



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
ERV-Anschriftcode: Z011300
ERsB: 9110019835300

GZ: VGW-123/074/10025/2025-31
A. SE

Wien, 8.9.2025

GZ: VGW-123/074/10198/2025
B. Gesellschaft m.b.H.

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über die Anträge der A. SE und B. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens betreffend eine Direktvergabe (unzulässige wesentliche Vertragsänderung) im Anschluss an das Vergabeverfahren "B2015 Brigittenauer Brücke und B2007 Floridsdorfer Brücke - FÜK Tausch - GU Bau", der Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 29 – Brückenbau und Grundbau, vertreten durch Rechtsanwälte, nach mündlicher Verkündung am 28.7.2025,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag, die Wahl der Direktvergabe für den „Tausch der Fahrbahnübergangskonstruktionen für das Projekt B2015 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke“ für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- II. Der Eventualantrag auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend „Tausch der Fahrbahnübergangskonstruktionen für das Projekt B2015 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke“ (unzulässige wesentliche Vertragsänderung) wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, und der Eventualantrag auf Feststellung, dass die Zuschlagserteilung ohne

Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018 oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, werden abgewiesen.

- III. Die Antragstellerinnen haben die von ihnen entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 29 (Antragsgegnerin bzw. Auftraggeberin), führte ein Bauverfahren im Oberschwellenbereich als offenes Verfahren, nämlich "B2015 Brigittenauer Brücke und B2007 Floridsdorfer Brücke - FÜK Tausch - GU Bau" und beendete dieses Vergabeverfahren mit Zuschlagserteilung am 7.5.2025 an die C. GmbH (präsumtive Zuschlagsempfängerin bzw. Teilhabeberechtigte). Dieser Bauauftrag umfasst unter anderem die Errichtung mehrerer Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK) an der Brigittenauer Brücke und der Floridsdorfer Brücke. Mit den auftragsgegenständlichen Arbeiten wurde bereits begonnen.

Die Antragstellerinnen, A. SE und B. Gesellschaft m.b.H., brachten am 4.7.25, eingelangt am 7.7.25, einen Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Wahl der Direktvergabe für den Tausch der Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK) für das Projekt B2015 Brigittenauer Brücke & B2007 Floridsdorfer Brücke, einen Antrag auf mündliche Verhandlung, einen Antrag auf Pauschalgebührenerstattung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein und brachten zusammengefasst vor:

Die Antragstellerin A. SE (Erst-Antragstellerin) habe sich nicht selbst als Bieterin am offenen Verfahren beteiligt, die Antragstellerin B. Gesellschaft m.b.H. (Zweit-Antragstellerin), eine Tochtergesellschaft, habe als Subunternehmerin für mehrere Bieter des Vergabeverfahrens für den Leistungsteil Lieferung und Montage von Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK) teilgenommen und jeweils ein Subunternehmerangebot für die Ausführung dieses Leistungsteils gelegt. Insbesondere sei sie auch von der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin zur Abgabe

eines Angebots für die Lieferung und Montage von Fahrbahnübergangskonstruktionen aufgefördert worden.

Aus der veröffentlichten Bekanntgabe des vergebenen Auftrages vom 5.6.2025 ergebe sich, dass die Antragsgegnerin der Zuschlagsempfängerin am „8.5.2025“ den Zuschlag im offenen Verfahren erteilt habe.

Die Zweit-Antragstellerin habe mit der Zuschlagsempfängerin und der Antragsgegnerin Kontakt aufgenommen und auf die ausschreibungskonforme Ausführung hingewiesen. Die Schreiben seien unbeantwortet geblieben. Mit Schreiben vom 1.7.2025 habe die Zuschlagsempfängerin per Mail mitgeteilt, dass die Tochtergesellschaft nicht beauftragt werde. Dies bedeute nach Ansicht der Antragstellerin, dass entgegen dem klaren Wortlaut des Leistungsverzeichnisses die gegenständlichen FÜK und FÜK-Trägerkonstruktionen für die 3 Objekte B200702, B201502 und B201503 offenbar nicht wie ausgeschrieben als symmetrische Konstruktionen, sondern als asymmetrische Konstruktionen umgesetzt würden oder nicht gemäß den Ausschreibungsunterlagen zugelassene Konstruktionen eingebaut werden sollen.

Die Zweit-Antragstellerin habe erfahren, dass die Zuschlagsempfängerin einen anderen Hersteller als Subunternehmer für sämtliche Konstruktionen einsetzen wolle und verfüge dieser über keine zugelassenen Übergangskonstruktionen mit symmetrischer Bewegungsaufteilung gemäß bestandsfester Festlegung.

Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin mit der Zuschlagsempfängerin die abweichende Ausführung des gegenständlichen Bauauftrages und damit unzulässige wesentliche Vertragsänderungen vereinbart habe oder vereinbaren wolle, ohne dass die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen würden. Es sei das Leistungsverzeichnis nach der Zuschlagserteilung von der Antragsgegnerin und der Zuschlagsempfängerin nachträglich geändert worden, um der Zuschlagsempfängerin die Durchführung des Auftrages mit nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprechenden asymmetrischen Konstruktionen zu ermöglichen. Eine derartige nachträgliche Änderung sei jedoch unzulässig und stelle eine wesentliche Vertragsänderung gemäß § 365 BVergG 2018 dar. Dies sei vergaberechtlich

unzulässig und stelle nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine solche nachträgliche freihändige Vertragsänderung eine unzulässige Direktvergabe dar (VwGH 19.6.2020, Ra 2017/04/0125), die von der Antragstellerin mit Antrag auf Nachprüfung, in eventu, für den Fall, dass die Vertragsänderung bereits abgeschlossen und der Zuschlag daher bereits erteilt worden sei, mit Antrag auf Feststellung bekämpft werde.

Es werde das offene Verfahren, das am 11.11.2024 europaweit bekannt gemacht worden sei, nicht bekämpft. Gegenstand dieses Verfahren sei ausschließlich die als Direktvergabe zu qualifizierende nachträgliche Vertragsänderung, mit der die Antragsgegnerin nach diesem Verfahren zur Ausführung der FÜK-Konstruktionen in asymmetrischer oder nicht zugelassener symmetrischer Ausführung beauftragt worden sei bzw dieser zugestimmt habe.

Der Antrag auf Nichtigerklärung sei rechtzeitig, da die Antragstellerinnen von einem genauen Zuschlagszeitpunkt betreffend die Direktvergabe noch immer keine Kenntnis hätten. Allerdings habe die Tochtergesellschaft der A. SE mit Mail vom 1.7.2025 von der Zuschlagsempfängerin erfahren, dass sie nicht als Subunternehmerin eingesetzt werde (Der eventualiter gestellte Feststellungsantrag sei ebenso in offener Frist eingebracht.). Die Vergebührung nach der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 sei erfolgt und werde auf den Nachweis verwiesen.

Sowohl für den Antrag auf Nachprüfung als auch den Eventualantrag auf Feststellung sei die Antragslegitimation weit zu verstehen und sei die Antragstellerin im Bereich der Brückensanierungen auf die Planung, Fertigung und Montage von FÜK und Brückenlagerung spezialisiert. Es bestehe daher Interesse am Vertragsabschluss. Bei endgültigem Entgang des Auftrages drohe nicht nur ein Schaden in Gestalt des entgangenen angemessenen Gewinns bzw. Deckungsbeitrags aus dem gelegten Subunternehmerangebot für die Teilleistung, sondern auch in Gestalt frustrierter Aufwendungen. Auch handle es sich beim gegenständlichen Bauauftrag um ein wichtiges Referenzprojekt.

Begründend wurde weiter ausgeführt, dass beim offenen Verfahren ein striktes Verhandlungsverbot über den Vertragsinhalt bestehe. Nachträgliche Änderungen

des Vertragsinhalts seien nur in den engen Grenzen des § 365 BVergG 2018 ohne neuerliche Ausschreibung zulässig, also nur dann, wenn eine unwesentliche Vertragsänderung vorliege. An diese Änderungen sei ein strenger Maßstab anzulegen und werde dazu auf Rechtsprechung verwiesen. Die Antragsgegnerin habe in den Ausschreibungsunterlagen auch keine den Bestimmtheitsanforderungen gemäß stRspr entsprechende Änderungsklausel aufgenommen, die eine derartige nachträgliche Änderung erlauben würde.

Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 18.7.2025

Die Antragsgegnerin habe das offene Verfahren „B2015 + B2007 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke FÜK Tausch GU-Leistungen“ im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Vertrages zur Erbringung von Bauleistungen durchgeführt. Der Auftragswert des Gesamtbauvorhabens liege im Oberschwellenbereich. Gegenstand dieses Verfahrens zum Abschluss eines Vertrages mit dem Bieter, der das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt habe, sei die Erbringung von Bauleistungen betreffend die Erneuerung von Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK). Die Auftragnehmerin habe am 7.1.2025 ein Angebot abgegeben, in dem sie mehrere Subunternehmer für den Leistungsteil der Lieferung von FÜK namhaft gemacht habe. Die Zweit-Antragstellerin sei eine von der Auftragnehmerin im Vergabeverfahren namhaft gemachten Subunternehmerin. Die Erst-Antragstellerin sei am Verfahren nicht beteiligt gewesen.

Das Angebot der Auftragnehmerin sei von der Antragsgegnerin im Rahmen des abgeschlossenen Vergabeverfahrens geprüft worden. Die Antragsgegnerin sei zu dem Schluss gekommen, dass das Angebot allen Anforderungen und Vorgaben entspreche. Die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren sei nicht angefochten und der Auftrag sei am 7.5.2025 der Auftragnehmerin erteilt worden. Das Verfahren sei damit abgeschlossen.

In weiterer Folge sei am 4.7.2025 der gegenständliche Nachprüfungsantrag der Antragstellerinnen eingebracht worden. Es werde darin eine angebliche nachträgliche freihändige Vertragsänderung, welche nach Rechtsauffassung der Antragstellerin eine unzulässige Direktvergabe darstelle, behauptet. Im Detail

behaupten die Antragstellerinnen, im Leistungsverzeichnis sei festgelegt, dass eine spezielle Zulassung für die FÜK erforderlich sei. Aus den Festlegungen sowie der Beantwortung einer Bieteranfrage gehe hervor, dass für die Ausführung eine Zulassung als symmetrische Konstruktionen nach RVS 15.04.51 festgelegt sei. Festgehalten werde, dass keine nachträgliche Vertragsänderung vorgenommen worden sei. Eine Direktvergabe sei nicht erfolgt. Die Leistung sei nach wie vor so wie in der Ausschreibung gefordert zu erbringen.

In Anbetracht der erhobenen Vorwürfe sei dennoch von der Antragsgegnerin ein externer Gutachter mit der Beurteilung der aufgeworfenen Frage zur Zulassung betraut worden. Es werde auf die gutachterliche Stellungnahme vom 14.7.2025 des DI D. E. sowie auf das Informationsschreiben des Österreichischen Instituts für Bautechnik vom 14.7.2025 verwiesen.

Das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren befinde sich im Stadium nach Abschluss des Vertrages.

Die Antragsgegnerin habe im Leistungsverzeichnis zur Unterleistungsgruppe „41.03 Übergangskonstruktionen“ festgelegt:

„Ständige Vorbemerkungen

1. Allgemeines

Es dürfen nur zugelassenen Übergangskonstruktionen angeboten werden.

Anlageverhältnisse, die in den LV-Positionen nicht angegeben sind (z.B. Knick im Grundriss, Neigungsverhältnisse), sind den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen.

Für die Ausführung des Korrosionsschutzes gelten die ständigen Vorbemerkungen der ULG3601, die RVS 15.05.11 sowie die technischen Vertragsbedingungen RVS 08.09.01, RVS 08.09.02 und RVS 08.09.04 vollinhaltlich.

Der Hersteller hat eigenverantwortlich auf die Einhaltung der erforderlichen Qualität zu achten. Auf Verlangen sind Werkszeugnisse bzw. eine Bestätigung der Fremdüberwachung vorzulegen.

Für die beim Einbau der Übergangskonstruktionen erforderlichen Betonarbeiten gelten die ständigen Vorbemerkungen der LG31 und ihrer Unterleistungsgruppe

sowie die technischen Vertragsbedingungen RVS 08.06.01 und RVS 08.06.02 vollinhaltlich. (...)“

Als Beilage zum Leistungsverzeichnis sei der Technische Bericht den Ausschreibungsunterlagen beigelegt gewesen, in dem unter anderem für das „Objekt B200702 über die Donau Widerlager links“ festgelegt sei:

„Für die Auflagerung am Stahltragwerk muss der FÜK-Träger ebenfalls ausgebaut werden. Es muss eine symmetrische Konstruktion eingebaut werden, damit der vorhandene Platz analog zum Bestand genutzt werden kann.“

Für das „Objekt B201502 Strombrücke Trennpfeiler S00“ sei festgelegt:

„Asymmetrische Konstruktionen sind in den vorhandenen Platz nicht integrierbar, daher müssen hier symmetrische Konstruktionen verwendet werden.“

Für das „Objekt B201503 Flutbrücke Trennpfeiler F30“ sei festgelegt:

„Asymmetrische Konstruktionen sind in den vorhandenen Platz nicht integrierbar, daher müssen hier symmetrische Konstruktionen verwendet werden.“

Die Ausschreibungsfestlegungen seien im abgeschlossenen Verfahren nicht angefochten worden und seien bestandsfest. Das Vergabeverfahren sei abgeschlossen. Eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses sei nicht erfolgt.

Es sei darauf zu verweisen, dass den Antragstellerinnen die Antragslegitimation fehle. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags sei, dass der Unternehmer ein Interesse am Vertragsabschluss habe, ihm ein Schaden drohen oder er einen Schaden bereits erlitten und der Unternehmer eine Chance auf Erteilung des Zuschlags habe.

Die Erst-Antragstellerin habe sich am abgeschlossenen Vergabeverfahren gar nicht und die Zweit-Antragstellerin lediglich als Subunternehmerin beteiligt. Dies aus dem Grund, da die Antragstellerinnen die ausschreibungsgegenständlichen

Generalunternehmerleistungen nicht erbringen könnten, sondern lediglich den Leistungsteil der Lieferung von Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK) anböten. Die Antragstellerinnen hätten folglich selbst kein Interesse, am Vergabeverfahren als Bieter teilzunehmen, was sich auch durch eine allfällige neue Ausschreibung nicht geändert hätte, da der von den Antragstellerinnen zu erbringende Leistungsgegenstand nach wie vor nur eine Teilleistung des Gesamtauftrags darstellen würde. Allein aufgrund des fehlenden Interesses der Antragstellerinnen werde der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sein. Die im Nachprüfungsantrag zitierte Rechtsprechung sei nicht einschlägig.

Zwischen der Zweit-Antragstellerin als Subunternehmerin und der Antragsgegnerin bestehe keinerlei Vertragsverhältnis. Das Vergabeverfahren und der anschließende Vertragsabschluss seien zwischen der Antragsgegnerin und der Auftragnehmerin zustande gekommen. Wechselseitige Rechte und Pflichten bestünden nur zwischen der Antragsgegnerin und der Auftragnehmerin.

Sofern die Auftragnehmerin die Entscheidung getroffen habe, die Auftragsausführung ohne die Antragstellerin vorzunehmen bzw. eine andere Subunternehmerin (die bereits im Vergabeverfahren namhaft gemacht worden sei) zur Leistungserbringung heranzuziehen, betreffe dies in keiner Weise das Auftragsverhältnis mit der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin habe keinen Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen der Auftragnehmerin und ihrer Subunternehmerin. Sofern die Auftragnehmerin gegen eine Vereinbarung mit der Antragstellerin verstoßen habe, sei dies nicht im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen, sondern allenfalls auf dem Zivilrechtsweg. Dasselbe gelte für den Fall, dass die Auftragnehmerin die Leistung nicht wie im Rahmen des Vergabeverfahrens beauftragt erbringen sollte. Dies würde allenfalls eine Vertragsverletzung darstellen und wäre ebenfalls auf zivilrechtlichem Wege geltend zu machen. Ein Hinweis darauf, dass die Auftragnehmerin die Leistung nicht vertragskonform erbringen werde, liege nicht vor.

Die von den Antragstellerinnen mit Nachprüfungsantrag bekämpfte Direktvergabe habe nicht stattgefunden. Die Auftragnehmerin sei im Rahmen eines bereits abgeschlossenen offenen Verfahrens mit der Leistungserbringung beauftragt

worden. Seither habe es keine weitere Zuschlagserteilung gegeben. Es erfolge auch keine nachträgliche Vertragsänderung. Der Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen.

Wenn die Antragstellerinnen in ihrem Antrag behaupten, die Auftragnehmerin habe mit der Antragsgegnerin eine abweichende Ausführung des Bauauftrages und damit eine unzulässige wesentliche Vertragsänderung vereinbart, was eine unzulässige Direktvergabe darstelle, sei dies falsch.

Seit dem Abschluss des Vergabeverfahrens habe es weder eine weitere Beauftragung der Auftragnehmerin noch eine Änderung des Vertrages oder des Leistungsgegenstandes gegeben.

Wenn die Antragstellerinnen ihren Antrag auf die Behauptung stützten, dass das Leistungsverzeichnis nach der Zuschlagserteilung durch die Antragsgegnerin abgeändert worden sei, um der Auftragnehmerin die Ausführung mit asymmetrischen Konstruktionen zu ermöglichen, sei dies falsch.

Die Auftragnehmerin habe im Vergabeverfahren Subunternehmerinnen genannt, die über die erforderlichen Zulassungen für die Ausführung verfügten. Die Antragsgegnerin habe nach Ablauf der Angebotsfrist keine Änderungen der Leistung gegenüber den Ausschreibungsunterlagen in irgendeiner Weise vereinbart oder beauftragt. Eine Direktvergabe oder eine sonstige Änderung, die als Direktvergabe auszulegen wäre, habe nicht stattgefunden.

Die Antragsgegnerin habe mit der Zuschlagserteilung die Leistungen, wie von der Auftragnehmerin angeboten und im Leistungsverzeichnis festgelegt, beauftragt. Die Auftragnehmerin schulde daher eine Ausführung entsprechend den Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen.

Sollte es nach der Zuschlagserteilung zu Änderungen in der Ausführung durch die Auftragnehmerin kommen, insbesondere indem die Leistung entgegen den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erbracht werde, so beträfe dies allenfalls Mängel in der Ausführung, die auf zivilrechtlichem Wege geltend zu machen wären. Keinesfalls könne es sich dabei um einen vergaberechtlich

relevanten Vorgang handeln, der im Wege des vergaberechtlichen Rechtsschutzes zu bekämpfen wäre.

Zusammengefasst könne keine Direktvergabe vorliegen, da es seit der Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren zu keiner Änderung der Ausschreibungsbedingungen oder des angebotenen Preises gekommen sei.

Wenn die Antragstellerinnen in ihrem Antrag behaupten, dass durch das angebliche Abgehen von der Voraussetzung der asymmetrischen Konstruktion eine wesentliche Vertragsänderung vorliege, was zu einer Neuausschreibung führen müsse, sei dies falsch. Es liege keine Abweichung zu den Vorgaben der Ausschreibung vor. Dazu im Einzelnen:

Die Antragstellerinnen behaupten, dass in den Ausschreibungsunterlagen verpflichtend eine Zulassung für symmetrische Konstruktionen nach RVS 15.04.51 festgelegt sei und sie die einzigen Unternehmer in der Branche seien, welche diese geforderte Zulassung vorweisen könnten, weshalb die Leistungsfähigkeit der Konkurrenz-Subunternehmerin nicht gegeben sei. Diese Behauptung basiere rein auf Mutmaßungen und sei in mehrfacher Hinsicht falsch.

Eingangs sei darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen nicht das subjektive Verständnis der Antragstellerinnen, sondern der objektive Erklärungswert eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt maßgebend sei. Ausschreibungsunterlagen seien im Zweifel gesetzeskonform zu interpretieren.

Im gegenständlichen Fall sei in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen, nämlich in der Unterleistungsgruppe „41.03 Übergangskonstruktionen“ des Leistungsverzeichnisses festgelegt, dass nur „zugelassene Übergangskonstruktionen“ angeboten werden dürften. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht festgelegt, dass nur bestimmte Zulassungen gefordert seien.

Die Argumentation der Antragstellerinnen, wonach eine Zulassung nach RVS 15.04.51 zwingend erforderlich sei, basiere allein darauf, dass in der

Ausschreibungsunterlage „Technischer Bericht“ in der allgemeinen Liste der anzuwendenden Normen, Richtlinien und Erlässe auch die RVS 15.04.51 genannt sei. Parallel dazu seien ca. 20 Ö-Normen und Richtlinien aufgelistet, die ebenso auf die Leistungserbringung anzuwenden seien.

Bei objektiver Betrachtung könnten diese Festlegungen unter keinen Umständen so ausgelegt werden, dass für die Zulassung der Übergangskonstruktionen ausschließlich die RVS 15.04.51 anwendbar sein solle. Vielmehr ergebe sich daraus, dass keine abschließende Aufzählung an Zulassungen, die die Anforderungen erfüllten, festgelegt worden sei, weshalb Zulassungen auf Basis unterschiedlicher Rechtsgrundlagen möglich seien.

Die Antragsgegnerin habe aufgrund der im Nachprüfungsantrag erhobenen Vorwürfe eine gutachterliche Stellungnahme des DI D. E. eingeholt, die sich mit der Frage der Auslegung der zugelassenen Übergangskonstruktionen befasse und komme der Gutachter auszugsweise zu folgendem Ergebnis:

„Die zugelassenen Fahrbahnübergangskonstruktionen wurden vom BMI in Listen veröffentlicht, die letzte Ausgabe dieser Liste ist vom 30.9.2020.(...) Seit der Ausgabe der Ö-Normen B4031 und B4032 am 1.6.2018 werden vom BMI keine Zulassungen mehr ausgestellt, die Liste wurde mit 30.9.2020 beendet. Die 5-jährige Übergangsfrist, in der alte Zulassungen weiter gültig sind, ist bereits abgelaufen, in der Liste vom 30.9.2020 sind keine Konstruktionen mehr als zugelassen gelistet. (...)“

Heute gültige Zulassungen

In der zugehörigen Internetseite des BMI wird darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Europäischen Bewertungsdokumente über Fahrbahnübergangskonstruktionen am ABI der Europäischen Union veröffentlicht wurden und die Grundlage für eine europäische technische Bewertung bilden. (ETAG032)

Die technischen Anforderungen wurden von der ETA veröffentlicht. Wie in der Norm B4031 Abschnitt 1 ersichtlich ist, wird eine europäische technische Bewertung (ETB) nach ETAG032 als Bewertungsdokument (EAD) oder als Grundlage für die europäische technische Zulassung (ETZ) verwendet. Als Zulassung dient daher nur mehr die Europäische technische Bewertung (ETB), wie

sie in Österreich zum Beispiel von OIB Schenkenstraße 4, 1010 Wien ausgestellt wird oder darauf basierend die europäische technische Zulassung (ETZ). Alle gleichwertigen Dokumente anderer berechtigter Stellen gelten ebenfalls. Für jede FÜK mit österreichischer Zulassung ist daher unter einer eigenen ETA-Nummer (z.B. ETA-17/0612) die technische Bewertung in der OIB-Datenbank mit aktuellem Status gelistet. (...)“

Somit seien zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens keine Zulassungen nach RVS 15.04.51 mehr neu vergeben worden. Die RVS 15.04.51 sei auch nicht die einzige Basis für derartige Zulassungen. Eine Zulassung könne auch auf Basis anderer Rechtsgrundlagen wie zum Beispiel den ETZ (Europäische technische Zulassung) erfolgen, die in Österreich etwa vom Österreichischen Institut für Bautechnik (OIB) ausgestellt werde.

Die Antragsgegnerin habe aufgrund der im Nachprüfungsantrag erhobenen Vorwürfe auch ein Schreiben des Österreichischen Instituts für Bautechnik (OIB) eingeholt:

„Für Fahrbahnübergangskonstruktionen wurde bisher keine harmonisierte europäische Produktnorm (hEN) kundgemacht. Bauprodukte, die nicht in den Anwendungsbereich einer im Amtsblatt der Europäischen Union kundgemachten, harmonisierten Europäischen Produktnormen fallen, unterliegen nicht der CE-Kennzeichnungspflicht gemäß Verordnung (EU) Nr. 305/2011 (Bauprodukteverordnung).

Der Mitgliedstaat kann somit gesetzlich verpflichtende Zulassungs- und Kennzeichnungsbestimmungen für die Verwendung dieser Bauprodukte vorsehen. Im Kompetenzbereich der Landesbauordnungen der österreichischen Bundesländer sind die bestehenden, gesetzlich verbindlichen Zulassungs- und Kennzeichnungsbestimmungen über die jeweiligen Bauprodukte- und Marktüberwachungsgesetze der Länder in der Baustoffliste ÖA (...) festgelegt. Für Fahrbahnübergangskonstruktionen sieht die Baustoffliste ÖA jedoch keine Zulassungs- und Kennzeichnungsbestimmungen vor.

Auf Grundlage eines Europäischen Bewertungsdokuments (EAD) kann der Hersteller eines nicht harmonisierten Bauprodukts jedoch freiwillig eine

europäische technische Bewertung (ETA) für das Produkt erstellen und dieses somit freiwillig mit CE-Kennzeichnung und Leistungserfüllung ausstatten. (...)

Eine nationale Kennzeichnungs- oder Zulassungspflicht des Produkts für ein CE-gekennzeichnetes Bauprodukt, für das eine Leistungserfüllung auf Basis einer aufrechten ETA erstellt wurde, wäre somit EU-rechtswidrig. Die Landesbauproduktegesetze berücksichtigen dies und nehmen Produkte mit CE-Kennzeichnung ausdrücklich von einer ÖA-Kennzeichnungspflicht aus. (...)

Das Wiener Bauproduktegesetz 2013 – WBPg 2013, LGBl. Nr. 23/2014 i.d.F. LGBl. Nr. 13/2021, LGBl. Nr. 34/2022 und LGBl. Nr. 16/2025, § 11 bestimmt, dass Bauprodukte, für die eine ETA vorliegt, verwendet werden dürfen, wenn sie die Bestimmungen der Baustoffliste ÖA erfüllen und die CE-Kennzeichnung tragen. (...)

Die Anforderungen an die „zugelassenen Übergangskonstruktionen“ seien somit nicht einschränkend in den Ausschreibungsunterlagen geregelt. Wie sich aus den technischen Ausführungen des OIB ergebe, diene als Rechtsgrundlage für die Zulassung insbesondere auch ein European Technical Assessment (ETA) eines Produkts. Jedenfalls sei in den Ausschreibungsunterlagen keine Einschränkung dahingehend festgelegt, dass die Anforderungen der Zulassung für symmetrische Konstruktionen sich ausschließlich aus den RVS 15.04.51 ergeben dürften. Die Behauptungen der Antragstellerin gingen damit ins Leere.

Ungeachtet dieser Ausführungen, wonach die Ausschreibungsunterlagen die Rechtsgrundlagen für die Zulassung der symmetrischen Konstruktionen nicht auf die RVS 15.04.51 einschränkten, vermöge auch die Behauptung der Antragstellerinnen, wonach sie als einzige Unternehmen über eine derartige Zulassung verfügten, dem Vorbringen nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Tatsächlich verfüge die von der Auftragnehmerin letztlich herangezogene Subunternehmerin über sämtliche zur ordnungsgemäßen Auftragsausführung erforderlichen Zulassungen. Im Übrigen verweise auch die RVS 15.04.51 darauf, dass für technische Konstruktionen, für die europäische Leitlinien existieren und welche die zugehörige nationale CE-Kennzeichnung vorweisen, keine weiteren Anforderungen vorlägen. Die Auftragnehmerin habe für die Subunternehmerin im Vergabeverfahren die erforderliche Zulassung nachgewiesen. Es sei daher

festzuhalten, dass die angebotene Leistung der Auftragnehmerin mit der Subunternehmerin von der Auftraggeberin geprüft worden sei und den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen entspreche.

Wie bereits ausgeführt, liege keine wesentliche Vertragsänderung vor. Änderungen eines Vertrages während seiner Laufzeit seien unter den strengen Voraussetzungen des § 365 BVergG 2018 zulässig. § 365 Abs. 3 BVergG 2018 bestimme ausdrücklich, welche Änderungen als unwesentliche Änderungen anzusehen sind.

Nach den Gesetzesmaterialien sehe das Prüfschema des § 365 BVergG 2018 hinsichtlich der Frage, ob eine wesentliche oder unwesentliche Änderung vorliege, zunächst die Prüfung vor, ob eine Änderung in einem der Tatbestände des Abs. 3 Z 1, 3, 5 oder 6 als unwesentliche Vertragsänderung Deckung finde. Erst bei Verneinen dieser Frage sei im nächsten Schritt zu prüfen, ob einer der Tatbestände des Abs. 2 (wesentliche Vertragsänderung) vorliege.

Im Leistungsverzeichnis unter Punkt 4.03 sei bestandsfest festgelegt, dass nur zugelassene Übergangskonstruktionen angeboten werden dürften. Falsch sei, wie bereits erläutert, dass die Ausschreibungsunterlagen durch Vereinbarungen der Auftragnehmerin mit der Antragsgegnerin nachträglich verändert worden seien. Die Bedingungen für die Leistungsausführung würden nach wie vor den im abgeschlossenen Vergabeverfahren angebotenen Preisen und Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen. Ebenso wenig hätten zwischen der Antragsgegnerin und Auftragnehmerin nach Ablauf der Angebotsfrist Verhandlungen über den Vertragsinhalt stattgefunden.

Die von den Antragstellerinnen behauptete Änderung (asymmetrische Konstruktionen statt symmetrische Konstruktion) sei technisch nicht möglich. Eine allfällige Änderung (durch Einsatz eines nicht zugelassenen Produktes) würde aber – wenn überhaupt – nur die Ausführungsvarianten der Leistung betreffen und hätte keine Änderung der Auftragssumme zur Folge. Die Auftragnehmerin hätte diesfalls die Leistung weiterhin zu dem im Vergabeverfahren angebotenen Preis zu erbringen. Eine Änderung der ursprünglichen Auftragssumme würde sich nicht ergeben. Selbst wenn sich der Preis im Rahmen einer nachträglichen Änderung

verändern würde – was tatsächlich nicht der Fall sei – wäre dies innerhalb der Grenzen des Tatbestandes des § 365 Abs. 3 Z 1 BVergG 2018 zulässig.

Da eine Änderung der Ausführungsvarianten keinesfalls zum vollständigen Entfall oder der Verdoppelung des Preises, sondern allenfalls zu einer minimalen Anpassung führen könnte, läge eine derartige Veränderung ebenfalls unter 15 % des Auftragswertes. Somit wäre eine Vertragsänderung (die tatsächlich aber nicht erfolgt sei) als unwesentliche Vertragsänderung gemäß § 365 Abs. 3 Z 1 BVergG 2018 zulässig.

Stellungnahme der Teilnahmeberechtigten vom 17.7.2025

Der von den Antragstellerinnen willkürlich abgegrenzte Leistungsgegenstand der behaupteten Direktvergabe bestehe nach deren Argumentation in der Lieferung und Montage von Bauteilen im Rahmen eines Gesamtbauauftrages. Dieser Leistungsgegenstand sei zu keinem Zeitpunkt, noch wäre er jemals Gegenstand einer eigenständigen Vergabe gewesen. Es handle sich – wenn überhaupt – lediglich um eine Teilleistung eines Gesamtbauauftrages. An diesem vergaberelevanten Gesamtauftrag hätten die Antragstellerinnen kein (und damit insbesondere kein rechtliches) Interesse. Dies hätten die Antragstellerinnen implizit auch selbst eingeräumt und zugestanden, da sie sich aus diesem Grund am entsprechenden Vergabeverfahren für den Gesamtauftrag „daher nicht selbst als Bieterin beteiligt“ hätten. Da der Gegenstand der von den Antragstellerinnen behaupteten Direktvergabe im Rahmen eines Vergabeverfahrens für einen Gesamtauftrag vergeben worden sei und auch in Zukunft immer nur in vergleichbarer Art vergeben werden würde, an dem die Antragstellerinnen erklärtermaßen kein Interesse hätten, fehle es ihnen an der Antragslegitimation. Die Anträge der Antragstellerinnen seien daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Inhaltlich stütze sich der gesamte Nachprüfungs- bzw. Feststellungsantrag der Antragstellerinnen auf 2 Mutmaßungen, nämlich dass 1. die mitbeteiligte Partei bzw. deren Subunternehmerin nicht über eine Zulassung zur symmetrischen Ausführung von Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK) verfüge und dass 2. die

Auftraggeberin (deshalb) das Leistungsverzeichnis und damit den Vertrag abgeändert habe.

Beides sei objektivierbar unrichtig. Insbesondere aufgrund des Fehlens einer Vertragsänderung gingen die Anträge der Antragstellerinnen schon mangels vergaberechtlichen Anknüpfungspunktes ins Leere. Habe nämlich keine Vertragsänderung stattgefunden, könne – selbst nach der Argumentationslogik der Antragstellerinnen – auch keine (unzulässige) Direktvergabe stattgefunden haben. Dies selbst dann nicht, wenn die 1. Mutmaßung der Antragstellerinnen (fehlende Zulassung) zuträfe, was nicht der Fall sei. Diesfalls würde es sich um ein Thema der Vertragserfüllung handeln (nämlich: ob die mitbeteiligte Partei wie vertraglich geschuldet leistet), das aber gerade nicht im Rahmen des Vergaberechtsschutzes zu behandeln sei.

Ohnedies seien jedoch – wie ausgeführt – beide Annahmen der Antragstellerinnen unzutreffend. Lediglich im Sinne der vergaberechtlichen Systematik werde im Folgenden zunächst auf die fehlende Vertragsänderung eingegangen:

Die mitbeteiligte Partei habe im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten. Der dadurch zustande gekommene Vertrag bzw. das diesem zugrundeliegende Leistungsbild sei nicht und insbesondere nicht dahingehend abgeändert worden, dass die Anforderungen an FÜK in welcher Weise auch immer abgeändert worden wären. Eine solche Abänderung sei – soweit der mitbeteiligten Partei bekannt – auch nicht beabsichtigt. Jedenfalls gebe es dafür keine Veranlassung, da die mitbeteiligte Partei uneingeschränkt in der Lage sei, den bestehenden Vertrag zu erfüllen. Die Anträge der Antragstellerinnen, die gedanklich zwingend eine Vertragsänderung voraussetzten, gingen schon mangels Anknüpfungspunktes ins Leere.

Dass der bestehende Vertrag nicht geändert worden sei und nicht geändert werden solle, werde dadurch unterstrichen, dass die Auftraggeberin der mitbeteiligten Partei die Bedenken der (nunmehrigen) Antragstellerinnen konkret vorgehalten und ausdrücklich auf ausschreibungskonforme Leistung bestanden habe. Dies sei von der mitbeteiligten Partei ebenso ausdrücklich bestätigt worden.

Im Rahmen der Vertragsabwicklung sei von der mitbeteiligten Partei darüber hinaus konkret belegt worden, dass das vorgesehene Produkt der Ausschreibung insbesondere dahingehend entspreche, dass dieses zugelassen sei; die Auftraggeberin habe in diesem Zusammenhang die Konformität zum Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ebenfalls bestätigt.

Die Auftraggeberin habe die Bedenken der (nunmehrigen) Antragstellerinnen also keineswegs, wie diese andeuteten, ignoriert, sondern sei diesen im Gegenteil sehr wohl nachgegangen. Die Bedenken der (nunmehrigen) Antragstellerinnen hätten sich dabei als unbegründet erwiesen.

Ohnedies verfüge die mitbeteiligte Partei bzw. deren Subunternehmerin zudem über eine Zulassung insbesondere zur symmetrischen Ausführung von FÜK, weshalb auch keinerlei Anlass für eine Vertragsänderung bestehe.

Offenbar seien sich die Antragstellerinnen dessen bewusst, weshalb sie versuchten, aus der Ausschreibung bzw. dem bestehenden Vertrag Inhalte abzuleiten, die sich dort nicht fänden. So unterstellten die Antragstellerinnen, dass die Ausschreibungsunterlagen eine Zulassung nach RVS 15.04.51 zur Bedingung für die Zuschlagserteilung machen würden. Dies sei jedoch in mehrfacher Hinsicht unrichtig und gehe aus folgenden Gründen ins Leere:

Unabhängig von der Frage der zwingenden Anwendbarkeit der RVS 15.04.51 sei schon die Grundannahme, wonach die mitbeteiligte Partei bzw. das von ihr vorgesehene Produkt keine Zulassung im Sinn der RVS 15.04.51 besäße, unrichtig. Die RVS 15.04.51 bestimme wie folgt:

„Die Produktanforderungen und zugehörigen Konformitätsnachweise dieser RVS gelten nicht für jene Konstruktionsarten, für die eine Leitlinie für die europäische technische Zulassung vorliegt, sofern die zugehörige festgelegte Übergangszeit abgelaufen und deshalb die CE-Kennzeichnung nach den landes- bzw. bundesrechtlichen Vorschriften verpflichtend ist.“

Für das gegenständlich relevante Produkt liege eine solche europäische technische Zulassung vor, konkret ein European Technical Assessment (ETA-Bewertung) des

Österreichischen Instituts für Bautechnik (OIB), welches als Mitglied der European Organisation for Technical Assessments (EOTA) akkreditierte Bewertungsstelle und damit zur Erteilung derartiger ETA-Bewertungen befugt sei. Die Verpflichtung der CE-Kennzeichnung (und damit der Ablauf der Übergangszeit) ergebe sich im konkreten Fall spätestens durch die „Verordnung des Österreichischen Instituts für Bautechnik (OIB) über die Baustoffliste ÖA (Fassung 2019) OIB-095.2 - 015/19“ (Baustoffliste), welche auf den Seiten 59 und 60 von 69, ETAG 032 und entsprechende EADs angebe.

Die rechtsverbindliche Kundmachung der Baustoffliste erfolge über die einzelnen Bundesländer nach den jeweiligen Kundmachungsvorschriften. Die Baustoffliste genieße rechtsverbindlichen Charakter im Sinne bundes- bzw. landesgesetzlicher Vorschriften.

Die geforderte CE-Kennzeichnung sei für die von der mitbeteiligten Partei vorgesehenen Produkte auch vorhanden.

Selbst laut RVS 15.04.51 sei das von der mitbeteiligten Partei vorgesehene Produkt somit zugelassen, womit sich schon die Grundannahme der Antragstellerinnen als unrichtig herausstelle.

Unabhängig davon, dass das von der mitbeteiligten Partei vorgesehene Produkt eine Zulassung gemäß RVS 15.04.51 besitze, sei eine solche nach den Vorgaben der (damaligen) Ausschreibung jedoch gar nicht gefordert gewesen. Das von den Antragstellerinnen zitierte Leistungsverzeichnis verlange nämlich lediglich, dass „zugelassene Übergangskonstruktionen angeboten werden“. Die RVS 15.04.51 selbst komme im Leistungsverzeichnis gar nicht vor.

Richtig sei, dass der Technische Bericht die RVS 15.04.51 erwähne. Allerdings folge auch im Technischen Bericht keineswegs eine Einschränkung auf nach dieser zugelassenen FÜK. Tatsächlich erfolge die Nennung der RVS in einer Aufzählung gemeinsam mit 26 anderen Normen, Richtlinien und Erlässen, die (potenziell) Relevanz für das Projekt haben könnten und deren Inhalte sich teils überschneiden würden. Aus keiner einzigen Festlegung der Ausschreibung sei auch nur ableitbar, dass FÜK nicht nur zugelassen, sondern zugelassen nach den RVS 15.04.51 sein

müssten und erst recht sei dies nicht der objektive Erklärungswert der Ausschreibung/des Vertrages.

Ein inhaltlicher Verweis auf die RVS 15.04.51 finde sich in den Ausschreibungsunterlagen lediglich in technischen Zeichnungen, in welchen in Bezug auf Stützrippen wortgleich auf die RVS 15.04.51 verwiesen werde. Dieser inhaltliche Verweis sei wohl auch der Grund dafür, dass die RVS 15.04.51 in der Sammelauflistung von Normen des technischen Berichts angeführt seien. Stützrippen seien jedoch gerade nicht Bestandteil der Übergangskonstruktionen und könnten somit auch nicht die Frage einer zugelassenen Überfahrtskonstruktion betreffen.

Selbst wenn man davon ausgehen wolle, dass die Zulassung nach den RVS 15.04.51 Vertragsbedingung geworden wäre und die mitbeteiligte Partei bzw. das von ihr vorgesehene Produkt diese nicht aufweise und die Auftraggeberin eine Abweichung auf ein anderweitig zugelassenes Produkt akzeptieren würde und sich daraus bereits eine (implizite) Vertragsänderung ergeben würde, so würde es sich jedenfalls nicht um eine wesentliche Vertragsänderung im Sinn des § 365 BVergG handeln. Damit läge selbst in diesem Fall keine unzulässige Direktvergabe vor. Die Akzeptanz einer Abweichung auf ein anderes (zumindest) gleichwertiges und ebenfalls zertifiziertes Produkt könne keinesfalls eine wesentliche Vertragsänderung darstellen.

Die Gleichwertigkeit des vorgesehenen Produktes ergebe sich schon aus der vorhandenen ETA-Bewertung. Aus dieser gehe klar hervor, dass es sich bei dem vorgesehenen Produkt um eine dem Stand der Technik und den Regeln der Baukunst entsprechende FÜK mit symmetrischer Traversenverschiebung handle. Tatsächlich seien die seitens der EOTA bzw. im Rahmen der EAD vorgegebenen Zertifizierungskriterien sogar strenger und umfassender als jene der rein innerstaatlich geltenden RVS, da die EAD nicht nur nationale Anforderungen berücksichtigten, sondern europaweit harmonisierte technische Spezifikationen abbildeten, die auf einheitlichen Bewertungsmethoden, Prüfkriterien und Gebrauchstauglichkeitsnachweisen beruhten. Infolgedessen sei die im Rahmen der ETA erfolgte Bewertung im materiellen und technischen Sinne jedenfalls höherwertig als eine Zulassung allein auf Grundlage der RVS einzustufen.

Es sei nicht erkennbar, inwiefern sich der Vertrag erheblich vom ursprünglichen Vertrag unterscheide, wenn statt eines zertifizierten technischen Erzeugnisses, ein anderes zertifiziertes technisches Erzeugnis angeboten werde, das (zumindest) dasselbe leiste. Dass die seitens der mitbeteiligten Partei vorgesehenen Produkte technisch nicht leisten könnten, was die Ausschreibungsunterlagen verlangten, werde nicht einmal seitens der Antragstellerinnen behauptet. Ebenso wenig, dass diese nicht zugelassen wären. Darüber hinaus behaupten die Antragstellerinnen auch nicht, dass ein anderes ursprüngliches Leistungsverzeichnis etwa zu einem anderen Bieterkreis geführt hätte, sich durch die behauptete Vertragsänderung das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten der Auftragnehmerin verschieben würde oder sich der Umfang des Vertrages wesentlich verändern würde, was auch alles nicht zutreffe.

Zusammenfassend habe keine Vertragsänderung stattgefunden, sei eine solche nicht beabsichtigt, sei die von den Antragstellerinnen behauptete Zulassung in dieser Form gar nicht gefordert, wobei das von der mitbeteiligten Partei vorgesehene Produkt nicht nur zugelassen sei, sondern selbst die von den Antragstellerinnen behaupteten Zulassungserfordernisse erfülle und selbst wenn in dem von der mitbeteiligten Partei vorgesehenen Produkt eine Abweichung vom Leistungsverzeichnis zu sehen wäre und die Auftraggeberin diese akzeptieren würde, es sich allenfalls um eine zulässige unwesentliche Vertragsänderung handeln würde.

Angefügt waren: Schreiben der Antragsgegnerin vom 23.4.2025 samt Schreiben der Antragstellerinnen vom 17.4.2025; Schreiben der Teilnahmeberechtigten vom 24.6.2025 (von der Akteneinsicht ausgenommen); Liste mit Zulassungen von F. und Typenblatt (von der Akteneinsicht ausgenommen); RVS 15.04.51; technischer Plan aus der Ausschreibung.

Stellungnahme der Antragstellerin vom 24.7.2025

Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin seien die Antragstellerinnen sehr wohl zur Stellung der verfahrensgegenständlichen Anträge berechtigt. Die Erst-Antragstellerin sei unter anderem Inhaberin der Zulassungen für die Konstruktion

symmetrischer FÜK nach Richtlinie RVS 15.04.51, die im offenen Verfahren „B2015+ B2007 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke FÜK Tausch GU-Leistungen“ als Mindestanforderung definiert seien. Die Zweit-Antragstellerin habe sich als Subunternehmerin für mehrere Bieter an diesem Verfahren beteiligt. Das intensive Interesse am Vertragsabschluss sei bereits im Nachprüfungsantrag dargelegt worden.

Es werde auf einschlägige Rechtsprechung verwiesen. Die Kernfrage des gegenständlichen Verfahrens sei die Frage, ob eine wesentliche Vertragsänderung und damit eine unzulässige Direktvergabe stattgefunden habe. Die Antragstellerinnen würden ihres unionsrechtlich gesicherten, effektiven Rechtsschutzes beraubt werden, würde man ihre Antraglegitimation vorgreifend von der Beantwortung der Hauptfrage des Verfahrens abhängig machen.

Unrichtig sei die Ansicht der Antragsgegnerin, dass keine wesentliche Änderung vorliege, weil diese jedenfalls unter 15 % des Auftragswertes liege, es handle sich nicht um eine quantitative Änderung des Auftragswertes, sondern um eine qualitative Änderung der zwingenden Anforderungen. Schon aus dem Wortlaut des § 365 Abs. 3 Z 1 lit. b BVergG 2018 ergebe sich, dass es um den Spezialfall von Änderungen der Auftragssumme gehe. Im vorliegenden Fall würde aber nicht nur bloß die Auftragssumme geändert werden, sondern ein entscheidender Teil des Leistungsverzeichnisses. Es würde sich zusätzlich auch eine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags ergeben, eine solche liege nach den Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2018 vor, wenn „die zu beschaffende Leistung durch eine andere Leistung ersetzt wird“. Genau dieser Austausch von symmetrischen Konstruktion durch eine asymmetrische bzw. durch eine nicht zugelassene Konstruktion sei aber der Fall.

Zusätzlich sei – wie bereits im Nachprüfungsantrag dargelegt - die Judikatur des EuGH in diesem Fall streng.

Mit der Fragebeantwortung der Antragsgegnerin vom 24.11.2024 sei nochmals explizit darauf hingewiesen worden, dass es sich bei der Konstruktion der FÜK um eine jedenfalls einzuhaltende Mindestanforderung handle. Die gegenständliche Änderung von einer symmetrischen auf eine asymmetrische FÜK bzw. auf eine

Konstruktion ohne die in der Ausschreibung geforderte Zulassung sei daher jedenfalls wesentlich.

Es falle auf, dass weder die Antragsgegnerin noch die Zuschlagsempfängerin bestätigten, dass die infrage stehenden drei FÜK wie ausgeschrieben als symmetrische Konstruktionen ausgeführt würden. Dies sei aber die Kernfrage und würde eine andere Ausführung eine wesentliche Auftragsänderung und damit eine unzulässige Direktvergabe darstellen.

Aus ihrer Marktkennntnis wüssten die Antragstellerinnen, dass von Seiten der eingesetzten Subunternehmerin F. für den gegenständlichen Bauauftrag nur ein bestimmtes Produkt (im Schriftsatz benannt) infrage komme. Aus der auf der Homepage der F. abrufbaren Broschüre zu diesem Produkt, Stand März 2025, ergebe sich, dass dieses Produkt als regel- und zulassungskonforme Ausführung nur asymmetrisch sei. Es werde auf den Wortlaut verwiesen:

„Für den Einbau der Lamellenfuge sind nur relativ kleine Aussparungen in den zu verbindenden Brückenteilen vorzusehen. Sie können dank asymmetrischer Anordnung einfach an die örtlichen Gegebenheiten angepasst werden.“

Es werde daher bestritten, dass die Subunternehmerin der (präsumtiven) Zuschlagsempfängerin tatsächlich über ein zugelassenes Produkt nach dem von der ausschreibenden Stelle deklarierten Regelwerk RVS 15.04.51 verfüge, das die Anforderungen an die symmetrische Ausführung erfülle.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin behaupte nicht einmal, dass sie oder ihre Subunternehmerin über die in der Ausschreibung geforderten Nachweise nach Richtlinie RVS 15.04.51 verfügten. Vielmehr lege sie nur eine europäische technische Bewertung (ETA) der F. vor. Dies sei jedoch nicht ausreichend, denn die Akzeptanz einer ETA anstatt einer Zulassung sei in der gegenständlichen Ausschreibung nicht erwähnt.

Die ETA-24/0357 könne aber nicht einfach als europäisches Pendant zu einer Zulassung nach RVS 15.04.51 verstanden werden. Eine vorhandene europäische technische Bewertung (ETA) könne allenfalls zur Nachweisführung für eine

Zulassung verwendet werden, weshalb in der Praxis in fast ausnahmslos allen Fällen von öffentlichen Auftraggebern (im Übrigen auch von der Antragsgegnerin) auf die österreichische Richtlinie RVS 15.04.51 abgestellt werde.

Es sei im Übrigen auch nicht richtig, dass der Hinweis auf die Zulassung nach Richtlinie RVS 15.04.51 nur im Technischen Bericht und den Plänen vorkommen würde. Vielmehr verweise das Leistungsverzeichnis selbst (Seite 28) in der für alle Leistungsgruppen geltenden Ständigen Vorbemerkung der Leistungsbeschreibung in Punkt 1.4. explizit auf die Geltung der RVS (alle Kapitel ohne Einschränkung):

1.4 Richtlinien

Es gelten die Bestimmungen der technischen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) sowie die Bestimmungen der technischen Richtlinien und Vorschriften für das Eisenbahnwesen (RVE).

Zusätzlich habe die F. nach Information der Antragstellerinnen anderen als Bieter im offenen Verfahren aufgetretenen Unternehmen bei der Abgabe des Subunternehmerangebots mitgeteilt, dass sie über die geforderte Zulassung gerade nicht verfüge. Würde die F. selbst vom Vorliegen der erforderlichen Zulassung für die ausgeschriebene symmetrische Konstruktion ausgehen, hätte sich ein derartiger Hinweis selbstredend erübrigt.

Zudem werde unter Heranziehung der bereits genannten Produktbroschüre, Seite 6, vorgebracht, dass die F. trotz vorhandener EDA (technische Bewertung) eine nationale Zulassung beantragt habe. Würde sie davon ausgehen, dass die EDA die Zulassung darstelle oder diese ersetze, würde sich eine solche nationale Zulassung und ein entsprechender Hinweis freilich erübrigen.

Die Frage, ob die vorgelegte technische Bewertung ETA-24/0357 die Anforderungen der Ausschreibung auf ein zugelassenes Produkt erfülle und falls ja, ob es sich überhaupt um eine zugelassene symmetrische Konstruktion handle, stehe damit im Zentrum des gegenständlichen Verfahrens. Sollten die Anforderungen nicht erfüllt sein oder die Ausführung mit einer asymmetrischen Konstruktion erfolgen, so läge nämlich eine wesentliche Vertragsänderung und damit eine unzulässige Direktvergabe vor.

Aufgrund der Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens und der technischen Komplexität dieser Frage wird daher die Beiziehung eines Sachverständigen beantragt. Hier komme nach Kenntnis der Antragstellerinnen ausschließlich DI G., Leiter der Abteilung ... im Bundesministerium für Innovation, Mobilität und Infrastruktur, infrage.

Die Einbeziehung von Herrn DI E. als Gutachter habe keineswegs einen unabhängigen Charakter. Herr DI E. sei auf Seiten der Antragsgegnerin an der Erstellung und Durchführung der Ausschreibung während der Detailplanung der gesamten Baumaßnahme involviert gewesen, was sich beispielsweise durch die von ihm durchgeführte Fragebeantwortung vom 24.11.2024 zeige, er sei daher befangen. Das Informationsschreiben des Österreichischen Instituts für Bautechnik sei ebenfalls nicht in Gänze zugestellt worden, zu dessen Inhalt wäre eine Äußerung daher nicht möglich.

Angefügt war: Produktbroschüre „F. Lamellenfugen – die Referenz für große Bewegungen“.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 15.7.2025, VGW-124/074/10027/2025, VGW-124/V/074/10200/2025 abgewiesen.

Mündliche Verhandlung vom 28.7.2025

Anwesend waren Vertreter der Antragstellerinnen, der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten sowie deren anwaltliche Vertretung. Der Verlauf der Verhandlung ist im Protokoll festgehalten. Am Ende der Verhandlung wurde die Entscheidung mündlich verkündet.

Von den Antragstellerinnen wurde rechtzeitig ein Antrag auf Langausfertigung gestellt.

Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führte im Jahr 2024/2025 das offene Verfahren „B2015 + B2007 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke FÜK Tausch GU-Leistungen“ im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Vertrages zur Erbringung von Bauleistungen, das mit Zuschlagserteilung am 7.5.2025 abgeschlossen wurde. Teil der bestandfesten Ausschreibung war unter anderem ein Technischer Bericht (Register 1, Teil 02 des Vergabeaktes).

Die Antragstellerinnen sind im Bereich der Brückensanierung auf die Planung, Fertigung und Montage von FÜK und Brückenlagern spezialisiert. Die Erst-Antragstellerin hat sich am abgeschlossenen Vergabeverfahren „B2015 + B2007 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke FÜK Tausch GU-Leistungen“ gar nicht beteiligt. Die Zweit-Antragstellerin war Subunternehmerin im Angebot der TNB zur „Lieferung+Einbau von Fahrbahnübergangskonstruktionen Lieferung von Brückenlagern“.

Gegenstand des bezeichneten Verfahrens zum Abschluss eines Vertrages mit dem Bieter, der das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hat, war die Erbringung von Bauleistungen betreffend die Erneuerung von Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK). Auftragsgegenstand dieser seit Mai 2025 abgeschlossenen Vergabe war, dass bei den genannten zwei Brücken FÜK getauscht werden sollen. Auf der Brigittenauer Brücke sind 10 und auf der Floridsdorfer Brücke sind 5 FÜK zu tauschen. Mit diesem Tausch geht das Herausschneiden der vorhandenen FÜK, Betoninstandsetzungen und das Einsetzen der neuen FÜK einher. Jede der genannten Brücken besteht aus mehreren Brückenteilen, etwa Strombrücke, Flutbrücke, Kaibrücke. Die Brücken liegen zum Beispiel auf der Donauinsel auf, es sind pro Brücke mehrere FÜK vorhanden und zu tauschen. Die technische Funktion der FÜK besteht aufgrund der Betonstahlkonstruktion von Brücken insbesondere darin, die wärmebedingte Längenänderung der Brücke aufzunehmen. Für den gegenständlichen Auftragsgegenstand wurden Lamellen-FÜK im Leistungsverzeichnis vorgesehen und nicht zum Beispiel Finger-FÜK.

FÜK dienen der Überbrückung von Fugen zwischen Tragwerk und Widerlagern oder zwischen 2 Tragwerken. FÜK weisen einen Traversenkasten auf, der sich unterhalb des Lamellengitters befindet und größer und breiter ist als das sichtbare

Lamellengitter. Das Lamellengitter ist von oben bzw. auf der Fahrbahn sichtbar, der Traversenkasten liegt darunter. Im Traversenkasten unter dem Lamellenaufbau befindet sich entweder eine symmetrische oder eine asymmetrische Ausführung. Die symmetrische oder asymmetrische Konstruktion ist durch die Form des Traversenkastens erkennbar. Auf den Traversen liegen die Lamellen auf. Bei einer asymmetrischen Ausführung ist der Traversenkasten ungleich, also asymmetrisch ausgestaltet (zum Beispiel hat das Widerlager eine größere Dimension als das Tragwerk, siehe Beilage ./A zum Protokoll der mündlichen Verhandlung). Bei einer symmetrischen Ausführung sind die Stege/Lager des FÜK-Trägers gleich dimensioniert, der Aufbau im bzw. der Traversenkasten selbst ist dann symmetrisch (siehe Beilage ./B zum Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Nach Zuschlagserteilung hat die Teilnahmeberechtigte die Zweit-Antragstellerin nicht als Subunternehmerin beauftragt, was sie ihr mitgeteilt hat. Im Angebot der Teilnahmeberechtigten scheinen mehrere Subunternehmer für diverse Leistungsteile auf.

Im Leistungsverzeichnis ist unter der Position 41.03 Übergangskonstruktionen im Punkt Allgemeines festgehalten: *„Es dürfen nur zugelassene Übergangskonstruktionen angeboten werden.“* Im Leistungsverzeichnis, Seite 28, erfolgt unter „1. Allgemeines“ der „Ständigen Vorbemerkungen“ unter Punkt „1.4 Richtlinien“ der allgemeine Verweis auf die Bestimmungen der technischen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) sowie der Bestimmungen der technischen Richtlinien und Vorschriften für das Eisenbahnwesen (RVE).

In der Ausschreibung und im Technischen Bericht werden ca. 20 Normen, Richtlinien und Erlässe genannt, welche für das Projekt relevant sein könnten. Die Inhalte der Normen überschneiden sich teils. Die Anforderung einer Zulassung der FÜK nach einer bestimmten spezifischen Norm enthält die Ausschreibung nicht.

Mit der Ausführung des Auftrages wurde nach Zuschlagserteilung begonnen. Eine zur Ausschreibung abgeänderte Ausführung liegt nicht vor. Die Teilnahmeberechtigte zieht für den bezeichneten Auftrag anstelle der

Zweit Antragstellerin eine andere Subunternehmerin heran. Die Auftraggeberin hat nach Prüfung dem Einsatz dieser Subunternehmerin zugestimmt.

Für den genannten Auftrag werden unterschiedliche Typen eines Produktes der Subunternehmerin genannt. Aus diesen vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass jede der bezeichneten Typen eines Produkts der Subunternehmerin, welches zur Anwendung gelangen sollen, eine Zulassung, nachgewiesen durch eine dem jeweiligen Typ eindeutig zugeordnete EAD-Nummer bzw. RVS-Nummer, aufweist. Eine Europäische Technische Bewertung durch das Österreichische Institut für Bautechnik (OIB) als Mitglied der European Organisation for Technical Assessment (EOTA) wurde ebenso nachgewiesen. Es steht sohin fest, dass Nachweise zu Zulassungen und ETA-Zahlen vorliegen (Beilage .1/2 Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten).

Festzuhalten ist daher, dass die Produkte der von der Teilnahmeberechtigten zur Ausführung herangezogenen Subunternehmerin eine gültige und aufrechte Zulassung aufweisen und dies auch nachgewiesen wurde.

In der Bieteranfrage mit dem Betreff „AG10697 – Brigittenauer Brücke, Floridsdorfer Brücke – Bieteranfrage“ wird ausgeführt, dass die Bieteranfrage nur die Fahrbahnübergänge, welche einseitig oder beidseitig einen Stahlanschluss haben, betreffe. Grundsätzlich sei es kein Problem, die Fahrbahnübergangskonstruktionen entsprechend dem Bedarf symmetrisch oder asymmetrisch auszuführen. Jedoch sei der Platzbedarf für die eine oder andere Konstruktion größer als in der vorliegenden Planung vorgesehen und dargestellt. Und weiter: „Daher möchten wir die Anschlusskonstruktion etwas anders gestalten, als im Technischen Bericht (Plannr.: B007_00_24_OT_E_§_0102_00) und in den Ausschreibungsplänen dargestellt.“ Dieser Bieteranfrage angeschlossen waren Auszug aus dem Technischen Bericht zu „Objekt B200702 über die Donau Widerlager links“. Hierbei handelt es sich um eine Konstruktion in symmetrischer Ausführung (Register 2 im Vergabeakt).

Diese Bieteranfrage wurde von der Antragsgegnerin dahin beantwortet, dass zusammengefasst die Ausführung als symmetrische oder asymmetrische Konstruktion sich nach dem im Bestand verfügbaren Platz richte und in den

Planunterlagen der Ausschreibung entsprechend dargestellt sei. Die neuen FÜK-Träger als Stahlbauanschluss würden mit der vorgesehenen FÜK-Konstruktion abgestimmt. Die in den Planunterlagen dargestellten Konstruktionen würden eine mögliche Ausführung zeigen (Register 2 im Vergabeakt).

Für den genannten Auftrag sind sowohl die symmetrische als auch die asymmetrische Ausführung bestandsfest ausgeschrieben. Konstruktionsarten laut Ausschreibung sind die Profilkonstruktion, die Unterprofilkonstruktion, je mit näherer Spezifizierung im Technischen Bericht beschrieben. Unbestritten ist eine Ausführung auf der Floridsdorfer Brücke und sind zwei Ausführungen auf der Brigittenauer Brücke symmetrisch vorgesehen. Die im Technischen Bericht für „Objekt B200702 über die Donau Widerlager links“, „Objekt B201502 Strombrücke Trennpfeiler S00“ und „Objekt B201503 Flutbrücke Trennpfeiler F30“ festgelegte symmetrische Konstruktion ist mit Skizze aus dem Bestand, Skizze zur gewählten neuen Konstruktion, Foto zum Bestand und detaillierter technischer Beschreibung begründet und festgelegt. Diese Methodik der Leistungsbeschreibung (Skizze, Foto und verbale Beschreibung der Leistung) findet sich durchgängig zu allen Brückenteilen im Technischen Bericht.

Dass die Produkte der von der Teilnahmeberechtigten für die Ausführung des genannten FÜK-Tausches namhaft gemachten Subunternehmerin eine Zulassung für die bestandsfest geforderten Ausführungen aufweisen, steht aufgrund des Vergabeaktes und nach dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens fest. Die Auftraggeberin hat nach Führung des Vergabeverfahrens und Prüfung der Angebote den Zuschlag erteilt. Sie hat weiters die von der Teilnahmeberechtigten namhaft gemachte Subunternehmerin unter anderem anhand der vorgelegten Unterlagen – in welchen die Typen samt Zulassung genau und eindeutig zuordenbar bezeichnet sind – geprüft und dem Einsatz dieser Subunternehmerin zugestimmt.

Die Produkte der Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten für den genannten FÜK-Tausch sind für sämtliche in der Ausschreibung genannten und bestandsfest festgelegten Ausführungen zugelassen. Eine Änderung des Leistungsverzeichnisses und eine geänderte Ausführung haben sich nicht erwiesen.

Die Antragstellerinnen sind im Nachprüfungsverfahren davon ausgegangen, dass das Produkt „...“ der Subunternehmerin F. zum Einsatz kommt.

In der von der Antragstellerin von der Homepage dieser Subunternehmerin abgerufenen Broschüre zum Produkt „...“ wird auf Seite 3 unter dem Titel „Konstruktion“ ausgeführt: *„Für den Einbau der Lamellenfuge sind nur relativ kleine Aussparungen in den zu verbindenden Brückenteilen vorzusehen. Sie können dank asymmetrischer Anordnung einfach an die örtlichen Gegebenheiten angepasst werden.“*

Die Teilnahmeberechtigte hat darauf replizierend auf Seite 5 dieser Broschüre verwiesen, wo unter dem Titel „Konstruktionsdetails“ und dem Untertitel „Aussparung im Brückentragwerk“ angegeben wird: *„Alternativ können auch Konstruktionen angeboten werden, bei denen beide Seiten beweglich ausgeführt werden. Hier kann die Längsbewegung in einem beliebigen Anteil auf die beiden Seiten B1 und B2 verteilt werden.“*. Innerhalb dieses Kapitels befindet sich eine Skizze mit einer asymmetrischen Konstruktion. In dieser Skizze ist B1 der längere und B2 der kürzere Teil im Traversenkasten. Aus diesem Abschnitt der Broschüre hat die Teilnahmeberechtigte die symmetrische Ausführung abgeleitet.

In den Ausschreibungsunterlagen wird zur symmetrischen Konstruktion eine Begründung und Beschreibung gegeben, die auszugsweise wie folgt lautet:

Der Technische Bericht legt zu „Objekt B200702 über die Donau Widerlager links“ fest: *„Für die Auflagerung am Stahltragwerk muss der FÜK-Träger ebenfalls ausgebaut werden. Es muss eine symmetrische Konstruktion eingebaut werden, damit der vorhandene Platz analog zum Bestand genutzt werden kann. (...)“*

Zu „Objekt B201502 Strombrücke Trennpfeiler S00“ wird im Technischen Bericht festgelegt: *„Für die Auflagerung am Stahltragwerk müssen die beiden FÜK-Träger ebenfalls ausgebaut werden. Maßgebend für die Konstruktion ist die Länge der Traversenkästen. Diese passen knapp zwischen den Endquerträger des Zwischentragwerkes und die schräge durchgehende Steife am Endquerträger von B201502. Daher müssen die Stege der FÜK-Träger für die Traversenkästen*

ausgeschnitten werden, diese werden dann mit den FÜK-Trägern tragend verschweißt. Asymmetrische Konstruktionen sind in den vorhandenen Platz nicht integrierbar, daher müssen hier symmetrische Konstruktionen verwendet werden. (...)“

Für „Objekt B201503 Flutbrücke Trennpfeiler F30“ legt der Technische Bericht fest: *„Für die Auflagerung am Stahltragwerk müssen die beiden FÜK-Träger ebenfalls ausgebaut werden. Maßgebend für die Konstruktion ist die Länge der Traversenkästen. Diese passen knapp zwischen den Endquerträger des Zwischentragwerkes und die schräge durchgehende Steife am Endquerträger von B201503. Daher müssen die Stege der FÜK-Träger für die Traversenkästen ausgeschnitten werden, diese werden dann mit den FÜK-Trägern tragend verschweißt. Asymmetrische Konstruktionen sind in den vorhandenen Platz nicht integrierbar, daher müssen hier symmetrische Konstruktionen verwendet werden. (...)“*

Die technischen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) 15.04.51 vom 22.3.2011 („Ausführungsbestimmungen“) regeln laut Anwendungsbereich (Seite 2) Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK), deren Verankerung, den Abdichtungsabschluss sowie Fugenspalt und Einbauaussparung samt Anschlussbewehrung und Füllbeton und sind für alle Straßenbrücken mit öffentlichem Verkehr anzuwenden. Die Auswahl der Konstruktionsart für den jeweiligen Anwendungsfall hat entsprechend den lokalen Gegebenheiten (Anlageverhältnisse, Verkehrszusammensetzung, Umweltschutzanforderungen usw.) zu erfolgen (Seite 3 dieser RVS); auf den Seiten 60-63 wird eine Vielzahl von Richtlinien und Normen aufgelistet (Beilage ./3 zum Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten).

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen auf dem Vergabeakt, der im Nachprüfungsverfahren gewechselten Schriftsätze samt Beilagen und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung. Der Vergabeakt wurde als Ordner und als USB-Stick dem Gericht vorgelegt. Die in den Feststellungen verwendeten Verweise (Register etc.) beziehen sich auf den Ordner.

Dem Antrag der Antragstellerinnen auf Beiziehung des Sachverständigen DI Dr. H. G. zur Klärung der Frage, ob die Zertifizierung ETA-24/0357 den Anforderungen in der Ausschreibung „B2015 + B2007 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke FÜK Tausch GU-Leistungen“ genüge, war nicht zu folgen, weil es sich zum einen nicht um die einzige Zertifizierung der von der Subunternehmerin vorgelegten Zulassungsnachweise handelt und seitens des Gerichts im Nachprüfungsverfahren zu überprüfen war, ob die Antragsgegnerin die erforderliche Prüfung der von der Teilnahmeberechtigten beigezogenen Subunternehmerin regelkonform vorgenommen hat. Aus dem Beweisanbot der Antragstellerinnen, wonach die Zertifizierung ETA-24/0357 den Anforderungen in der Ausschreibung „B2015 + B2007 Brigittenauer Brücke & Floridsdorfer Brücke FÜK Tausch GU-Leistungen“ genüge, war daher für den Standpunkt der Antragstellerinnen nichts zu gewinnen. Diesem Beweisantrag war daher nicht stattzugeben.

Die Nachweise betreffend die Zulassung des Produktes der beteiligten Subunternehmerin hat sich aus den im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Urkunden ergeben. Die in den Nachweisen aufgelisteten Zulassungen lagen bei Angebotsabgabe und Angebotsöffnung bereits vor.

Dass den Antragstellerinnen das Informationsschreiben des Österreichischen Instituts für Bautechnik „nicht zur Gänze zugestellt“ wurde, ist dem Umstand geschuldet, dass dieses Schreiben im Nachprüfungsverfahren auch dem Gericht nicht als Beilage vorgelegt wurde, womit eine Weiterleitung ausgeschlossen war.

Dass die Antragstellerinnen die einzigen Marktteilnehmer seien, die symmetrische FÜK herstellen, schließt trotz Marktkennntnis der Antragstellerinnen nicht aus, dass eine von der Teilnahmeberechtigten beigezogene Subunternehmerin eine Zulassung für die symmetrische Konstruktion aufweist.

Zu der seitens der Antragstellerinnen mit Schriftsatz vom 24.7.2025 vorgelegten Broschüre zu einem Produkt der Subunternehmerin ist nach dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens festzuhalten, dass diese Broschüre die Produktpalette, wie in den im Vergabeverfahren vorgelegten Unterlagen und Listen bezeichnet, nicht abbildet. Dieser Broschüre kommt daher nur eingeschränkte Beweiskraft zu.

Im Lichte dieser eingeschränkten Beweiskraft kommt auch der seitens der Teilnahmeberechtigten getätigten Äußerung in der mündlichen Verhandlung zum Nachweis einer symmetrischen Konstruktion in dieser Broschüre (Seite 5) keine Beweiskraft zu.

Die Bieterbeantwortung vom 24.11.2024 (Beilage./C zum Nachprüfungsantrag und Register 2 im Vergabeakt) steht in keinem Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen und konnte für die Feststellungen herangezogen werden.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens war die Prüfung des Vorliegens einer seitens der Antragstellerinnen vermuteten gesondert anfechtbaren Entscheidung (Wahl der Direktvergabe, unzulässige wesentliche Vertragsänderung) nach einem von der Auftraggeberin mit Zuschlagserteilung am 7.5.2025 beendeten Vergabeverfahren zum Tausch von Fahrbahnübergangskonstruktionen (FÜK) an der Brigittenauer Brücke und der Floridsdorfer Brücke, nämlich "B2015 Brigittenauer Brücke und B2007 Floridsdorfer Brücke - FÜK Tausch - GU Bau".

Bei diesem beendeten Vergabeverfahren handelt es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, das Vergabeverfahren wurde im offenen Verfahren geführt. Die Antragsgegnerin ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018. Die Antragstellerinnen haben einen Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens betreffend eine Direktvergabe (unzulässige wesentliche Vertragsänderung) gestellt, wobei es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. gg BVergG 2018 handelt. Die Pauschalgebühr für einen Antrag auf Nichtigerklärung wurde nachweislich entrichtet. Der Antrag entsprach den Formalvoraussetzungen des § 20 WVRG 2020, er war als rechtzeitig und zulässig anzusehen, der Antrag war jedoch nicht berechtigt.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerinnen:

Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. sie oder er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, dessen Nachprüfung gemäß § 1 dieses Landesgesetzes in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fällt, und
2. ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Sowohl von der Antragsgegnerin als auch von der Teilnahmeberechtigten wurde die Antragslegitimation der Antragstellerinnen für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren angezweifelt und infrage gestellt.

Am abgeschlossenen Vergabeverfahren hat sich die Erst-Antragstellerin gar nicht und die Zweit-Antragstellerin lediglich als Subunternehmerin beteiligt.

Zum rechtlichen Interesse der beiden Antragstellerinnen wurde zusammengefasst vorgebracht, dass sich die beiden Antragstellerinnen bei der Ausschreibung der vermeintlichen Direktvergabe mit einem Angebot beteiligt hätten. Das rechtliche Interesse hätte sich daher auf den Vertrag konzentriert, welcher der vermeintlich geänderten Ausführung zugrunde gelegen wäre. Es wurde vorgebracht, dass eine Beteiligung als Bietergemeinschaft erfolgen hätte können oder wiederum eine Beteiligung als Subunternehmerin erfolgt wäre.

Zur Voraussetzung des Schadens wurde vorgebracht, dass beide Antragstellerinnen im Konzern verbunden seien und der frustrierte Auftrag der Zweit-Antragstellerin als Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten einen Schaden für den Konzern und damit auch für die Erstantragstellerin darstelle. Jedenfalls entgehe ein bedeutendes Referenzprojekt, da die Stadt Wien eine bedeutende Auftraggeberin bei FÜK sei.

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung ist jedenfalls nicht Gegenstand der Beurteilung der Antragslegitimation, ob die monierte Rechtswidrigkeit tatsächlich vorliegt.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass im Sinn eines effektiven Rechtsschutzes die Antragslegitimation der beiden Antragstellerinnen angenommen wurde.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Direktvergabe (unzulässige wesentliche Vertragsänderung):

Nach den getroffenen Feststellungen dürfen auf Grundlage der bestandfesten Ausschreibung des abgeschlossenen Vergabeverfahrens nur zugelassene Übergangskonstruktionen angeboten werden.

Die Teilnahmeberechtigte ist wie die Antragstellerinnen ein am Markt führendes Unternehmen im Zusammenhang mit Brückenbau und Brückensanierung.

Die Teilnahmeberechtigte ist daher als fachkundige Bieterin anzusehen, die sich am abgeschlossenen Verfahren auch als Bieterin beteiligt hat. Es ist aufgrund der einschlägigen Fachkunde der Teilnahmeberechtigten davon auszugehen, dass sie die in der Ausschreibung und den dazugehörigen weiteren technischen Unterlagen festgelegten Anforderungen in ihrem Angebot berücksichtigen konnte. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten wurde im abgeschlossenen Vergabeverfahren geprüft und nicht ausgeschieden, sondern für den Zuschlag vorgesehen.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Angebot mehrere Subunternehmer für die unterschiedlichen Leistungsteile angegeben. Sie hat insofern Fach- und Sachkunde anderer Unternehmer im für den Auftrag erforderlichen Umfang beigezogen. Die Fachkunde der Teilnahmeberechtigten wurde von den Antragstellerinnen im Nachprüfungsverfahren nicht angezweifelt.

Nach den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen sind sowohl asymmetrische als auch symmetrische Konstruktionen (und andere Konstruktionsarten) auszuführen. Die Leistung ist in der Leistungsbeschreibung verbal beschrieben und begründet, es wurden Skizzen und Fotos angefertigt.

Dass, wie im Nachprüfungsantrag vorgebracht, nach der Ausschreibung eine Zulassung gemäß RVS 15.04.51 für symmetrische Konstruktionen vorliegen müsse und eine solche Zulassung die einzig zulässige wäre, ist im Verfahren nicht hervorgekommen. Die bestandsfeste Festlegung in der Ausschreibung sieht keine Zulassung nach einer bestimmten technischen Norm vor. Dass in der Leistungsbeschreibung im „Allgemeinen Teil“ der „Ständigen Vorbemerkungen“ auf die technischen Richtlinien und Vorschriften für den Straßenverkehr (RVS) und die Eisenbahn (RVE) hingewiesen wird oder die RVS 15.04.51 in Normenlisten der Ausschreibung aufscheint, begründet keine Anforderung nach (alleiniger) spezifischer Zulassung nach der RVS 15.04.51, sie schließt diese Zulassung aber eben auch nicht aus.

Bereits nach dem Wortlaut der bestandfesten Festlegung, wonach „nur zugelassene Übergangskonstruktionen“ angeboten werden dürfen, erschließt sich, dass Übergangskonstruktionen, die etwa eine ETA-Zulassung oder eine andere Zulassung aufweisen, angeboten werden dürfen. Das seitens der Teilnahmeberechtigten im Vergabeverfahren angebotene Produkt einer Fahrbahnübergangskonstruktion weist nach der getroffenen Feststellung eine Zulassung auf und durfte daher angeboten werden.

Die Antragsgegnerin hat auf die Allgemeinen Teilnahmebestimmungen der Stadt Wien an Vergabeverfahren, WD 307, Punkt 6.2. Prüfung von technischen Spezifikationen verwiesen: Leistungen, die den technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprechen, denen jedoch inhaltlich gleichwertige technische Spezifikationen zu Grunde liegen, werden einschließlich der im Herstellerstaat durchgeführten Prüfungen und Überwachungen als gleichwertig behandelt, wenn mit ihnen in der Praxis das geforderte Schutzniveau an Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit erreicht wird. Prüfberichte zugelassener Stellen, die der Republik Österreich von Vertragsstaaten des EWR genannt worden sind, werden in gleicher Weise wie Prüfberichte österreichischer Stellen berücksichtigt, wenn die den Prüfberichten dieser Stellen zu Grunde liegenden Prüfungen, Prüfverfahren und technischen Anforderungen denen der österreichischen Stellen zumindest gleichwertig sind.

Nach dieser Bestimmung ist unter den genannten Voraussetzungen von einer Gleichwertigkeit von technischen Spezifikationen auszugehen. Mit dieser Bestimmung hat die Antragsgegnerin den großen Umfang von Zulassungen aufgezeigt und belegt. Auch zufolge dieser Bestimmung in der WD 307 war eine spezifische Zulassung für die Übergangskonstruktionen im abgeschlossenen Vergabeverfahren nicht festzulegen und ist nach dem eindeutigen Wortlaut auch nicht erfolgt.

Es widerspricht daher auch unter diesem Blickwinkel die Festlegung in der Ausschreibung, welche keine spezifische Zulassung fordert, den WD 307 nicht. Das Vorgehen der Antragsgegnerin bei Prüfung und nachfolgender Zulassung der Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten war daher nicht zu beanstanden. Im Ermittlungsverfahren hat sich kein Hinweis darauf ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte den Auftrag nicht so auszuführen hat, wie in der Ausschreibung festgelegt.

Eine wesentliche Vertragsänderung, wie von den Antragstellerinnen vorgebracht, die in einer geänderten Ausführung bestehe und zu welcher Ausführung eine Zulassung nicht bestehe, hat sich daher im Verfahren nicht erwiesen. Aus diesem Grund war auf das Vorbringen in Zusammenhang mit § 365 BVergG 2018 nicht näher einzugehen. Die gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl der Direktvergabe (unzulässige wesentliche Vertragsänderung) lag im Ergebnis nicht vor.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 15 WVRG 2020; die dort genannten Voraussetzungen für einen Pauschalgebührenersatz liegen nicht vor.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als

uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 340,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären.

Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. Oppel