Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.164/2004 /kil

Urteil vom 25. Januar 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
Bietergemeinschaft 1, bestehend aus:
1. A._____ AG,
2. B._____ AG,
3. C._____ GmbH,
4. D._____ SA,
Beschwerdeführerinnen,
alle vertreten durch Rechtsanwalt E._____ und
Rechtsanwalt F._____,

Staatsrat des Kantons Wallis, 1950 Sitten,

gegen

Bietergemeinschaft 2, bestehend aus:
1. G._____ AG,
2. H._____ AG,
3. I._____ AG,
4. J._____ AG,
Beschwerdegegnerinnen,
alle vertreten durch Rechtsanwalt K._____,

Kantonsgericht Wallis, Justizgebäude,
Av. Mathieu-Schiner 1, 1950 Sitten.

Gegenstand
Art. 5, 8, 9, 26, 27 und 29 BV (Vergabe der Mandate für die elektromechanischen Einrichtungen auf der A 9 im Tunnel Riedberg und im gedeckten Einschnitt Turtmann),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 24. Mai 2004.

Sachverhalt:
A.
Im Rahmen der Realisierung der Rhoneautobahn A 9 soll die Strasse im Raume Bahnhof Gampel/Steg auf der Teilstrecke Leuk/Susten West-Steg/Gampel Ost auf der Südseite des Tals durch den neu zu erstellenden Riedbergtunnel geführt werden. Entsprechend war u.a. das Ingenieurmandat für die elektromechanischen Einrichtungen des Tunnels zu vergeben. Das Mandat (Geschäftsnummer M05054) umfasst die Bereiche Stark- und Schwachstrominstallationen sowie Leitsystem und Netzwerk. Es wurde im Amtsblatt des Kantons Wallis Nr.

11 vom 14. März 2003 öffentlich zur Bewerbung ausgeschrieben.

Ebenfalls im Rahmen der Realisierung der Autobahn A 9 soll die Strasse im Norden der Ortschaft Turtmann zwischen dem Rotten und der Industriezone der Gemeinde Turtmann in einem gedeckten Einschnitt geführt werden. Auch hier war u.a. das Ingenieurmandat für die elektromechanischen Einrichtungen des gedeckten Einschnitts zu vergeben. Das Mandat (Geschäftsnummer M05053) umfasst die Bereiche Stark- und Schwachstrominstallationen, Tunnellüftung sowie Leitsystem und Netzwerk; es wurde ebenfalls im Amtsblatt vom 14. März 2003 öffentlich ausgeschrieben.

Nach der Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens lud das kantonale Departement für Verkehr, Bau und Umwelt (Abteilung Nationalstrassen Oberwallis) für beide Mandate je fünf ausgewählte Ingenieurkonsortien zur Offertstellung bis zum 18. August 2003 ein. Unter den diesbezüglich berücksichtigten Konsortien befanden sich einerseits eine Bietergemeinschaft bestehend aus den Unternehmungen A._____ AG, B._____ AG, C._____ GmbH und D._____ SA (Bietergemeinschaft 1), und andererseits eine solche bestehend aus den Unternehmungen G._____ AG, H._____ AG, I._____ AG und J._____ AG (Bietergemeinschaft 2).

Gemäss Protokoll der Offertöffnung betrug beim Mandat M05053 die Gesamtsumme des Angebots der Bietergemeinschaft 1 Fr. 945'022.10 und jene des Angebots der Bietergemeinschaft 2 Fr. 1'293'069.10. Beim Mandat M05054 belief sich das Angebot der Bietergemeinschaft 1 auf Fr. 479'809.30 und jenes der Bietergemeinschaft 2 auf Fr. 758'027.15.

B.

Am 17. Dezember 2003 vergab der Staatsrat des Kantons Wallis das Mandat M05053 zum Preis von Fr. 945'022.10 und das Mandat M05054 zum Preis von Fr. 479'809.30 je an die Bietergemeinschaft 1.

Mit zwei separaten Beschwerden fochten die in der Bietergemeinschaft 2 zusammengeschlossenen Unternehmungen diese Vergabeentscheide beim Kantonsgericht Wallis an. Sie machten geltend, ein Mitglied der Bietergemeinschaft 1 sei bei beiden Aufträgen vorbefasst, weil es im Rahmen der Erarbeitung des generellen Projektes und des Auflageprojektes verschiedene Studien, enthaltend die Stark- und Schwachstrominstallationen, die Tunnellüftung, Leitsystem und Netzwerk ausgeführt und sich dabei einen riesigen Informations- und Wissensvorsprung verschafft habe. Die Bietergemeinschaft 1 habe von diesen Kenntnissen eines ihrer Mitglieder profitiert und deshalb günstiger offerieren können. Dies stelle eine verbotene Wettbewerbsverzerrung und eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar.

Mit Urteil vom 24. Mai 2004 hiess das Kantonsgericht Wallis (Öffentlichrechtliche Abteilung) - nachdem es die Verfahren vereinigt hatte - die beiden Beschwerden gut, hob die angefochtenen Vergabeentscheide des Staatsrates auf und wies die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an diesen zurück. In den Erwägungen hielt das Kantonsgericht fest (S. 18), dass der Zuschlag unter Ausschluss der Bietergemeinschaft 1 neu vorzunehmen sei. Im Wesentlichen begründete das Gericht sein Urteil damit, ein Mitglied der Bietergemeinschaft 1 (die A._____ AG) habe im Rahmen der Projektierung des Tunnels Riedberg und des gedeckten Einschnitts Turtmann am 3. März 2003 freihändig die Mandate M05105 und M05106 (enthaltend u.a. die Projektierung der provisorischen und definitiven Stromversorgung der Tunnel) zum Preis von Fr. 46'840.- bzw. Fr. 39'915.20 erhalten. Damit habe sich die Bietergemeinschaft 1 im Voraus - mehr als die anderen Bewerber - mit der zu erbringenden konkreten Leistung auseinander gesetzt und müsse vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, zumal bereits bei Vorliegen eines objektiv begründeten Anscheins eines Vorteils auf eine unzulässige Vorbefassung zu schliessen sei.

C.

Mit Eingabe vom 28. Juni 2004 teilte Rechtsanwalt F._____ dem Bundesgericht mit, die A._____ AG habe ihn sowie Rechtsanwalt E._____ mit der Interessenwahrung beauftragt. Rechtsanwalt E._____ werde mit heutigem Datum die gemeinsame staatsrechtliche Beschwerde einreichen (was dieser auch tat [Postaufgabe: 28. Juni 2004]). Rechtsanwalt F._____ reichte unter dem Datum vom 28. Juni 2004 (Postaufgabe: 29. Juni 2004) dem Bundesgericht eine inhaltlich gleichlautende Beschwerdeschrift ein.

Mit der staatsrechtlichen Beschwerde beantragen die in der Bietergemeinschaft 1 zusammengeschlossenen Unternehmungen, das Urteil des Kantonsgerichts vom 24. Mai 2004 aufzuheben und den Zuschlag der Mandate M05053 und M05054 an sie zu bestätigen, eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

Die in der Bietergemeinschaft 2 zusammengeschlossenen Unternehmungen beantragen, die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin (...) vollumfänglich abzuweisen. Der Staatsrat des Kantons Wallis schliesst auf Gutheissung der Beschwerde. Das Kantonsgericht Wallis beantragt unter Hinweis auf seinen angefochtenen Entscheid Abweisung der Beschwerde.

Zu den Vernehmlassungen des Kantons hat die Bietergemeinschaft 2 am 9. September 2004 unaufgefordert Stellung genommen. Die dazu eingegangenen Gegenbemerkungen der Bietergemeinschaft 1 vom 30. September 2004 wurden am 7. Oktober 2004 den übrigen Verfahrensbeteiligten zugestellt, die sich dazu äussern konnten.

D.

Mit Verfügung vom 2. September 2004 hat der Abteilungspräsident der staatsrechtlichen Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid des Kantonsgerichts beendet das Submissionsverfahren als solches noch nicht, sondern weist die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an den Staatsrat zurück. Gemäss dem angefochtenen Urteil (S. 18) ist der Zuschlag aber ünter Ausschluss der Bietergemeinschaft 1 neu vorzunehmen. Für die Beschwerdeführerinnen ist das Verfahren somit endgültig abgeschlossen. Der angefochtene Entscheid stellt für sie (als Partei) einen letztinstanzlichen kantonalen Endentscheid dar, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den, da auf Bundesebene kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht, die staatsrechtliche Beschwerde zulässig ist (Art. 84 Abs. 1, 86 und 87 OG). Die Beschwerdeführerinnen sind als am vorliegenden Submissionsverfahren beteiligte Bewerberinnen zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimiert (Art. 88 OG; vgl. BGE 125 II 86 E. 4 S. 95 f.).

Das Ergebnis wäre im Übrigen nicht anders, wenn der Rückweisungsentscheid des Kantonsgerichts, durch den die Beschwerdeführerinnen als Anbieterinnen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 87 OG einzustufen wäre. Ein solcher kann zwar, wenn er nicht Fragen der Zuständigkeit oder des Ausstandes zum Gegenstand hat, mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht nur angefochten werden, wenn er für den Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (vgl. Art. 87 Abs. 2 OG, in der seit 1. März 2000 gültigen Fassung). Der Nachteil muss rechtlicher Natur sein (vgl. BGE 127 I 92 E. 1c S. 94). Diese Voraussetzung wäre vorliegend erfüllt:

Könnten die Beschwerdeführerinnen die Zulässigkeit ihres Ausschlusses erst im Anschluss an den neuen Vergebungsentscheid mit staatsrechtlicher Beschwerde überprüfen lassen, bestünde für sie die Gefahr, dass die Vergebung im Laufe des Verfahrens vollzogen wird und ihr nur noch die Möglichkeit einer Schadenersatzforderung bleibt (vgl. BGE 125 II 86 E. 5b S. 97 f.). Hierin liegt ein drohender nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur, weshalb die Beschwerdeführerinnen auch bei einer solchen Betrachtungsweise zur staatsrechtlichen Beschwerde befugt wären.

1.2 Eine staatsrechtliche Beschwerde ist binnen 30 Tagen, von der nach dem kantonalen Recht massgebenden Eröffnung oder Mitteilung des Erlasses oder der Verfügung an gerechnet, dem Bundesgericht schriftlich einzureichen (Art. 89 Abs. 1 OG). Ist der letzte Tag einer Frist ein Sonntag oder ein vom zutreffenden kantonalen Recht anerkannter Feiertag, so endigt sie am nächstfolgenden Werktag (Art. 32 Abs. 1 OG). Prozessuale Handlungen sind innerhalb der Frist vorzunehmen. Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist der zuständigen Behörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 32 Abs. 3 OG).

Das vorliegend angefochtene Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 24. Mai 2004 wurde am 27. Mai 2004

versandt und traf am 28. Mai 2004 bei den Beschwerdeführerinnen ein. Nach den erwähnten Regelungen des Bundesrechtspflegegesetzes lief die Frist zur Einreichung einer staatsrechtlichen Beschwerde somit bis zum 28. Juni 2004. Die Beschwerdeführerinnen reichten dem Bundesgericht (mit Postaufgabe vom 28. und 29. Juni 2004) zwei inhaltlich deckungsgleiche, von zwei Rechtsanwälten je allein unterzeichnete Eingaben ein. Nachdem zumindest die von Rechtsanwalt E._____ unterzeichnete Beschwerdeschrift am 28. Juni 2004 rechtzeitig versandt worden ist und Rechtsanwalt F._____ diese Eingabe in einem ebenfalls rechtzeitig versandten Schreiben ausdrücklich als gemeinsame bezeichnet hat (vgl. vorne C̈.-ẗ), ist die Frist zur Einreichung der staatsrechtlichen Beschwerde gewahrt .

1.3 Dass sich die jetzigen Beschwerdeführerinnen am Verfahren vor dem Kantonsgericht Wallis nicht aktiv beteiligt haben, ändert nichts an ihrer Befugnis, die in diesem Verfahren erfolgte Aufhebung des an sie ergangenen Zuschlags mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten. Sie können zwar nicht als Verletzung des rechtlichen Gehörs beanstanden, dass Beweisanträge des Staatsrates vom Kantonsgericht nicht abgenommen worden sind, nachdem sie in jenem Verfahren selber keine solchen Anträge gestellt, sondern auf die Ausübung von Parteirechten verzichtet haben. Sie können aber die dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Sachverhaltsfeststellung und die darauf beruhende rechtliche Würdigung in materieller Hinsicht anfechten und müssen sich nicht gefallen lassen, dass der ihnen erteilte Zuschlag in verfassungswidriger Weise aufgehoben wird. Zu prüfen sind allerdings nur Rügen, die bereits in der innert Frist erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde enthalten sind; soweit mit der späteren Eingabe der Beschwerdeführerinnen neue rechtliche Einwendungen erhoben werden, ist darauf nicht einzugehen.

1.4 Die staatsrechtliche Beschwerde ist, von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, rein kassatorischer Natur (BGE 129 I 173 E. 1.5 S. 176 mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeführerinnen mehr beantragen als die Aufhebung des angefochtenen Urteils (nämlich die Bestätigung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft 1 [Ziff. 2 der Rechtsbegehren]oder eine explizite Rückweisung zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht [Ziff. 3]), ist auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten.

1.5 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Beschwerdeschrift die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 107 Ia 186 E. b).

2.

Streitig sind in den beiden Submissionsverfahren betreffend die Autobahn A 9 je die Ingenieurmandate für die elektromechanischen Einrichtungen im Riedbergtunnel (M05054) sowie im g̈edeckten EinschnittG̈emeinde Turtmann (M05053). Die vor Bundesgericht rekurrierende Bietergemeinschaft 1 lag mit ihren Angeboten (Fr. 479'809.30 bzw. Fr. 945'022.10) in beiden Fällen massiv tiefer als die vor Kantonsgericht obsiegende Bietergemeinschaft 2 (mit Angeboten von Fr. 758'027.15 bzw. Fr. 1'293'069.10). Durch den angefochtenen Entscheid wird die Bietergemeinschaft 1 wegen unzulässiger Vorbefassung von der Submission ausgeschlossen.

3.

3.1 Eine Vorbefassung liegt vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (vgl. Res Nyffenegger/Hans Ulrich Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004 Heft 2 S. 49 ff., S. 55). Eine solche Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren. Der vorbefasste Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten. Oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergebungsbehörde durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 56/57).

3.2 Die einschlägigen Erlasse und Abkommen (vgl. das GATT/WTO-Abkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [SR 0.632.231.422], das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens [SR 0.172.052.68, in Kraft seit 1. Juni 2002], ferner das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB, SR 172.056.1], die zugehörige Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das

öffentliche Beschaffungswesen [VoeB, SR 172.056.11], sodann die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/ 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SR 172.056.5], und schliesslich das hier anwendbare kantonale Recht [Gesetz vom 23. Juni 1998 betreffend das öffentliche Beschaffungswesen, GöB, in Kraft bis zum 31. Mai 2003) befassen sich mit dem Problem der Vorbefassung nicht ausdrücklich oder nur am Rande (vgl. Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 57-62). Die Rechtsprechung der Kantone stützt sich diesbezüglich unmittelbar auf das Gleichbehandlungsgebot bzw. auf das Verbot der Wettbewerbsverfälschung.
3.3 Eine Vorbefassung hat im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge. Nach der Praxis obliegt der Beweis, dass aus der Mitwirkung im Vorfeld des Submissionsverfahrens kein Wettbewerbsvorteil resultiert, dem betreffenden vorbefassten Anbieter (Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 63/64). Eine Beteiligung am Submissionsverfahren trotz Vorbefassung gilt unter anderem dann als zulässig, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist, ferner auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt wird (Herstellung von Transparenz; Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 64 f., 68 f., mit Hinweisen). Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder
gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 68/69, mit Hinweisen; vgl. zu diesem Themenkreis auch Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 14 ff., und Andrea Bass/Alberto Crameri, Neues Submissionsrecht im Kanton Graubünden, in: ZGRG 4/04 S. 133).
4.
4.1 Von der dargelegten rechtlichen Betrachtungsweise ausgehend, erblickte das Kantonsgericht eine unzulässige Vorbefassung der Bietergemeinschaft 1 in der Tatsache, dass der A._____ AG ïm Rahmen der Projektierung̈der beiden Bauvorhaben am 3. März 2003 freihändig die Mandate M05106 (betreffend den Riedbergtunnel) und M05105 (betreffend den gedeckten Einschnitt Turtmann) erteilt worden waren. Diese Mandate verlangten folgende zu erbringende Leistungen:

Gedeckter Einschnitt Turtmann (M05105):
- Projektierung der provisorischen und definitiven Stromversorgung des Tunnels
- Projektierungs- und Beratungsarbeiten im Zusammenhang mit der Erstellung des R̈osa-Dossiers Bauünd der Ausschreibung der Baumeisterarbeiten

Für das Mandat M05106 (Tunnel Riedberg) kam hinzu:
- Projektierung Signalisation Tennen und Anspeisung Baustellenbüro Vallesia und FP Raron
4.2 Die Vergabebehörde hatte in ihrer Stellungnahme an das Kantonsgericht dem entsprechenden Einwand der Bietergemeinschaft 2 entgegengehalten, dass zwischen den erwähnten früheren (M05105, M05106) und den vorliegend streitigen (M05053, M05054) Mandaten wesentliche Unterschiede bestünden. Letztere beträfen die Planung für die elektromechanischen Einrichtungen der definitiven Phase (d.h. der Inbetriebsetzung des Tunnels bzw. des gedeckten Einschnitts), wobei es insbesondere um die Planung der Tunnelentlüftung, der Beleuchtung, der Signalisation, des Netzwerkes und Leitsystems sowie der mehrheitlichen Teile der definitiven Stromerschliessung des Tunnels gehe. Die früheren, freihändig vergebenen Mandate vom 3. März 2003 hätten demgegenüber die P̈rojektierung der provisorischen und definitiven Stromversorgung des Tunnels b̈etroffen. Die Planung der provisorischen Baustromerschliessung grenze sich grundsätzlich von der Planung der definitiven Stromerschliessung des Tunnels und dessen elektromechanischen Einrichtungen ab, womit eine qualifizierte Vorbefassung im Zusammenhang mit diesen beiden Planungsmaterien sachlich auszuschliessen sei. Aus der Mandatsumschreibung ergebe sich nur insoweit ein Zusammenhang zwischen den beiden Losen,
als die früheren Mandate ebenfalls die Planung von - wenn auch geringen - Teilen der definitiven Stromversorgung beinhaltet hätten. Die Baustromversorgung sei so auszulegen gewesen, dass namentlich deren Rohr- und Kabelanlagen auch zur Versorgung der definitiven Transformatorenstation des Tunnels weiter verwendet werden könnten. Daraus könne aber nicht auf eine qualifizierte Vorbefassung geschlossen werden. Der inhaltliche Zusammenhang sei in den Unterlagen für die spätere Ausschreibung für alle Anbieter offen gelegt worden,

indem der betreffende Bereich (Ëenergieversorgung durch das EW[gemeint sei die Energieversorgung durch das Elektrizitätswerk mit Monopolstellung]) nicht mehr zu offerieren und eine neue Submission hiefür überflüssig gewesen sei. Im Übrigen mache der fragliche Bereich der beiden früheren Mandate nur einen verschwindend kleinen Teil der jetzt streitigen Planungsmandate aus, womit auch aus rein quantitativer Sicht nicht von einer qualifizierten Vorbefassung gesprochen werden könne. Es handle sich um eine branchenüblich bekannte Ṗroblematik/Aufgabenstellung, aus der keine Vorbefassung mit privilegiertem Informations- und Wissensstand für spätere Projekte abgeleitet werden könne; bei der Koordination der beiden
Lose an deren Schnittstellenproblematik handle es sich einzig um die Umsetzung allgemein gültiger Kenntnisse der elektromechanischen Branche (vgl. Beschwerdeantworten des Staatsrates an das Kantonsgericht vom 16. Februar 2003). In zwei späteren Eingaben an das Kantonsgericht (vom 13. Mai 2004) legte der zuständige Beamte der Sektion Nationalstrassen des kantonalen Departements für Verkehr, Bau und Umwelt dar, dass die Offerten der A._____ AG für die früheren Mandate M05105 und M05106 betreffend die provisorische und definitive Stromversorgung auf Fr. 36'532.45 bzw. 39'915.70 gelautet hätten, wobei die in der Mandatsbeschreibung M05105 verlangte Ëeratung der Bauingenieureünd die Äbgabe der entsprechenden Dokumenteür das Ṙosa-Dossier Bau, welche die einzige Schnittstelle zum streitigen Mandat M05053 darstellten, aufgrund des bescheidenen Umfanges von der A._____ AG für lediglich Fr. 7'000.– offeriert worden sei; auch beim Mandat M05106 seien auf Sonderleistungen Ïnfrastruktur technische Lokaleünd Ïnfrastruktur Tunnel und Vorzonen, als einzige Schnittstelle, nur Fr. 5'300.– entfallen.
4.3 Das Kantonsgericht stellte dazu fest, die A._____ AG habe mit dem Mandat M05106 nebst der Projektierung der provisorischen und definitiven Stromversorgung des Riedbergtunnels auch Projektierungs- und Beratungsarbeiten im Zusammenhang mit der Erstellung des Ṙosa-Dossiers Bauünd der Ausschreibung der Baumeisterarbeiten übernommen, was über den von der Vergabebehörde skizzierten Rahmen hinausgehe. Das Gericht stützte sich auf eine Mitteilung der A._____ AG vom 25. September 2003 an die Vergabebehörde, wonach die Ünterlagenëbereits erstellt und mit dem Bauingenieur koordiniert seien. Zudem habe die Vergabebehörde ihrerseits darauf hingewiesen, dass die A._____ AG in beratender Funktion im Rahmen des Mandats M05106 an einigen Sitzungen mit den Bauingenieur- und Architektenbüros betreffend Ṽorschläge und Pläne der technischen Lokale (...)ïeilgenommen habe. Diese Aussagen liessen den Schluss zu, dass sich die A._____ AG in dieser Funktion bereits mit den Problemen beschäftigt habe, die auch Gegenstand des nachfolgenden Mandats M05054 seien. Ob ein daraus resultierendes Mehrwissen der Bietergemeinschaft 1 tatsächlich einen konkreten, effektiven Vorteil bei der Erarbeitung und Präsentation der Offerte gebracht habe,
sei nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Nach der Rechtsprechung genüge bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils.

Weiter erwog das Gericht, die zum Mandat M05054 (Riedbergtunnel) angestellten Überlegungen hätten sinngemäss auch Geltung für das Mandat M05053 (gedeckter Einschnitt Turtmann), wo die A._____ AG ebenfalls zuvor einen gleichlautenden Auftrag über Fr. 46'840.– erhalten habe (S. 13-15 des angefochtenen Urteils).

Das Kantonsgericht verneinte sodann das Vorliegen der Voraussetzungen (vgl. E. 3.3), unter denen nach Lehre und Praxis ein Anbieter trotz Vorbefassung zur Teilnahme an der Submission zugelassen werden kann. Es erwog, die ausgeschriebenen Arbeiten könnten nicht nur von einigen wenigen Anbietern geleistet werden. Ebenso wenig könnten die beiden Mandate M05105 und M05106 bloss als untergeordnete Arbeiten im Vorgang zur vorliegenden Ausschreibung angesehen werden. Des weitern habe die Vergabebehörde trotz feststehender Vorbefassung nichts unternommen, um durch die gebotene Transparenz für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten; insbesondere hätten die in der Präqualifikation bezeichneten Bewerber darauf aufmerksam gemacht werden müssen, dass die A._____ AG die beiden Mandate M505105 und M505106 erhalten habe. Umfang und Ergebnisse dieser Arbeiten hätten bekannt gegeben und den Mitbewerbern zugänglich gemacht werden müssen, damit diese entsprechend reagieren und durch Einsichtnahme in die entsprechenden, bereits erarbeiteten Unterlagen den allfälligen Wissensvorsprung der Bietergemeinschaft 1 hätten aufholen können. Aufgrund der fehlenden Transparenz und der ungleichen Wettbewerbschancen aller Bewerber
sei die Bietergemeinschaft 1 wegen der ïicht widerlegten Vorbefassungṽom Verfahren auszuschliessen. Wie gross der Umfang der Vorbefassung genau gewesen sei, sei nicht entscheidend. Ebenso könne offen bleiben, ob das Angebot der berücksichtigten Bietergemeinschaft 1 ohne die Vorbefassung durch das frühere Mandat

höher oder jenes der Bietergemeinschaft 2 bei Vornahme der gebotenen Ausgleichsmassnahmen tiefer ausgefallen wäre (S. 16 des angefochtenen Urteils).
5.
5.1 Das Bundesgericht prüft die Anwendung von eidgenössischem und kantonalem Verfassungsrecht frei, jene von kantonalem Gesetzes- und Verordnungsrecht indessen nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür (BGE 129 I 410 E. 2.3 S. 414 mit Hinweisen).
5.2 Soweit die Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf das rechtliche Gehör (Art. 29 BV) beanstanden (S. 13/14 der Beschwerdeschrift), dass das Kantonsgericht zu Unrecht auf die - vom Staatsrat und der Bietergemeinschaft 2 beantragte - Partei- und Zeugenbefragung verzichtet habe, dringen sie damit nicht durch. Die Bietergemeinschaft 1 hat auf die ihr offen stehende Möglichkeit, sich durch Einreichung einer Beschwerdeantwort (bzw. einer Duplik) am Verfahren vor dem Kantonsgericht zu beteiligen und zur Feststellung des Sachverhaltes Beweisanträge zu stellen, verzichtet, so dass in der beanstandeten Nichtabnahme der von anderen Parteien beantragten Beweise keine Verletzung des den Beschwerdeführerinnen zustehenden verfassungsrechtlichen Gehörsanspruches liegen kann (vgl. auch E. 1.3).
5.3 Ebenso wenig kann dem Kantonsgericht eine Verfassungsverletzung vorgeworfen werden, wenn es sich in der Begründung seines Urteils vom 24. Mai 2004 mit dem Inhalt eines ebenfalls vom 24. Mai 2004 datierenden und per Fax übermittelten Schreiben des R̈echtsdienstes Nationalstrassenn̈icht auseinander gesetzt hat.
5.4 Das Kantonsgericht durfte sodann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen (vgl. S. 30 der Beschwerdeschrift) zumindest ohne Willkür davon ausgehen, eine Information der übrigen Anbieter über den fraglichen Wissensvorsprung der Bietergemeinschaft 1 - welche allenfalls deren Zulassung trotz Vorbefassung erlaubt hätte (vgl. E. 3.3) - sei unterblieben. Wohl bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Bietergemeinschaft 2 über die bestehende Involvierung der Bietergemeinschaft 1 im Bilde war, doch erscheint der gegenteilige Schluss des Kantonsgerichts (S. 11 des angefochtenen Urteils) nicht unhaltbar und willkürlich.
5.5 Die Rüge der Beschwerdeführerinnen (S. 34 der Beschwerdeschrift), wonach sie durch ihren Ausschluss aus der Submission in der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) verletzt würden, ist offensichtlich unbegründet. Darin, dass ihnen allenfalls ein Geschäftsgewinn entgeht, liegt kein Eingriff in geschützte Eigentumsrechte. Die mitangerufene Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gibt ebenfalls keinen Anspruch darauf, staatliche Aufträge zu erhalten. Hingegen kann der Ausschluss aus einer Submission das in der genannten Verfassungsgarantie mitenthaltene Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen verletzen. Dieses wird für den Bereich der öffentlichen Beschaffungen durch die einschlägigen spezialgesetzlichen Normen konkretisiert, deren Handhabung, soweit es sich um kantonales Recht handelt, auf staatsrechtliche Beschwerde hin vorab unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes zu prüfen ist (vgl. E. 5.1).
5.6 Ob die Rüge der unzulässigen Vorbefassung - wie seitens des Staatsrates geltend gemacht - spätestens im Anschluss an den Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer am selektiven Verfahren erhoben werden müsste und die Frage einer allfälligen Vorbefassung eines zugelassenen Anbieters, selbst wenn wesentliche Tatsachen erst nachträglich bekannt werden, von den übrigen Bewerbern im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages nicht mehr aufgeworfen werden kann, erscheint zweifelhaft; doch braucht dies aufgrund der nachfolgenden Erwägung nicht entschieden zu werden:
5.7
5.7.1 Es stellt sich vorab die Frage, ob der in der Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungswesen entwickelte Grundsatz, wonach v̈orbefassteÜnternehmen von der Submission auszuschliessen sind, vorliegend überhaupt in einer vertretbaren Weise angewendet worden ist. Zweifel bestehen zunächst, ob von einer unzulässigen Vorbefassung schon dann gesprochen werden kann, wenn es sich beim bereits ausgeführten Mandat für das gleiche Projekt um einen sachlich verschiedenen und submissionsrechtlich zulässigerweise separat zu vergebenden Teilbereich handelt, wie das hier nach Angabe der kantonalen Fachstelle der Fall gewesen sein soll. Hierin liegt noch keine unerlaubte Mitwirkung bei der V̈orbereitung eines Submissionsverfahrensöder bei der Definierung des Projektes bzw. der damit verbundenen Spezifikationen. Der blosse Umstand, dass ein Unternehmer durch die Ausführung eines Auftrages an einem bereits definierten Projekt sich für die Offertstellung für verbleibende verwandte Teilbereiche des gleichen Projektes allenfalls gewisse Vorteile verschafft, vermag dessen Ausschluss als Anbieter noch nicht zu rechtfertigen. Das Ziel des haushälterischen Umganges mit öffentlichen Mitteln, welches neben dem Anliegen der Gleichbehandlung der
Anbieter ebenfalls zu beachten ist (vgl. Bass/Crameri, a.a.O., S.133/134), kann - die Einhaltung der Regeln des Vergabeverfahrens vorausgesetzt - eine Ausnützung derartiger Synergieeffekte sogar gebieten.

Soweit jedoch die Ausführung eines ersten Mandates spezielle objektive Kenntnisse verschafft, welche für die Offertstellung für zu vergebende weitere Teilbereiche von wesentlicher Bedeutung sind, müssen diese vom öffentlichen Auftraggeber allen Bewerbern zugänglich gemacht werden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg vom 28. Mai 2004, in: RDAF 2004 S. 270, 275 f.). Der Staatsrat hat in seinen einlässlichen Stellungnahmen (Beschwerdeantwort an das Kantonsgericht vom 16. Februar 2004, Ziff. 9 S. 7, Duplik vom 26. April 2004, S. 3) darauf hingewiesen, dass im Laufe der jahrzehntelangen Planung für die A 9 viele Unternehmungen abstrakt mit diesem Projekt vorbefasst seien und sich auch ohne Zuschlagserteilung Vorwissen angeeignet hätten. Mehrere Mitglieder der Bietergemeinschaft 2 hätten zudem noch in der jüngsten Vergangenheit Planungsmandate erhalten, die nach ihrem Verständnis ebenfalls zum Verfahrensausschluss führen müssten. Der Begriff der Vorbefassung sei richtigerweise aber restriktiv zu interpretieren.

Das Kantonsgericht hat sich mit diesen sowohl in grundsätzlicher wie auch in fachtechnischer Hinsicht aufschlussreichen Darlegungen kaum auseinander gesetzt.
5.7.2 Es fällt vorliegend des weitern auf, dass die beiden früheren Mandate der A._____ AG für die provisorische und definitive Stromversorgung, aufgrund derer die Bietergemeinschaft 1 einen entscheidenden Wissensvorsprung auf die vorliegend im Streit liegenden Offertstellungen für die elektromechanischen Einrichtungen erhalten haben soll, auf relativ niedrigen Offertbeträgen beruhten (Fr. 46'840.– [gedeckter Einschnitt Turtmann]bzw. Fr. 39'915.– [Riedbergtunnel]), wobei jene Teile, die nach Angaben der kantonalen Fachstelle einzig Berührungspunkte zur jetzigen Vergebung aufwiesen, jeweils bloss wenige Tausend Franken ausgemacht haben sollen (vgl. E. 4.2). Es ist alsdann nicht ohne weiteres verständlich, wie aus der Ausführung dieser kleinen Mandate für die Bietergemeinschaft 1 Vorteile resultieren sollten, welche bei den späteren Offerten für die elektromechanischen Einrichtungen die dargestellten massiven Differenzen von mehreren Hunderttausend Franken zwischen dem Angebot der Bietergemeinschaft 1 und jenem der Bietergemeinschaft 2 zu erklären vermöchten. Die Vergabebehörden haben geltend gemacht, der objektive Vergleich sämtlicher Offerten belege, dass das Angebot der Bietergemeinschaft 2 ëindeutig überhöhtŝei (vgl.
Duplik des Staatsrates vom 26. April 2004, S. 6). Das Kantonsgericht stellte in dieser Frage nicht auf die Ausführungen der kantonalen Fachstelle ab, welche das Vorliegen eines aus dem früheren Mandat resultierenden Wissensvorsprungs verneinte, sondern kam in eigener Würdigung der Akten durch zum Teil schwer nachvollziehbare Überlegungen zum Schluss, bei der Bietergemeinschaft 1 bestehe eine unerlaubte Vorbefassung. Dabei hat das Gericht, wie bereits dargelegt (E. 4.3), die Frage, ob das aus dem früheren Mandat stammende M̈ehrwissend̈er Bietergemeinschaft 1 ẗatsächlich einen konkreten, effektiven Vorteil f̈ur die Erarbeitung der streitigen Offerten gebracht habe, offen gelassen. Es hat erwogen, schon der objektiv begründete Anschein eines Vorteils genüge, um die Vermutung einer unzulässigen Vorbefassung entstehen zu lassen, und der Nachweis, dass die Vorbefassung keinen Wettbewerbsvorteil gebracht habe, obliege dem betreffenden Anbieter (S. 15 des angefochtenen Urteils).
5.7.3 Diese letztere Betrachtungsweise, auf die sich das angefochtene Urteil entscheidend stützt, erscheint nicht haltbar. Die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern, welch letztere schon durch den objektiv begründeten Anschein einer Befangenheit gegeben sein kann (vgl. BGE 127 I 196 E. 2b S. 198; 126 I 68 E. 3a S. 73, je mit Hinweisen), lässt sich nicht auf die Zulassung von Bewerbern zur Submission übertragen (vgl. Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 70 ff.). Sie hat ihren Grund in der besonderen Funktion des Richters. Ein Unternehmer muss sich demgegenüber seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen ist. Die Beweislast hiefür obliegt im Streitfall, soweit keine gegenteilige Regelung besteht, nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbefassten Anbieter (der immerhin im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht zur Abklärung beizutragen hat), sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspricht (Nyffenegger/Kobel, a.a.O., S. 71/72).

Der Verzicht des Kantonsgerichts auf die nähere Abklärung der Frage, ob und in welchem Umfang die Bietergemeinschaft 1 aus den früheren Mandaten tatsächlich einen konkreten Wettbewerbsvorteil gezogen hat, erscheint umso stossender, als einerseits zweifelhaft ist, ob der vorliegende Tatbestand überhaupt unter den Begriff der Vorbefassung zu subsumieren ist (vgl. E. 5.7.1), und als andererseits ein Ausschluss der Bietergemeinschaft 1 von der Submission aufgrund der weit höheren Offerten der übrigen Anbieter für die öffentliche Hand zu

beträchtlichen Mehrausgaben führen würde: Auch das Gebot des haushälterischen Umganges mit öffentlichen Mitteln hätte das Kantonsgericht veranlassen müssen, die Frage nach dem Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils - sei es durch gezielte Befragung der kantonalen Fachstelle, sei es durch den Beizug eines Experten - näher abzuklären.

Der angefochtene Entscheid verstösst bei gesamthafter Würdigung der Umstände gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) und ist daher aufzuheben.

6.

Die staatsrechtliche Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und das angefochtene Urteil aufzuheben. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdegegnerinnen die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG), und sie haben die Beschwerdeführerinnen für dieses Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG
analog).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Kantonsgerichts Wallis (Öffentlichrechtliche Abteilung) vom 24. Mai 2004 aufgehoben.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.– wird den in der Bietergemeinschaft 2 zusammengeschlossenen Beschwerdegegnerinnen auferlegt, unter solidarischer Haftung der einzelnen Mitglieder.

3.

Die in der Bietergemeinschaft 2 zusammengeschlossenen Beschwerdegegnerinnen haben, unter solidarischer Haftung der einzelnen Mitglieder, die in der Bietergemeinschaft 1 zusammengeschlossenen Beschwerdeführerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 10'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Staatsrat und dem Kantonsgericht Wallis schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Januar 2005

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber