

34
WYROK

z dnia 27 maja 2009 r.
w sprawie odwołania Gminy Katowice przeciwko Prezesowi UOKiK
(sygn. akt VI ACa 1404/08)

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny po rozpoznaniu w dniu 13 maja 2009 r. w Warszawie na rozprawie sprawy z powództwa Gminy Katowice przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję i karę pieniężną na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 sierpnia 2008 r. (Sygn. akt XVII AmA 4/08):

- I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I 1.2.3. i II w ten sposób, że oddala odwołanie;
- II. zasądza od Gminy Katowice na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 630 zł (sześćset trzydzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania z obie instancje.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 8 listopada 2007 r. nałożył na Gminę Katowice karę pieniężną w wysokości w wysokości 100 000 zł za „pozbawienie przedsiębiorców prawa wywozu odpadów komunalnych z jej terenu na inne składowiska wymienione w Planie gospodarki odpadami dla województwa śląskiego przez określenie przez nią w gminnym planie gospodarki odpadami tylko dwóch składowisk odpadów, to jest za przeciwdziałanie rozwojowi wolnej konkurencji w zakresie składowania i unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa śląskiego”.

Opisaną powyżej praktykę Gminy Katowice uznano za ograniczającą konkurencję na podstawie analizy zarządzenia Prezydenta Miasta Katowice z dnia 13 kwietnia 2006 r. nr 2564/2006 r. w sprawie określenia wymagań, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie niektórych usług komunalnych. Wśród warunków, jakie winni spełnić przedsiębiorcy znalazł się wymóg udokumentowania gotowości przyjęcia odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta Katowice przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami oraz z planu gospodarki odpadami dla Miasta Katowice (§ 1 ust. 1 pkt 4 zarządzenia). O takich wymaganiach zostali poinformowali przedsiębiorcy świadczący dotychczas usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych na terenie Katowic.

Plan gospodarki odpadami dla Miasta Katowice został przyjęty przez Radę Miasta Katowice uchwałą z dnia 25 lipca 2005 r. Jako miejsce unieszkodliwiania odpadów dla Miasta Katowice wskazano dwa składowiska - obiekty o charakterze regionalnym, to jest w Siemianowicach Śląskich i w Tychach Urbanowiczach.

Natomiast Plan gospodarki odpadami dla województwa śląskiego został przyjęty uchwałą Sejmiku Województwa Śląskiego w dniu 25 sierpnia 2003 r. Dla Katowic wskazano w nim składowisko w Siemianowicach Śląskich, chociaż w dacie sporządzania planu obejmował on 43 składowiska, w tym część o zasięgu ponad lokalnym.

Zdaniem Prezesa Urzędu Gmina Katowice odmawiając przedsiębiorcom prawa dokonania samodzielnego wyboru składowiska spośród wszystkich spełniających przesłanki z art. 9 ustawy o odpadach tworzy bariery dla rozwoju nieskrępowanej konkurencji nie tylko na rynku odbierania odpadów komunalnych, ale i na rynku składowania odpadów, to jest pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi składowiska na terenie województwa śląskiego.

Odnosząc się do stanowiska Gminy Katowice w zakresie rozbieżności pomiędzy planem gospodarki odpadami dla województwa śląskiego a planem gospodarki odpadami dla Miasta Katowice Prezes Urzędu nie podzielił argumentacji, że wskazanie składowiska w Tychach Urbanowicach wychodzi naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i stwarza im możliwość wyboru miejsca składowania odpadów oraz wskazał na niekonsekwencję w przyjętej przez Gminę interpretacji wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, w którym Katowicom przypisano tylko składowisko w Siemianowicach Śląskich.

Zdaniem Prezesa UOKiK w przypadku odpadów komunalnych zasada bliskości wyrażona w art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach jest spełniona, gdy są one poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na terenie województwa na obszarze którego zostały wytworzone, a nawet przy spełnieniu określonej przesłanki, na obszarze innego województwa.

Powodowa Gmina Katowice zaskarżyła powyższą decyzję odwołaniem, zarzucając naruszenie: 1) art. 6 i 7 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie przepisów prawa; 2) prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przyjęcie, że ograniczenie miejsca składowania odpadów komunalnych wyłącznie do składowiska w Siemianowicach Śląskich lub składowiska w Tychach Urbanowicach stanowi praktykę Gminy Katowice polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku działalności organizacyjnej podejmowanej dla utrzymania porządku i czystości poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; 3) art. 233 § 1 Kpc w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez całkowicie arbitralną i dowolną ocenę zebranego materiału dowodowego oraz dokonanie sprzecznych istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału w ten sposób, że szereg faktów pozwany przyjął za ustalone, mimo że nie zostały one w ogóle potwierdzone i udowodnione, jak również, że pozwany wyprowadził błędne logiczne wnioski z ustalonych przez siebie okoliczności; 4) niewłaściwe zastosowanie lub błędną wykładnię wskazanych wyżej przepisów uzasadnia zarzut o bezzasadności nałożonej kary pieniężnej, której wysokość nie znajduje uzasadnienie w okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy.

Strona powodowa wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji przez ustalenie, że nie stwierdza się naruszenia przez Gminę Katowice zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie objętym punktem 1.1 decyzji, o uchylenie nałożonej kary pieniężnej oraz obowiązku zwrotu kosztów postępowania, w zakresie objętym punktem 1.2 decyzji, a także o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2008 r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że uznał, iż praktyka Gminy Katowice polegająca na wyznaczeniu przedsiębiorcom ubiegającym się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Katowice jako miejsca składowania odpadów wyłącznie składowiska w Siemianowicach Śląskich należącego do Landeco Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach lub składowiska w Tychach Urbanowicach należącego do Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Aster Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach nie stanowi ograniczającego konkurencję nadużywania pozycji dominującej na rynku działalności organizacyjnej podejmowanej dla utrzymania porządku i czystości obejmującym teren tej Gminy poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji i nie narusza zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. [...]

Sąd uznał, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie uzasadniał poczynienie przez Prezesa Urzędu ustaleń faktycznych opisanych w uzasadnieniu decyzji i ustalenia te przyjął za własne. W szczególności ocenił za prawidłowe ustalenie właściwego terytorialnie i przedmiotowo rynku odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Katowic, a także jego pośredni wpływ na rynek współzależny. Zdaniem Sądu pierwszej instancji na tak określonym rynku Gmina Katowice zajmuje pozycję dominującą wynikającą z monopolu prawnego i jej wpływu na kształtowanie uprawnień przedsiębiorców świadczących usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Jednak w ocenie Sądu w tak ustalonych okolicznościach sprawy nie można zasadnie postawić Gminie Katowice zarzutu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, kwalifikowanego jako ograniczenia swobody konkurencji o jakiej mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd pierwszej instancji zważył, że rynek właściwy, którego dotyczy niniejsze postępowanie nie jest wolnym rynkiem, do którego wprost stosuje się reguły ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest to rynek usług reglamentowanych, których sposób świadczenia jest w znacznej mierze określany przez uprawnione organy administracji samorządowej i rządowej. Po poparcie tego stanowiska Sąd powołał ustawę z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, zgodnie z którą działania podejmowane w dziedzinie ochrony środowiska naturalnego mają charakter planowy i długoterminowy i które konkretyzują się w programach ochrony środowiska. W ścisłym związku z tą ustawą pozostaje ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, która zakazuje postępowania z odpadami z sposób sprzeczny z jej przepisami oraz z przepisami o ochronie środowiska. Gospodarowanie odpadami zostało także objęte planowym systemem, przy czym plany te powinny być zgodne, wojewódzki z krajowym, powiatowy z wojewódzkim, a gminny z powiatowym.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji z ogólnych przepisów Prawa ochrony środowiska i ustawy o odpadach wynika ściśle wiążący organy administracyjne charakter tych norm, które obowiązane są przestrzegać, także w zakresie prawa miejscowego (uchwalone programy oraz plany wojewódzkie, powiatowe i gminne). Analizując następnie przepisy ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw Sąd podkreślił, że zgodnie z art. 10 tej ustawy Rada Gminy Katowice uchwaliła regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, a Prezydent Miasta zarządzeniem z dnia 13 kwietnia 2006 r. określił i podał do publicznej wiadomości wymagania, jakie powinien spełnić przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych. Wśród warunków, jakie winni spełnić przedsiębiorcy znalazł się wymóg udokumentowania gotowości przyjęcia odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta Katowice przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami oraz z planu gospodarki odpadami dla Miasta Katowice.

W ocenie Sądu nie można zgodzić się z twierdzeniem, że Plan gospodarki odpadami dla województwa śląskiego pełni tylko funkcję informacyjną i nie wiąże gminy w zakresie określonych w nim składowisk. Gmina miała obowiązek uwzględnienia ustaleń planu wojewódzkiego przy opracowywaniu własnego planu. Okoliczność, że wskazano w nim drugie składowisko, nie wymienione w planie wojewódzkim, uznano za wykraczające poza przedmiot niniejszego postępowania, ale jednocześnie za nie mogące stanowić argumentu za możliwością powiększenia ilości składowisk w planie gospodarki odpadami opracowanym dla Miasta Katowice.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie może być stosowana w sytuacji, w której przedsiębiorca narusza określone w niej zasady wykonując obowiązki wynikające dla niego z innych przepisów prawa. Rozwijając tę myśl Sąd podkreślił, że nie można czynić stronie powodowej zarzutu z tego, że postępowała zgodnie z Prawem ochrony środowiska i ustawą o odpadach, ponieważ w obecnym stanie prawnym Gmina nie była uprawniona ani do oceny aktualności planu, ani do przyznawania przedsiębiorcom uprawnień do składowania odpadów na składowiskach umieszczonych w planie wojewódzkim.

Sąd wyraził też własny pogląd - odmienny od wyrażonego przez Prezesa Urzędu - na temat treści zasady bliskości geograficznej, o której mowa w art. 9 ustawy o odpadach. W ocenie Sądu pierwszej instancji przepis ten powinien być interpretowany w ten sposób, że ewentualne przekazanie określonych odpadów komunalnych, ich transport, powinny się ograniczać do najbliższej położonego miejsca. Użycie rzeczownika w liczbie mnogiej jest uwarunkowane liczbą mnogą, w jakiej występuje rzeczownik odpady, nie dopuszcza natomiast wielości miejsc, jakby to było w przypadku użycia sformułowania blisko położonych miejsc, czy w ich pobliżu. W przypadku słowa najbliższej mamy do czynienia z najwyższym stopniem przymiotnika. Najbliższe jest zatem jedno miejsce lub miejsca położone w tej samej odległości. Przeciwna interpretacja przepisu prowadziłaby do nieuzasadnionej dowolności w zakresie ustalenia, ile miejsc składowania odpadów komunalnych może się znajdować najbliżej od miejsca ich wytworzenia.

W podsumowaniu rozważań prawnych Sąd pierwszej instancji, ponownie powołując się na obecny stan prawny, stwierdził, że Gmina Katowice przy wydawaniu zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest zobowiązana do przestrzegania prawa miejscowego - Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego - i nie może dowolnie wskazywać innych miejsc niż to w Siemianowicach Śląskich. Dopiero zmiana tego planu umożliwi zmianę wymagań i wydawanie zezwoleń z uwzględnieniem innych składowisk regionalnych czy lokalnych.

Stosownie do tego poglądu Sąd na podstawie art. 47931a Kpc orzekł o zmianie decyzji przez stwierdzenie, że nie doszło do naruszenia przez Gminę Katowice zakazu o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także o uchyleniu obowiązku zapłaty kary pieniężnej i ponoszenia kosztów postępowania.

Strona pozwana zaskarżyła powyższy wyrok Sądu pierwszej instancji apelacją, w której zarzuciła naruszenie: 1) prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, że opisana w sentencji decyzji Prezesa Urzędu praktyka Gminy Katowice nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję; 2) naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwą wykładnię, to jest art. 9 o odpadach i uznanie, iż odpady komunalne powinny być przekazane do „najbliższej położonego miejsca”, a nie jak uznał w decyzji Prezes UOKiK do „najbliższych położonych miejsc” w obrębie województwa śląskiego; 3) przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, to jest art. 233 § 1 Kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i sformułowanie na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wniosków z tego materiału niewynikających, że Gmina Katowice zobowiązana do przestrzegania przy wydawaniu zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Katowic, prawa miejscowego - Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego, nie może dowolnie wskazywać innych miejsc niż w Siemianowicach Śląskich, że organ antymonopolowy pominął ograniczenia i obowiązki, jakie przepisy nakładają na Gminę Katowice przy realizacji zadań w zakresie utrzymania porządku i czystości, że uznanie, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie może być stosowana w przypadku, gdy przedsiębiorca jest zobowiązany do przestrzegania innych przepisów stojących w kolizji z zasadami prawa konkurencji.

Strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Sąd Apelacyjny w Warszawie zważył, co następuje.

Apelacja jest zasadna.

W ocenie Sądu drugiej instancji na plan pierwszy wysuwa się obecnie zagadnienie, czy rzeczywiście na tle okoliczności przedmiotowej sprawy istnieje kolizja pomiędzy zasadami prawa konkurencji a przepisami ustawy o odpadach i przepisami prawa miejscowego mającego postać planów gospodarki odpadami (uchwały i zarządzenia).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe zagadnienie można rozstrzygnąć odwołując się do wykładni przyjętej w wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r. III SK 15/06 (OSNP 2007 Nr 21-22, poz. 337), a powtórzonej w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 grudnia 2007 r. III SK 16/07 (OSNIPUSiSP 2009, Nr 1-2, poz. 31), zgodnie z którą przepisy uokik nie znajdują zastosowania tylko do tych zachowań ograniczających konkurencję na rynku, które zostały przewidziane wprost w innych ustawach, stanowiących *lex specialis* wobec przepisów uokik. Powołana wykładnia została uzupełniona stwierdzeniem, że Prezes UOKiK nie może zatem uznać za praktykę ograniczającą konkurencję zachowania, które jest nakazane przez przepisy innej ustawy, nie pozostawiając adresatom marginesu swobody działania. Rozwinięciem tej wykładni może być pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 14 stycznia 2009 r. (sygn. akt III SK 24/08), że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (a po nim Sąd - przypis Sądu Apelacyjnego) nie jest powołany do oceny, czy gmina prawidłowo wywiązuje się z nałożonych na nią obowiązków w zakresie realizacji zadań własnych i rozstrzygania o optymalnym - z punktu widzenia mieszkańców gminy - sposobie wykonywania tych zadań. Może jedynie badać, czy gmina swoim zachowaniem naruszyła art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik, ewentualnie czy zachowanie wyczerpujące znamiona praktyki ograniczającej konkurencję nie zostało gminie narzucone przez przepisy ustawy o utrzymaniu czystości.

Odnosząc te wskazówki interpretacyjne do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy stwierdzić, że Plan gospodarki odpadami dla Miasta Katowice wskazujący dwa składowiska dla odpadów komunalnych uchwalony w 2005 r. i zgodne z nim zarządzenie Prezydenta odbiegały tym rozwiązaniem od zapisu Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego określającego tylko jedno składowisko. Wskazanie drugiego składowiska odpadów, znajdującego się na terenie województwa śląskiego, motywowane możliwością wyboru miejsca składowania odpadów przez przedsiębiorców, należy uznać za działanie racjonalne, choć nadal ograniczające konkurencję, ale nie ulega wątpliwości, że z tym momentem łączność i zgodność obu planów została przerwana. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie sposób przeceniać znaczenia prawnego obu planów jako prawa miejscowego, i tym bardziej planowi wojewódzkiemu nie należy przypisywać mocy bezwzględnie obowiązującej, skoro Gmina Katowice samodzielnie zmodyfikowała swój plan gospodarki odpadami.

Praktyki Gminy Katowice opisanej w sentencji decyzji Prezesa Urzędu nie można zatem uznać za praktykę ograniczającą konkurencję, ale usprawiedliwioną, bo nakazaną przez przepisy innej ustawy, tym bardziej że rzekoma zasadność takiego zachowania wynika z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami mającego postać uchwały Sejmiku Województwa Śląskiego, a nie z innej ustawy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zmiana zaskarżonej decyzji przez Sąd pierwszej instancji polegająca na uznaniu, że przedmiotowa praktyka Gminy Katowice nie stanowi ograniczającego konkurencję nadużywania pozycji dominującej nastąpiła z obrazą art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Sąd Okręgowy nie ocenił należyście faktu, że powódka wprowadzając własne, a nie ustawowe, obostrzenia w zakresie warunków, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie niektórych usług komunalnych nadużyła pozycji dominującej i w ten sposób przeciwdziałała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji.

Gdyby zaś bronić zaskarżonego wyroku przez pryzmat art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, to interpretacja tego przepisu zaprezentowana przez Sąd pierwszej instancji jest wadliwa. Zdaniem Sądu Apelacyjnego odpady, o którym mowa w tym przepisie, powinny być przekazywane do najbliższej położonych miejsc, a nie do jednego najbliższego miejsca. Gdyby ustawodawca chciał ograniczyć możliwość przekazywania odpadów tylko do jednego miejsca, co jest wątpliwe z racjonalnego punktu widzenia, to nie użyłby określenia „do najbliższej położonych miejsc” tylko do „najbliższej położonego miejsca”. Zresztą Sąd pierwszej instancji sam zauważył, że składowiska mogą być położone w tej samej odległości i wówczas wybór tego najbliższej położonego byłby problematyczny.

Sąd Apelacyjny akceptuje stanowisko Prezesa Urzędu, że zapewnienie przedsiębiorcom możliwości szerszego wyboru spośród miejsc składowania odpadów wymienionych w Planie nie prowadzi do naruszenia reguł służących realizacji ekologicznej polityki Państwa lub wymagań w zakresie ochrony środowiska. Natomiast sztywne określenie pojedynczych miejsc składowania jawi się jako praktyka ograniczająca konkurencję. Rozstrzygnięcie kwestii, czy dane składowisko będzie przyjmować odpady spoza swojego terenu oraz czy może pozytywnie odpowiedzieć na wnioski przedsiębiorcy o nawiązanie współpracy w zakresie przyjmowania odpadów komunalnych pochodzących spoza gminy, na terenie której składowisko jest zlokalizowane, powinno należeć do właścicieli lub zarządców tych składowisk.

Odmienne stanowisko Sądu pierwszej instancji należy uznać za naruszające art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art. 9 ustawy o odpadach. Kierując się taką oceną i w uwzględnieniu apelacji strony pozwanej Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 Kpc zmienił zaskarżony wyrok w punkcie I 1.2.3. i II w ten sposób, że oddalił odwołanie Gminy Katowice (która jest gminą miejską - miastem na prawach powiatu). Zasadnicza zmiana zaskarżonej decyzji przez Sąd Okręgowy miała swoje bezpośrednie następstwo w zakresie kary pieniężnej - kara nie została nałożona. Obecnie, w związku ze zmianą wyroku Sądu pierwszej instancji i oddaleniem odwołania, stosownego uzasadnienia wymaga kwestia wymiaru kary pieniężnej. Ta część decyzji również została zaskarżona i opatrzona wnioskiem o jej uchylenie chociaż w uzasadnieniu odnoszącym się do tej okoliczności znajduje się zarzut o rażąco wygórowanej karze. Gmina tłumaczyła, że jej zachowanie powodowane było wyłącznie nakazem wypełnienia obowiązków wynikających z przepisów prawa nie zaś zamiarem przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego ani sam zarzut ani jego uzasadnienie nie zasługują na uwzględnienie. Nie jest karą wygórowaną w dodatku rażąco, sankcja, która porównana z przychodem Gminy Katowice stanowi ułamek procentu, skoro ustawowa, maksymalna granica kary wynosi 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym. Ponadto argument o „działaniu w dobrej wierze” przy uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 uokik musi pozostać bez wpływu na wymiar kary. W ocenie Sądu drugiej instancji nie zostały skutecznie podważone przez powódkę okoliczności wymienione w uzasadnieniu decyzji jako przemawiające za wymierzeniem kary w wysokości 100 000 zł.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku.