

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder im Verfahren F 3/06 betreffend die Zuteilung von Frequenzen im Frequenzbereich 26 GHz gemäß § 55 Abs. 1 TKG 2003 in der Sitzung am 02.04.2007 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Der ONE GmbH werden Frequenzen im folgenden Umfang und in folgenden Regionen zugeteilt:

Region 1: 24.773 – 24.857/25.781 – 25.865 MHz (2x84 MHz)

Region 2: 24.773 – 24.857/25.781 – 25.865 MHz (2x84 MHz)

Region 6: 24.773 – 24.857/25.781 – 25.865 MHz (2x84 MHz)

Die Versorgungsaufgaben und Nutzungsbedingungen sowie die Zuteilungsgebiete für die zugeteilten Frequenzbereiche sind aus Anlage 1 ersichtlich und bilden einen integrierenden Bestandteil dieses Bescheides.

Die Frequenzkanäle werden befristet bis 31.12.2020 zugeteilt.

Das Frequenznutzungsentgelt wird gemäß § 55 Abs. 1 TKG 2003 mit Euro 349.000,--, (in Worten Euro dreihundertneunundvierzigtausend) – exklusive USt – festgesetzt. Dieser Betrag ist binnen 7 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides auf das PSK-Konto des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, Konto-Nr. 5040003, zu entrichten.

2. Der Antrag der Telekom Austria AG vom 05.02.2007 auf Zuteilung von Frequenzen (ON 22) wird abgewiesen.
3. Gemäß § 76 AVG werden die Barauslagen mit Euro 2.671,58 (exklusive USt) bestimmt. Die Barauslagen sind gemäß § 55 Abs. 11 TKG 2003 von der erfolgreichen Antragstellerin zu tragen.

Die Barauslagen sind von der Verpflichteten binnen 14 Tagen nach Zustellung des Frequenzzuteilungsbescheides auf das PSK-Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, Konto-Nr. 9663936, zu entrichten.

II. Begründung

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens wird folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Mit Schreiben des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie vom 20.06.2006, GZ BMVIT-630.405/0006-III/PT3/2006 (ON 3), wurden der Regulierungsbehörde aufgrund deren Anfrage im Sinne des § 51 Abs. 3 TKG 2003 die technischen Nutzungsbedingungen für jene Frequenzteilbereiche im Frequenzbereich 26 GHz, die der Regulierungsbehörde bereits zur Zuteilung überlassen worden waren, übermittelt. Jene Überlassung gem. § 51 Abs. 3 TKG 2003 bezog sich konkret auf das Frequenzspektrum 24,549-25,053/25,557-26,061 GHz.

In ihrer Sitzung vom 18.09.2006 beschloss die Telekom-Control-Kommission den Entwurf einer Ausschreibungsunterlage (ON 5), welcher mit Schreiben vom 19.09.2006 (ON 6) mit dem Ersuchen um Zustimmung zur Ausschreibung der Nutzungsrechte am gegenständlichen Frequenzspektrum in der in der Ausschreibungsunterlage vorgesehenen Form dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie übermittelt wurde. Nach Zustimmung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie zur Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlage für Frequenzzuteilungen im Frequenzbereich 26 GHz, eingelangt bei der Regulierungsbehörde am 07.11.2006 (ON 8), erfolgte die öffentliche Ausschreibung durch die Telekom-Control-Kommission am 14.11.2006 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung. Das Ende der gemäß § 55 Abs. 3 Z 4 TKG 2003 zumindest zweimonatigen Ausschreibungsfrist wurde mit 05.02.2007, 12:00 Uhr, festgelegt.

Zur Ausschreibung gelangten in 6 Regionen insgesamt 21 Frequenzpakete. Alle Pakete waren bereits in der Ausschreibungsunterlage (ON 11) konkret bezeichnet.

Alle Frequenzpakete wurden entsprechend ihrer Frequenzausstattung bewertet (lot rating Punkte). Die Antragsteller hatten in ihrem Antrag nicht die konkreten Pakete zu beantragen, sondern den Umfang der Bietberechtigung auf Basis der lot rating Punkte. Der maximale Umfang der Bietberechtigung wurde mit 605 Punkten festgelegt.

Bis zum Ende der Ausschreibungsfrist langten Anträge auf Frequenzzuteilung von folgenden Unternehmen bei der Behörde ein: Telekom Austria AG (in weiterer Folge Telekom Austria) und ONE GmbH (ONE).

Nach Prüfung der Antragsteller im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 fasste die Telekom-Control-Kommission in ihrer Sitzung am 20.02.2007 den Beschluss, beide Antragsteller zur Teilnahme an der Frequenzauktion zuzulassen.

In ihrer Sitzung vom 05.03.2007 beschloss die Telekom-Control-Kommission die Verfahrensordnung betreffend die Regeln des Versteigerungsverfahrens und setzte den Beginn der Versteigerung mit 21.03.2007 fest. Gleichzeitig beschloss die Telekom-Control-Kommission, die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit der Durchführung der Auktion zu beauftragen.

Als Termin für die Abhaltung der in der Ausschreibungsunterlage vorgesehenen Bieterschulungen wurden der 13.03.2007 und der 19.03.2007 festgelegt. Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH führte die Bieterschulungen durch.

Mit Telefax vom 21.03.2007, eingelangt bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH um 09:19 Uhr, teilte die Telekom Austria mit, dass sie an der Auktion nicht teilnehmen werde (ON 36a), nachdem sie dies bereits zuvor telefonisch bekannt gegeben hatte (Aktenvermerk ON 36).

In der Auktion am 21.03.2007 gab einzig ONE als Antragstellerin valide Gebote ab.

Im Rahmen der Auktion wurde ONE als Höchstbieter jeweils für das Paket C in den Regionen 1, 2 und 6 ermittelt.

Im Zuge der Durchführung des Verfahrens erwachsen der Behörde Barauslagen in folgender Höhe (jeweils exkl. USt): Euro 2.671,58 für die Anschaffung der zur Durchführung der Auktion benötigten Infrastruktur (Aufstellung ON 37).

Hinsichtlich der im Zuge der Durchführung des Verfahrens angefallenen Barauslagen wurden diese der ONE mit Schreiben vom 26.03.2007 bekannt gegeben. Mit Schriftsatz vom 29.03.2007 (ON 40) brachte ONE dazu vor, dass neben ONE auch die Telekom Austria AG aufgrund der gestellten Anträge auf Frequenzzuteilung zur Teilnahme an der Frequenzauktion zugelassen worden sei, weshalb im gegenständlichen Verfahren sowohl ONE als auch die Telekom Austria AG die verfahrenseinleitenden Anträge gestellt hätten. ONE stellte daher den Antrag, die anlässlich der Durchführung der Auktion entstandenen Barauslagen von Euro 2.671,58 auf beide Verfahrensparteien aufzuteilen.

Die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen:

Der festgestellte Sachverhalt, insbesondere die Feststellungen über das Vorliegen der wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen, beruht auf den schriftlichen Vorbringen der Antragstellerinnen in den Anträgen. Es bestand kein Grund, an der Richtigkeit der von den Unternehmen vorgelegten Unterlagen zu zweifeln.

Die Feststellungen hinsichtlich der Gebote und der Frequenzzuteilung leiten sich aus dem Verlauf der Auktion ab.

Die übrigen Feststellungen ergeben sich aus den jeweils näher bezeichneten Aktenbestandteilen.

Auf Grund des im Verfahren erhobenen und festgestellten Sachverhaltes ergibt sich folgende rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt 1:

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ergibt sich aus § 117 Z 9 TKG 2003, wonach die Telekom-Control-Kommission zur Zuteilung von Frequenzen, hinsichtlich derer im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß § 52 Abs. 3 getroffen wurde, zuständig ist. § 4 der Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend die Frequenznutzung, BGBl. II Nr. 307/2005, idF: BGBl. II Nr. 525/2006,

(Frequenznutzungsverordnung 2005 - FNV 2005) iVm mit deren Anlage („Frequenznutzungsplan“) legt fest, dass (u.a.) die im Spruch genannten Frequenzen knapp iSd § 52 Abs. 3 TKG 2003 sind.

Das Frequenzvergabeverfahren ist in § 55 TKG 2003 geregelt. Danach hat die Regulierungsbehörde die ihr überlassenen Frequenzen demjenigen Antragsteller zuzuteilen, der die allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 2 Z 2 (§ 55 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) erfüllt, und die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet. Dies wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt.

Die Telekom-Control-Kommission hatte daher in einem ersten Schritt zu prüfen, ob bei den Antragstellerinnen die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 gegeben sind. Die Prüfung ergab, dass hinsichtlich beider Antragstellerinnen die Voraussetzungen vorliegen. Die Angaben in den Anträgen waren plausibel und nachvollziehbar und dokumentierten, dass die Antragstellerinnen über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen. Auch die Beschreibungen der geplanten Dienste und der Qualität der Dienste sowie die Darstellungen zur Finanzkraft der Antragstellerinnen waren für die Behörde schlüssig und nachvollziehbar.

Gemäß § 55 Abs. 2 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde die Zuteilung von Frequenzen entsprechend den Grundsätzen eines offenen, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahrens sowie nach Maßgabe der ökonomischen Effizienz durchzuführen.

Die Ausschreibung hat jedenfalls die Bereiche des der Regulierungsbehörde überlassenen Frequenzspektrums, die für eine Zuteilung bestimmt sind, den Verwendungszweck der zuzuteilenden Frequenzen, die Voraussetzungen für die Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen und eine mindestens zweimonatige Frist, innerhalb derer Anträge auf Zuteilung von Frequenzen gestellt werden können, zu enthalten.

Weiters sind in den Ausschreibungsunterlagen die Grundsätze des Verfahrens zur Ermittlung des höchsten Frequenznutzungsentgeltes darzustellen. Die Grundzüge des Versteigerungsverfahrens wurden in Punkt 2.7.2 der Ausschreibungsunterlage dargestellt.

Gemäß § 55 Abs. 9 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde weiters geeignete Regeln für die Ermittlung des höchsten Gebotes mittels Verfahrensanordnung festzulegen. Die Regeln sind den Antragstellern mindestens zwei Wochen vor Beginn der Ermittlung des höchsten Gebotes (Auktion) zu übermitteln. Mit Beschluss vom 05.03.2007 wurde die Verfahrensanordnung betreffend die Versteigerungsregeln von der Telekom-Control-Kommission beschlossen und den Antragstellern zugestellt.

Als Ergebnis des Auktionsverfahrens wurden sämtliche von der ONE gebotenen Frequenznutzungsentgelte als Höchstgebote ermittelt.

Die Frequenzzuteilung war daher entsprechend dem Ergebnis des Auktionsverfahrens spruchgemäß vorzunehmen.

Die der erfolgreichen Bieterin vorgeschriebenen Frequenznutzungsentgelte ergeben sich ebenfalls aus dem Ergebnis der Auktion. ONE hat insgesamt drei Frequenzpakete um insgesamt Euro 349.000,- ersteigert.

Aufgrund des Ergebnisses der Auktion war die Frequenzzuteilung sowie die Vorschreibung des Frequenznutzungsentgeltes daher spruchgemäß vorzunehmen.

Zu Spruchpunkt 2:

Telekom Austria hatte im Rahmen des Vergabeverfahrens einen Antrag auf Frequenzzuteilung eingebracht. Telekom Austria wurde zur Auktion zugelassen und hat in weiterer Folge kurz vor Beginn der Auktion telefonisch mitgeteilt, dass sie nicht an der Auktion teilnehmen werde (Aktenvermerk ON 36) und diese Erklärung während der Auktion per Telefax (ON 36a) bestätigt, indem sie schriftlich bekannt gab, dass sie „an der Auktion nicht aktiv teilnehmen“ werde. Dadurch, dass Telekom Austria keine Gebote abgegeben hat, sohin auf keinem Frequenzpaket aktiv war und auch keine aktive Bietbefreiung in Anspruch genommen hat, ist sie gemäß Punkt 3.5.1 der Verfahrensordnung aus dem Versteigerungsverfahren ausgeschieden. Da Telekom Austria von der in der Verfahrensordnung vorgesehenen Möglichkeit zum Ausscheiden aus der Auktion Gebrauch gemacht und keine Frequenzen im Rahmen des Versteigerungsverfahrens erworben hat, war der Antrag auf Frequenzzuteilung abzuweisen.

Zu Spruchpunkt 3:

Gemäß § 76 AVG hat die Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, für Barauslagen aufzukommen, die der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen. Unter Barauslagen sind alle Aufwendungen zu verstehen, die für die Durchführung der einzelnen konkreten Amtshandlung gemacht werden und die über den sonstigen und allgemeinen Aufwand der Behörde hinausgehen. § 76 AVG durchbricht die Kostentragungspflicht des Antragstellers nur dort, wo diese unbillig wäre (VwGH 17.1.1995, 94/07/0118). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Bei den Barauslagen handelt es sich um jene Kosten, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung der Auktion (Beschaffung der notwendigen Hardware sowie Lizenzen) entstanden sind und die demgemäß über den allgemeinen Aufwand der Behörde hinausgehen. Die Kosten für diese notwendigen Anschaffungen betragen Euro 2.671,58.

Eine gegenüber § 76 AVG speziellere Bestimmung, welche den Besonderheiten eines Versteigerungsverfahrens gem. § 55 TKG 2003 Rechnung trägt, findet sich in § 55 Abs. 11 TKG 2003: Demnach sind Kosten für Sachverständige und Berater, welche die Regulierungsbehörde in jedem Stadium des Verfahrens beziehen kann, von dem Antragsteller, *dem die Frequenzen zugeteilt werden*, zu tragen. Da im Verfahren nach § 55 TKG 2003 typischerweise bereits zu einem Zeitpunkt Kosten anfallen, in dem die Zahl und die Personen der Antragsteller noch nicht bekannt sind – beispielsweise im Rahmen der Erstellung der Ausschreibungsunterlage bzw. der Festlegung eines geeigneten Versteigerungsverfahrens samt Anschaffung der dafür benötigten Infrastruktur – fallen solche Kosten unabhängig von der Zahl bzw. Person der Antragsteller an. Da der Ausgang des Verfahrens und somit auch die Entscheidung der Behörde, welchem Bieter die beantragten Frequenzen zugeteilt werden, letztendlich durch das Bietverhalten der einzelnen Antragsteller bestimmt werden und die Frequenzzuteilung eine Folge der Entscheidung der erfolgreichen Bieter, andere Antragsteller zu überbieten, darstellt, trifft das TKG 2003 im Zuge der Schaffung eines Ausgleichs zwischen den Interessen erfolgreicher und nicht erfolgreicher

Bieter die Entscheidung, dass die Kostentragung am ehesten den erfolgreichen Bietern zumutbar ist.

Zwar spricht § 55 Abs. 11 TKG 2003 von den Kosten für Sachverständige und Berater, jedoch ist die Bestimmung aufgrund der völlig ident gelagerten Interessenslage bei der Anschaffung notwendiger Hard- und Software und aufgrund der Tatsache, dass Berechnungen durch Coputerprogramme oft kostengünstiger durchgeführt werden können als durch Sachverständige, auf die Anschaffung erforderlicher Hard- und Software auszudehnen.

Die weitere Bestimmung des Abs. 11 leg. cit., wonach bei mehreren Antragstellern die Kosten aliquot aufzuteilen sind, kann sich nach systematischer Interpretation wiederum nur auf solche Antragsteller beziehen, denen auch Frequenzen zugeteilt wurden, zumal neben einem Antragsteller, welchem Frequenzen zugeteilt werden, regelmäßig auch weitere Antragsteller, denen letztendlich keine Frequenzen zugeteilt werden, auftreten. Würde man nun annehmen, die Kosten wären *immer* zwischen erfolgreichen und nicht erfolgreichen Bietern aufzuteilen, bliebe für den ersten Satz des § 55 Abs. 11 kein Anwendungsbereich.

Daher war dem Antrag der ONE, die entstandenen Barauslagen auf die beiden Verfahrensparteien aufzuteilen, nicht stattzugeben.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 180.- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 02.04.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann