Vorinstanz geltend macht, sie habe sich aus verschiedenen Gründen an die Empfehlung des Begleitgremiums nicht gebunden gefühlt. Auch der Umstand, dass die Regierung des Kantons St. Gallen die Freigabe des von den Stimmberechtigten am 18. Mai 2003 genehmigten Projektierungskredits für die Neugestaltung der Seeuferanlagen im Betrag von Fr. 990'000.-- im direkten Finanzausgleich am 10. Januar 2006 verweigert hat, was nach Auffassung der Vorinstanz zur Folge hatte, "dass die Planung und Gestaltung des Hafengeländes ganz



von vorne und von Grund auf neu beginnen musste", ist für die Beurteilung der Rechtsfrage grundsätzlich ohne Belang. Nach Art. 38 VöB kann der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen und wiederholen. Vielmehr hätte die Tatsache, dass zur Verwirklichung des Projekts erheblich weniger finanzielle Mittel als ursprünglich vorgesehen zur Verfügung standen, den Abbruch eines ordnungsgemäss eingeleiteten Vergabeverfahrens gerechtfertigt. Zudem wäre es zulässig gewesen, das im freihändigen Verfahren eingeleitete Submissionsverfahren abzubrechen, wenn festgestellt worden wäre, dass die Verfahrensart unrichtig ist (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 385).

3.5. Die Vorinstanz hat eine konzeptionell einheitliche Neugestaltung des Hafengeländes angestrebt und danach gehandelt. Sie ist im Sinn von Ziff. 5.3 der Projektunterlagen vorgegangen, indem sie die Beschwerdeführerin, deren mit der West 8 erarbeitetes Projekt als Sieger des Wettbewerbs hervorgegangen war, mit der weiteren Planung des Hafengeländes als Ganzes betraut hat. Aktenkundig ist, dass die Beschwerdeführerin am 6. Oktober 2006 eine Honorarofferte im Betrag von Fr. 946'000.-- (Vorprojekt, Bauprojekt, Bewilligungsverfahren, Ausschreibung, Realisierung) mit Vorgehensvorschlag zur Vorprojektphase des Hafengeländes eingereicht hat und dass am 23. November 2006 ein Einzelplanervertrag betreffend "Vorprojekt für den engeren Planungserimeter und die Konzeption für den erweiterten Perimeter" abgeschlossen worden ist. Am 5. Dezember 2006 hat der Stadtrat Rorschach die Beschwerdeführerin sodann damit beauftragt, "für die Hafengestaltung Rorschach einen Realisierungsvorschlag sowie für den weiteren Perimeter konzeptionelle Gestaltungsgrundlagen auszuarbeiten". Beim Vorprojekt, das die Beschwerdeführerin gestützt auf den Vertrag vom 23. November 2006 und den Beschluss des Stadtrats Rorschach vom 5. Dezember 2006 im Workshopverfahren erarbeitet hat, handelt es sich um eine Fortentwicklung desjenigen Projekts, das als Sieger des Wettbewerbs hervorgegangen war, auch wenn ihm neue und andere Vorgaben insbesondere auch bezüglich des Budgets zugrunde liegen. Es ist sodann Grundlage weiterer Planungsschritte, die (ebenfalls) freihändig an die Beschwerdegegnerin und an die West 8 vergeben worden sind. Gemäss Beschluss des Stadtrats Rorschach vom 10. Juli 2007 soll die Beschwerdegegnerin das Gebäude (Stadtbalkon) nach den Vorgaben der Baukommission projektieren bzw. das Vorprojekt der Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht abändern. Aus der Honorarofferte der West



8 vom 9. Juli 2007 ergibt sich sodann, dass das im Vorprojekt definierte Design für den Hafensplatz ausgearbeitet werden soll. Der Vorentwurf soll bezüglich der Platzgestaltung angepasst, konkretisiert und präsentiert werden.

3.6. Es ergibt sich somit, dass die freihändige Vergabe der Teilaufträge an die Beschwerdegegnerin und die West 8 unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 VöB rechtswidrig ist. Weil die Vorinstanz der Beschwerdeführerin - zwar unter Umgehung submissionsrechtlicher Vorgaben - einen sachlich zusammenhängenden Auftrag erteilt hat, wie er ihr als Siegerin des Wettbewerbs in Aussicht gestellt worden war, durfte sie die Weiterentwicklung der durch die Beschwerdeführerin erarbeiteten fortgeschrittenen Projektierung nicht in zwei Lose aufteilen und diese freihändig vergeben.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz im Betrag von Fr. 107'838.05 (exkl. Kosten für den Rechtsvertreter von Fr. 9'458.70 [inkl. MWSt]) zu bezahlen.

4.1. Nach Art. 4 Abs. 1 EGöB haftet der Anbieter für Schaden, den er durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist auf Aufwendungen beschränkt, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Wie das Verwaltungsgericht entschieden hat, sind nach der gesetzlichen Ordnung nicht nur die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offertstellung im engeren Sinn zu entschädigen, sondern allgemein Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren (GVP 1999 Nr. 33). Nach Art. 4 Abs. 3 EGöB richten sich Haftung und Verfahren im übrigen nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (sGS 161.1).

4.2. Im vorliegenden Fall ist bisher keine (rechtswidrige) formelle Verfügung ergangen. Der Studienauftrag mit Option ist der Beschwerdeführerin und der West 8 in Umgehung der Regeln des öffentlichen Vergaberechts freihändig vergeben worden. Auch hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin und der West 8 am 10. Juli 2007 in vergaberechtswidriger Weise freihändig Aufträge erteilt. In sachgemässer Anwendung von Art. 4 Abs. 1 EGöB ist die Vorinstanz somit schadenersatzpflichtig. Die Vorinstanz haftet nach Art. 4 Abs. 1 EGöB indessen nicht für den Schaden im Betrag von Fr. 52'034.00, den die Beschwerdeführerin mit der Begründung geltend macht, der



Stadtrat Rorschach sei vom am 23. November 2006 geschlossenen Vertrag zurückgetreten und habe sie im Sinn von Art. 377 des Obligationenrechts (SR 220, abgekürzt OR) schadlos zu halten. Ausgeschlossen ist sodann der Ersatz von entgangenem Gewinn (vgl. dazu ABl 1997, S. 1900). Beim entgangenem Gewinn im Betrag von Fr. 26'833.90, den die Beschwerdeführerin für sich beansprucht, handelt es sich somit ebenfalls nicht um Schaden im Sinn von Art. 4 Abs. 1 EGöB.

4.3. Die Beschwerdeführerin macht für die "Erarbeitung Offerten" Schadenersatz im Betrag von Fr. 18'828.-- geltend. In diesem Zusammenhang verweist sie auf einen undatierten Beleg "Rorschach Offertstellung", wonach die Architekten Vehovar und Jauslin dafür insgesamt 99 Arbeitsstunden eingesetzt haben, und führt aus, die Erstellung der Gesamtofferte (vom 6. Oktober 2006) habe aufwendige Vorbereitungs- und Evaluationsarbeiten vorausgesetzt. Dieser ausserordentlich hohe Arbeitsaufwand, der nicht näher begründet wird, ist indessen nicht nachvollziehbar und erscheint erheblich übersetzt. Nach Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachgewiesene Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es gerechtfertigt, von Aufwand für die Erstellung der Offerte von rund einer Woche auszugehen, und die Schadenersatzforderung für die "Erarbeitung Offerten" von Fr. 18'828.-- pauschal auf Fr. 7'000.-- zu kürzen.

4.4. Die Beschwerdeführerin fordert im Zusammenhang mit der Instruktion des Rechtsvertreters Schadenersatz im Betrag von Fr. 11'261.20 und für die Kosten des Rechtsvertreters Fr. 9'458.70, insgesamt somit Fr. 20'719.90. Bezüglich der Instruktion des Rechtsvertreters beruft sie sich auf einen undatierten Beleg "Rorschach Rechtsverfahren", wonach die Architekten Vehovar und Jauslin dafür insgesamt 36 Arbeitsstunden eingesetzt haben und wonach ein Mitarbeiter weitere 35.25 Stunden Arbeit geleistet hat. Die Beschwerdeführerin führt in diesem Zusammenhang aus, die Instruktion des Rechtsvertreters sei anlässlich von zwei Besprechungen erfolgt und der Beizug aller am Projekt beteiligten Personen sei unabdingbar gewesen. Gemäss Honorarnote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 15. August 2007 haben zwar zwei Besprechungen von je 1.25 Std. Dauer stattgefunden. Der darüber hinausgehende ausserordentlich grosse Aufwand, der nicht detailliert und nach



Massgabe der verschiedenen Arbeiten und Umtriebe aufgeführt ist, ist indessen nicht nachvollziehbar. Eine Kürzung der Schadenersatzforderung für die Instruktion des Rechtsvertreters auf pauschal Fr. 3'000.-- ist demzufolge gerechtfertigt.

4.5. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass das Schadenersatzbegehren im Umfang von Fr. 10'000.-- begründet ist.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. Es wird festgestellt, dass die Vorinstanz die Aufträge an die Beschwerdegegnerin und an die West 8 am 10. Juli 2007 in rechtswidriger Weise freihändig vergeben hat. Sodann wird der Antrag der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei zu verpflichten, ihr Fr. 117'296.75 als Schadenersatz bzw. Schadloshaltung zu bezahlen, im Umfang von Fr. 10'000.-- gutgeheissen. Im

übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin zu zwei Dritteln. Entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin zu einem Drittel und der Vorinstanz zu zwei Dritteln aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 7'500.-- ist angemessen (Ziff. 382 des Gerichtskostentarifs, sGS 941.12). Die auf die Beschwerdeführerin entfallende Entscheidgebühr von Fr. 2'500.-- ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'500.-- zu verrechnen. Der Rest von Fr. 5'000.-- wird ihr zurückerstattet. Auf die Erhebung der Kosten von Fr. 5'000.-- bei der Vorinstanz ist nicht zu verzichten, weil sie durch Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften veranlasst worden sind (Art. 95 Abs. 2 VRP).

5.2. Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Die Kosten für ihren Rechtsvertreter im Betrag von Fr. 9'458.70 (inkl. MWSt) sind begründet und ausgewiesen. Weil die Beschwerdeführerin zu zwei Dritteln obsiegt, hat sie Anspruch auf einen Drittel der vollen Entschädigung von Fr. 9'458.70, somit auf Fr. 3'152.90 (GVP 1983 Nr. 56; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 832).

5.3. Die Vorinstanz beantragt, es sei ihr eine



ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen. Öffentlich-rechtliche Körperschaften haben indessen grundsätzlich keinen Anspruch auf deren Ersatz (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 176). Zudem ist die Vorinstanz mehrheitlich unterlegen.

5.4. Die Beschwerdegegnerin hat keinen Antrag auf Zusprechung einer Umtriebsentschädigung gestellt.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen:

a) Es wird festgestellt, dass die Politische Gemeinde Rorschach die Aufträge an die Beschwerdegegnerin und an die West 8 urban design & landscape architecture b.v., Rotterdam, am 10. Juli 2007 in vergaberechtswidriger Weise erteilt hat.

b) Die Politische Gemeinde Rorschach hat der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 10'000.-- zu bezahlen.

Im übrigen wird sie abgewiesen.

2./Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 7'500.-- werden der Beschwerdeführerin zu einem Drittel und der Politischen Gemeinde Rorschach zu zwei Dritteln auferlegt. Der Anteil der Beschwerdeführerin von Fr. 2'500.-- wird mit dem Kostenvorschuss von Fr. 7'500.-- verrechnet. Fr. 5'000.-- werden ihr zurückerstattet. Auf die Erhebung des Anteils von Fr. 5'000.-- bei der Vorinstanz wird nicht verzichtet.

3./ Die Politische Gemeinde Rorschach hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 3'152.90 inkl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

4./ Ausseramtliche Kosten der Politischen Gemeinde Rorschach und der Beschwerdegegnerin werden nicht entschädigt.

V. R. W.



Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. Joseph B. Koch, 9500 Wil)
- die Vorinstanz (durch Rechtsanwalt lic. iur. Jürg Bereuter, 9001 St. Gallen)
- die Beschwerdegegnerin

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann nach Massgabe von Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f BGG, Beschwerde an das Bundesgericht geführt werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.