

Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Rzeszowie

35-205 Rzeszów ul. Warszawska 12a; tel. 017 86 20 545, fax 017 86 20 406
www.rzeszow.wif.gov.pl; e-mail biuro@rzeszow.wif.gov.pl

R., dnia sierpnia 2012 r.

FARZ-DA-8523.25.2012

DECYZJA

Na podstawie art. 105 § 1 i art. 268a ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U z 2000 r. Nr 98, poz.1071, z późn. zm.), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. j. w J. działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę w J., ul. [...], poprzez uczestnictwo apteki w „programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystanie kart rabatowych („kart [...]”),

U M A R Z A M

postępowanie administracyjne w przedmiotowej sprawie jako bezprzedmiotowe.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny w sprawie prowadzenia przez Spółkę jawną, działającą pod firmą: „[...] Sp. j. w J.”, dalej zwaną: „**Spółką**” lub „**Stroną**”, prowadzącą Aptekę w J., ul. [...], reklamy działalności tej apteki, przedstawiał się następująco:

[...] Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w R., dalej zwany: „**PWIF**” lub „**organem**”, uzyskał informację, na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki w J., ul. [...] (uwierzytelniony odpis protokołu z kontroli znak: [...] jest załącznikiem do wyciągu z pkt XVI protokołu, włączonym do akt sprawy postanowieniem PWIF z dnia [...] r.), że w tej Aptece sprzedawane są produkty lecznicze przy wykorzystaniu kart rabatowych - „karta [...]”.

Organowi udostępniono także uwierzytelnioną przez współnika Spółki kopię zawartej w dniu [...] r. „umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną”.

Pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., została Spółka poinformowana przez organ nadzoru farmaceutycznego o działalności reklamowej Apteki w J., ul. [...] – uczestnika „programu [...] realizowanego wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” - prowadzonej z wykorzystaniem kart rabatowych – z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w tej sprawie w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma i z pouczeniem, że po tym terminie zostanie wszczęte postępowanie administracyjne w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

Pismem otrzymanym przez organ w dniu [...] r. Spółka poinformowała, że „Apteka przy ul. [...] dobrowolnie, bez nacisku ze strony hurtowni [...], wzięła udział w Programie [...]”, oraz że „apteka, która nie zaoferuje (dop. dla pacjenta) nic w zamian, jest skazana na wegetację”.

Spółka wyjaśniła, że „Program pozwalał na częściowe sprostanie oczekiwaniom pacjenta”, a [...] zapewnił aptekarzy o nienaruszalności przepisów prawnych zgodnie z wytycznymi nowego Prawa farmaceutycznego. Ponadto poinformowała, że „pacjenci sami upominali się o karty

uczestnictwa, dobrowolnie wypełniali deklaracje, podając tylko nazwisko, imię i adres zamieszkania. Deklaracja musi być podpisana czytelnie, wobec powyższego jest dobrowolnym aktem uczestnictwa”.

Zawiadomieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę w J., ul. [...], poprzez uczestnictwo apteki w „programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystanie kart rabatowych („karta [...]).

Ponadto PWIF wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów, świadczących o tym, że nie jest prawdą prowadzenie przez Spółkę i jej aptekę działalności reklamowej apteki we wskazanej placówce przy wykorzystaniu kart rabatowych („karta [...]).

PWIF poinformował Stronę, że zgodnie z art. 35 § 5 Kpa do terminów załatwiania spraw nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa dla dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Pouczono Stronę, że w niniejszej sprawie wyznaczony Stronie termin 7 dni do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów, świadczących o tym, że nie jest prawdą prowadzenie przez Spółkę i jej aptekę działalności reklamowej apteki we wskazanej placówce przy wykorzystaniu kart rabatowych („karta [...]), nie jest okresem wliczanym do terminów załatwienia sprawy, zgodnie z art. 35 § 3 w związku z art. 35 § 5 Kpa.

W zawiadomieniu z dnia [...] r. doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF poinformował, że zgodnie z art. 10 Kpa Stronie przysługuje czynny udział w każdym stadium postępowania, a na podstawie art. 73 Kpa, Strona może w każdym stadium postępowania przeglądać akta sprawy oraz sporządzać z nich notatki i odpisy; iż zgodnie z art. 41 § 1 Kpa, w toku postępowania strona oraz jej przedstawiciele i pełnomocnicy mają obowiązek zawiadomić organ administracji publicznej o każdej zmianie swego adresu i że w razie zaniedbania tego obowiązku, doręczenie pisma pod dotychczasowym adresem ma skutek prawny (art. 41 § 2 Kpa).

W piśmie Strony datowanym [...] r., otrzymanym przez PWIF w [...] r., Strona przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Strona stwierdziła, że możliwość nabycia przez uczestników „Programu [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystanie kart rabatowych („karty [...]), nie refundowanych ze środków publicznych po cenie promocyjnej, mają jedynie uczestnicy „Programu” zarejestrowani już w programie i tylko oni otrzymują materiały dotyczące „Programu”, zatem nie są one powszechnie dostępne dla osób postronnych.

Spółka uważa, że zgodnie z jej wiedzą, w materiałach dostępnych tylko w aptece i tylko dla uczestników „Programu”, nie są prezentowane żadne produkty lecznicze, które powiązane byłyby z hasłami o charakterze reklamowym i które tym samym można by uznać za reklamowane.

Ponadto – zdaniem Spółki – samo obniżenie ceny leku, czy też zaoferowanie rabatu, bez powiązania tego z żadnym komunikatem publicznym o charakterze reklamowym, mieści się w ramach praktyk handlowych dozwolonych przez przepisy Prawa farmaceutycznego.

W rezultacie, zdaniem Strony, udzielenie przez aptekę rabatu przy zakupie produktów przez pacjenta, nie jest reklamą tych produktów.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Strona załączyła:

- 1) memorandum kancelarii [...] Sp.k. w W. z dnia [...] r.,
- 2) opinię prawną radcy prawnego dr hab. J. L. z dnia [...] r.,
- 3) opinię prawną adw. dr. E. J. z dnia [...] r.

Z kolei PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., wezwał Spółkę do udzielenia odpowiedzi na pytania, czy w systemach komputerowych w aptece zainstalowane są programy umożliwiające pacjentom posiadającym Kartę [...], naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; kto rozprawdza Karty [...] (czy są to pracownicy apteki); który z podmiotów uczestniczących w „programie” finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i

pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Strona odpisała organowi pismem z dnia [...] r. (data wpływu [...] r.), że apteka w J. przy ul. [...] realizuje Program [...] w ramach współpracy prowadzonej przez Stronę z organizatorem tego „programu” - [...] S.A. w W. Jako podmiot współpracujący z organizatorem Programu korzysta z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na naliczanie „plusów” w przypadku dokonania zakupów produktów nierefundowanych oraz ustalenie rabatu, z którego może skorzystać uczestnik Programu na podstawie rejestrowanej w tym systemie liczby „plusów”.

Strona podkreśliła, że w ramach Programu [...] nie są wydawane żadne nagrody w znaczeniu prawnopodatkowym. Produkty objęte Informatorem Programu są produktami znajdującymi się w standardowej ofercie sprzedaży apteki, które nie są „wydawane” w ramach Programu, lecz sprzedawane jego uczestnikom przez aptekę w ramach prowadzonej przez nią działalności, po obniżonej cenie (wartość rabatu jest elementem kalkulacji ekonomicznej apteki). Pracownikami apteki uprawnionymi do kontaktów z uczestnikami Programu [...] są wyłącznie osoby posiadające tytuł magistra farmacji. Osoby te w ramach wykonywanej działalności zawodowej informują pacjentów o możliwości uczestnictwa w Programie i zapoznania się z materiałami dotyczącymi Programu, a zainteresowanym osobom umożliwiają rejestrację w Programie. Czynności te, biorąc pod uwagę istotę Programu, nie wiążą się zatem z ponadstandardowymi czynnościami pracowników apteki.

Strona nie udzieliła odpowiedzi na pytania zawarte w piśmie PWIF z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., czy w systemach komputerowych w aptece zainstalowane są programy umożliwiające pacjentom posiadającym Kartę [...], naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; kto rozprawdza Karty [...] (czy są to pracownicy apteki); który z podmiotów uczestniczących w „programie” finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Pismem z dnia [...] r. (doręczonym w dniu następnym), na podstawie § 14 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 października 2002 r. w sprawie podstawowych warunków prowadzenia apteki (Dz. U. Nr 187, poz. 1565) kierownik apteki w J., ul. [...], został zobowiązany do przekazania PWIF, w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania żądania, na piśmie i w wersji elektronicznej, informacji o obrocie od [...] r. do [...] r. i stanie posiadania na dzień otrzymania wezwania, produktów leczniczych i wyrobów medycznych, dostarczonych i sprzedanych przez tę aptekę, w ramach uczestnictwa apteki w „programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystania kart rabatowych („kart [...]).

O powyższym żądaniu została zawiadomiona Strona pismem z dnia [...] r. (doręczonym w dniu następnym), z równoczesnym wezwaniem do spowodowania terminowego przekazania [...] Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu w R. przez kierownika apteki żądanej informacji, na piśmie i w wersji elektronicznej w żądanym formacie.

Strona została pouczone, że zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 Pf, karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności, że karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej.

Wyjaśniono Stronie, że przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów. Poinformowano Stronę, że biorąc pod uwagę naruszenia przepisów ustawy, PWIF może w granicach uznania administracyjnego uwzględnić - przy ewentualnym wymiarze kary administracyjnej - także fakt, że Strona nie współpracowała z organem w postępowaniu dowodowym i nie udzieliła odpowiedzi na pytania zawarte w piśmie PWIF z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., czy w systemach komputerowych w aptece zainstalowane są programy umożliwiające pacjentom posiadającym Kartę [...], naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; kto rozprawdza Karty [...] (czy są to pracownicy apteki); który z podmiotów uczestniczących w „programie” finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i

pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta. Dotyczyć to może także sprawności działania w zapewnieniu spowodowania terminowego przekazania [...] Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu w R. przez kierownika apteki żądanej informacji we wskazanym zakresie, na piśmie i w wersji elektronicznej w żądanym formacie.

W dniu [...] r. do PWIF wpłynęły jednobrzmiące pisma Strony i kierownika apteki, przesyłające w załączeniu zestawienie pt. „Lista leków z ilością ogólną – stan na dzień [...] r.”, zawierające [...] pozycji z różnymi ilościami, a także zestawienie pt. „Sprzedaż leków za okres od [...] r. do [...] r.”, zawierające [...] tych samych pozycji z zerową ilością leków sprzedanych.

W treści pisma przewodniego wyjaśniono, iż na podstawie raportów dostępnych w oprogramowaniu [...], używanym przez aptekę, wygenerowano zestawienie obrotu na preparatach sprzedawanym pacjentom w żądanym przez organ terminie. W analizowanym okresie nie występowała sprzedaż z wykorzystaniem dofinansowania „plusami” Programu [...], natomiast stany magazynowe tych preparatów na dzień doręczenia pisma do spółki, tj. na [...] r. są przedstawione w załączniku.

Równocześnie podniesiono, że apteka – jako „podmiot współpracujący” z organizatorem Programu (w rzeczywistości podmiotem, który zawarł w dniu [...] r. umowę o współpracy z [...] S.A. w W., jest Strona, a nie apteka) – korzysta z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na naliczanie „plusów” w przypadku dokonania zakupu produktów nier refundowanych oraz ustalenie wysokości rabatu, w którego może skorzystać uczestnik Programu na podstawie rejestrowanej w tym systemie liczby „plusów”; tym samym apteka nalicza „plusy”, a nie „punkty”. Punkty nie występują w [...] i tym samym nie są naliczane.

Pismem z dnia [...] r. doręczonym w dniu [...] r., na podstawie art. 10 § 1 K.p.a. organ poinformował Stronę, że w związku z toczącym się postępowaniem w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 Pf, strona może wypowiedzieć się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 7 dni od daty otrzymania tego pisma oraz zapoznać się z aktami sprawy.

PWIF poinformował Stronę, że po wcześniejszym telefonicznym ustaleniu terminu Strona może zwrócić się o wyznaczenie innego terminu zapoznania się z aktami sprawy.

Organ pouczył Stronę, że po stawieniu się w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R. celem dokonania przeglądu akt sprawy, upoważniony przedstawiciel Strony może w trakcie przeglądania akt wykonać kopie dokumentów zalegających w aktach sprawy i składać nowe wnioski dowodowe, a następnie Strona w terminie 7 dni od daty zapoznania się z aktami sprawy może wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów.

Poinformowano, że Strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Czynności te mogą być dokonywane w lokalu organu administracji publicznej w obecności pracownika tego organu. Strona może żądać uwierzytelnienia odpisów lub kopii akt sprawy lub wydania jej z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów, o ile jest to uzasadnione ważnym interesem strony. W przypadku pism w formie dokumentu elektronicznego wnoszonych do organu administracji publicznej lub przez niego doręczanych organ może zapewnić stronie dostęp do nich w swoim systemie teleinformatycznym, po identyfikacji strony w sposób określony w przepisach ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Odmowa umożliwienia stronie przeglądania akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii i odpisów, uwierzytelnienia takich kopii i odpisów lub wydania uwierzytelnionych odpisów następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie (art. 73 i art. 74 § 2 K.p.a.).

W sprawie uzgodnienia terminu zapoznania się z aktami sprawy Strona uzgodniła telefonicznie z pracownikiem organu na jej prośbę, że skontaktuje się telefonicznie w dniu następnym. Na tę okoliczność została sporządzona notatka służbowa.

W dniu [...] r. Strona poinformowała telefonicznie, że rezygnuje z możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Na tę okoliczność została sporządzona notatka służbowa.

Strona nie wniosła innych wyjaśnień, nie składała też żadnych wniosków dowodowych.

W dniu [...] r. do PWIF wpłynął faks od Strony, zawierający tekst porozumienia datowanego na [...] r. o rozwiązaniu z dniem [...] r. zawartej w dniu [...] r. „umowy o współpracy

określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...] realizowanym wspólnie z [...] S.A.”.

W tej sytuacji PWIF postanowił nie wzywać Strony – w związku z zakończeniem postępowania dowodowego - do wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji administracyjnej co do zebranych dowodów i materiałów lub zgłoszenia ewentualnego żądania ich uzupełnienia.

Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:

I.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że ustawa z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwana: „Pf”, nie zawiera legalnej definicji reklamy, treść przepisu art. 94a ust. 1 Pf stanowiącego, że zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności, a nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki.

Nie może być kwestionowana kompetencja wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 94a ust. 2 Pf sprawującego nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wyraża się w uprawnieniu zawartym w art. 94a ust. 3 i 4 Pf, iż w razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1, wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje (ma prawny obowiązek nakazać), w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Jeżeli zatem PWIF uzyskał informację, że Apteka w J. przy ul. [...], prowadzi sprzedaż leków przy wykorzystaniu kart rabatowych, to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było zawiadomienie Strony, jako podmiotu prowadzącego aptekę, o działalności reklamowej Apteki – z wezwaniem (co organ uczynił pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r.) do udzielenia wyjaśnień w tej sprawie w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma i z pouczeniem, że po tym terminie zostanie wszczęte postępowanie administracyjne w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadzi sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę w J., ul. [...], poprzez uczestnictwo apteki w „programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystanie kart rabatowych („karty [...]”), w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 Pf.

„Program [...]” oferuje obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych, rabaty na wybrane produkty objęte Informatorem Programu. Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje Kartę [...], umożliwiającą korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w Informatorze Programu.

PWIF ma zatem prawny obowiązek nakazać, w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

II.

[...] Sp. j. w J. prowadzi aptekę ogólnodostępną w J., ul. [...], na podstawie koncesji b. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w P. znak: [...] z dnia [...] r. zmienionej decyzją nr [...] P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w R. znak: [...] z dnia [...] r.

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. j. w J. działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę w J. ul. [...], poprzez uczestnictwo apteki w „programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystanie kart rabatowych („karta [...]”), jest art. 94a ust. 1 i 2 Pf oraz stwierdzenie, że apteka uczestniczy w „Programie [...]”.

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1 – 3 Pf, zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek. W razie stwierdzenia naruszenia wyżej wymienionego przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje w drodze decyzji zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Z uwagi na fakt, że ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie definicją zawartą w wydanych opracowaniach słownikowych a także orzecznictwem sądów administracyjnych.

Według Słownika Wyrazów Obcych (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.), za „reklamę” należy rozumieć rozpowszechnianie informacji o danych towarach, ich zaletach, wartości, miejscach i możliwościach nabycia (...) za pomocą plakatów, ogłoszeń w prasie, radiu i w telewizji, stanowiące zachętę do nabywania towarów lub korzystania z określonych usług.

Podobna definicja zawarta jest w Małym Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, wydanym wprawdzie pod rządami przepisu art. 94a ust. 1 Pf w brzmieniu obowiązującym do dnia 31.12.2011 r., ale nadal nie tracącym na aktualności:

- za „reklamę” działalności apteki należy uznać każde działanie skierowane do publicznej wiadomości niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece (wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- „reklamą” może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- „reklamą” działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/Wa 1661/07),
- „reklamą” jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług (wyrok SN z dnia 26.01.2006 r. sygn. akt V CSK 83/05).

Reasumując należy stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy w szczególności haseł sloganów spotów TV, ulotek, billboardów, folderów czy gazetek. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów. Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. VII SA/Wa 1960/07) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

Za reklamę działalności apteki zostały uznane również czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczanie obok nazwy apteki napisów: niskie ceny, wysokie rabaty.

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów.

W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

Na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ust. 1 Pf należy stwierdzić, że reklamą apteki jest wszystko to, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki. I nie ma tutaj znaczenia czy jest ona skierowana do publicznej wiadomości.

PWIF uważa, że „**reklamą aptek oraz ich działalności**” w rozumieniu art. 94a ust. 1 Pf jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych, w szczególności sprzedaży uwarunkowanej, upustów, rabatów, bonifikat, pakietów i uczestnictwa w programach

lojalnościowych, darowizn, nagród, prezentów, upominków, wycieczek, loterii, losowań, wszelkich form użyźceń, transakcji wiązanych, ułatwień, zakupów lub usług sponsorowanych, wszelkiego rodzaju talonów, bonów oraz innych niewymienionych z nazwy korzyści.

Za szerokim rozumieniem reklamy przemawia fakt, że ustawodawca nie zawarł w art. 94a ust. 1 Pf żadnych wyłączeń, w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 ustawy.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że apteka od [...] r. uczestniczy w „Programie [...]”, który zapewnia:

- obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych,
- rabaty na wybrane produkty, objęte Informatorem Programu (dokonywanie zakupów w aptekach objętych Programem wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów umieszczonych w Informatorze Programu),
- za każde [...] zł wydane na produkty nierefundowane uczestnik Programu otrzyma 1 plus,
- zgromadzone plusy uprawniają do skorzystania z rabatu, dzięki któremu produkt z Informatora Programu kosztuje [...] zł – cena każdego produktu z Informatora Programu to odpowiednia liczba plusów + [...] zł,
- zakupy produktów objętych akcjami specjalnymi dają większą liczbę plusów – dzięki temu klienci mogą kupić z rabatem więcej produktów z Informatora Programu, płacąc tylko [...] zł za każdy.

Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje Kartę [...], umożliwiającą Uczestnikom Programu dokonującym zakupów w aptece uczestniczącej w Programie korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w Informatorze Programu. W celu realizacji uprawnień, Uczestnik winien każdorazowo okazywać Kartę w Aptece przed zakupem produktów.

Organ ustalił, że apteka bierze udział w „Programie [...]” na podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...] realizowanym wspólnie z [...] Spółką Akcyjną”, która weszła w życie z dniem [...] r., Informacje o Programach i warunkach uczestniczenia w nich, umieszczone na stronach internetowych innych przedsiębiorców – organizatorów programów wraz z udostępnionymi danymi aptek w nich uczestniczących, w tym apteki położonej w J., ul. [...], stanowią reklamę apteki i jej działalności.

W pismach z dnia [...] i [...] r. Spółka przyznała, że rejestracja uczestników w „Programie [...]” odbywa się w aptece i w rezultacie pacjent otrzymuje w aptece kartę Programu. Na podstawie rejestracji plusów w systemie komputerowym, dla uczestnika programu ustalana jest wysokość rabatu. Produkty o obniżonej cenie są objęte ofertą rabatową.

W ocenie organu, udział w „Programie [...]” apteki ogólnodostępnej w J. przy ul. [...], prowadzonej przez Spółkę, zachęca uczestników programu do dokonywania zakupu produktów w tej aptece. W zamian bowiem za zbierane punkty mogą oni uzyskać określone korzyści. Program skłania uczestników do dalszych zakupów w aptece.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należy uznać za reklamę apteki i jej działalności. Program stwarza warunki przymuszania do związania się z apteką oraz ma na celu zwiększenie obrotu w aptece uczestniczącej w programie.

Program, w którym uczestniczy przedmiotowa apteka mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 Pf.

Informowanie na stronach internetowych o „Katalogu aptek realizujących zamówienia z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykaz aptek w nim uczestniczących, w tym apteki w J. przy ul. [...], stanowi reklamę tej apteki i jej działalności.

„Program [...]” przewiduje korzyści finansowe dla pacjentów i podobnie jak wszelkiego rodzaju akcje promocyjne, rabatowe, czy rozpowszechnianie informacji o promocjach cenowych musi być traktowany w kategoriach art. 94a ust. 1 Pf jako forma reklamy apteki i jej działalności.

Organ nie kwestionuje prowadzenia przez aptekę usług farmaceutycznych, polegających na udzielaniu informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych, o których mowa w art. 86 ust. 2 pkt 4 Pf, jak i na sprawowaniu opieki farmaceutycznej polegającej na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z

przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856, z późn. zm.).

Oceniając uczestnictwo apteki prowadzonej przez Stronę w „Programie [...]”, należy stwierdzić, że stanowi ono niedopuszczalną reklamę apteki i jej działalności, a tym samym narusza art. 94a ust. 1 Pf w obowiązującym jej brzmieniu.

Zauważyć ponadto należy, że katalog usług świadczonych przez aptekę, o jakim mowa w art. 86 ust. 2 Pf, jest katalogiem zamkniętym.

Wykonywanie zatem przez aptekę usług polegających na wydawaniu pacjentom kart do zbierania plusów, wprowadzenie do własnych komputerów programów obsługujących „Program [...]”, którego organizatorem jest inny przedsiębiorca, stanowi naruszenie tego przepisu, ale także warunków koncesji b. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w P. znak: [...] z dnia [...] r. zmienionej decyzją nr [...] Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w R. znak: [...] z dnia [...] r. na prowadzenie apteki.

Z podstawowych warunków prowadzenia działalności, zawartych w udzielonym stronie zezwoleniu wynika, że podjęcie działalności określonej w zezwoleniu i jej prowadzenie musi być zgodne z przepisami dotyczącymi środków farmaceutycznych, materiałów medycznych, aptek i Inspekcji Farmaceutycznej, odpowiednimi przepisami dotyczącymi prowadzenia działalności gospodarczej oraz innymi zawartymi w obowiązujących przepisach.

III.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 Pf, karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności. Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Przepisy ustawy nie zawierają katalogu przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości, ani zasad jej miarkowania.

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy. Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki działające w porozumieniu z innymi podmiotami.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy apteki jest zatem zobowiązany nałożyć, na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis, stosowną karę pieniężną.

Strona przyznała, że prowadzona przez nią apteka uczestniczy w "Programie [...]".

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że udział apteki w programie, który w istocie swej poprzez odnoszenie korzyści (otrzymywanych nagród) przez uczestniczących w nim pacjentów zachęca do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę aptece, stanowi niedozwoloną jej reklamę i jej działalność.

IV.

Strona rozwiązała z dniem [...] r. zawartą w dniu [...] r. „umowę o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...] realizowanym wspólnie z [...] S.A.”

PWIF nie może zatem na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 Pf z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Pf, w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, nakazać Stronie zaprzestanie udziału apteki w programie, który w istocie swej poprzez odnoszenie korzyści (otrzymywanych nagród) przez uczestniczących w nim pacjentów zachęca do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę aptece, stanowi niedozwoloną jej reklamę i jej działalność, ale która została zaprzestana bez ingerencji organu, z własnej woli Strony i organ nie może już zarzucić prowadzenia takiej sprzedaży.

Zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 K.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało

się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

Bezprzedmiotowość postępowania występuje wtedy, gdy brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty.

PWIF wziął pod uwagę, że „decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 Kpa wówczas, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, w szczególności wówczas, (...) gdy organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 września 2001 r. sygn. akt V SA 381/01 - www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

W związku z powyższym dalsze prowadzenie postępowania stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 Kpa.

PWIF nie może na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 Pf nakazać Stronie zaprzestanie prowadzenia takiej sprzedaży z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Pf o zakazie prowadzenia reklamy apteki.

Biorąc ponadto pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, fakt, że Strona rozwiązała z dniem [...] r. zawartą w dniu [...] r. „umowę o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...] realizowanym wspólnie z [...] S.A.”, a także fakt, że PWIF umorzył postępowanie administracyjne na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. i nie wydał decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki, to nie mógł również nałożyć kary pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 i 2 Pf.

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiłam jak w petitum decyzji.

POUCZENIE

Od decyzji niniejszej służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie, za moim pośrednictwem, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.