

Rzeszów, dnia 13 listopada 2013 r.

FARZ-DA.8523.11.2013

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 2 i 3 oraz art. 129b ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 i art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w [...], nr NIP [...], reklamy aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]),

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w [...] reklamy aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]);
- 2) nakłada na [...] Sp. z o.o. w [...] prowadzącą reklamę aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]), karę pieniężną w kwocie **10 000 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w NBP O/Okr. Rzeszów nr 24 1010 1528 0007 8122 3100 0000 w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

UZASADNIENIE

1.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie przedstawia się następująco:

Główny Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 7 stycznia 2013 r. przesłał Podkarpackiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu w Rzeszowie, dalej zwanemu „**PWIF**” lub „**Organem**”, Katalog [...] jaki dołączony był do dodatku do gazety [...] z dnia [...] (cały katalog) oraz do gazety [...] z dnia [...] (tylko ostatnia strona), zgodnie z kompetencjami.

Główny Inspektor Farmaceutyczny zwrócił przy tym uwagę, że katalogi różnią się ostatnią stroną, na której w katalogu dołączonym do gazety [...] zakleiono wyraz: „**APTEKA**” jako część nazwy: [...].

PWIF w piśmie znak [...] z dnia 14 stycznia 2013 r. wezwał podmiot prowadzący Apteki: [...] Sp. z o.o. w [...], (dalej zwaną: „[...]”), do udzielenia wyjaśnień w tej sprawie w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma - z pouczeniem, że po tym terminie zostanie

wszczęte postępowanie administracyjne w zakresie ustalonych naruszeń prawa; w załączeniu przesłano kopię materiałów reklamowych (Katalogu [...]).

W piśmie z dnia 25 stycznia 2013 r., otrzymanym przez Organ w dniu 31 stycznia 2013 r., [...] Sp. z o.o. w [...] podniosła, że podmiotem odpowiedzialnym za dystrybucję przywołanego Katalogu [...] jest - według wiedzy tego podmiotu - właśnie Strona. Tym samym – zdaniem [...] Sp. z o.o. – stroną wszelkich ewentualnych działań (czynności) w związku ze stanowiskiem dotyczącym podejrzenia prowadzenia zabronionej reklamy działalności aptek w ramach wydawanych katalogów może być tylko Strona. [...] Sp. z o.o., jak sama stwierdziła, nigdy nie była i nie jest umocowana do tego, aby wypowiadać się w przedmiotowym zakresie w imieniu jakichkolwiek podmiotów trzecich. [...] Sp. z o.o. zawiadomiła organ, że zwróciła się do Strony celem wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w sprawie, pod rygorem podjęcia ze strony [...] Sp. z o.o. ewentualnych kroków prawnych wobec tej spółki. Pokreślono, że [...] Sp. z o.o. nigdy nie upoważniała Strony do jakichkolwiek działań, które mogłyby naruszać przepisy prawa, w tym w szczególności ustawy Prawo farmaceutyczne.

W dniu 19 lutego 2013 r. (z dniem doręczenia zawiadomienia) zostało z urzędu wszczęte postępowanie administracyjne znak [...] w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. reklamy Aptek.

PWIF w piśmie zawiadamiającym o wszczęciu postępowania, wezwał [...] Sp. z o.o. do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów, w tym także kopii pisma tego podmiotu skierowanego do Strony, wg [...] Sp. z o.o., „celem wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w sprawie, pod rygorem podjęcia ze strony [...] Sp. z o.o. ewentualnych kroków prawnych wobec tej spółki - świadczących o tym, że prowadzenie przez [...] reklamy aptek ma wyłącznie formy prawnie dozwolone”.

Równocześnie poinformowano [...] Sp. z o.o., że PWIF otrzymał zgodnie z kompetencjami w dniu 25 stycznia 2013 r. kolejne pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 18 stycznia 2013 r., przy którym przekazano Katalog [...] jaki dołączony był do gazety [...] z dnia [...] r. nr [...], zawierający wykaz aptek [...] na terenie Polski, w tym także Aptek – kopię katalogu przesłano [...] Sp. z o.o. w załączeniu.

W dniu 4 marca 2013 r. do organu wpłynęło pismo [...] Sp. z o.o. datowane 25 lutego 2013 r. wykazujące, że stroną wszelkich ewentualnych działań (czynności) w związku ze stanowiskiem dotyczącym podejrzenia prowadzenia zabronionej reklamy działalności Aptek w katalogach wydawanych przez Stronę, może być tylko ten podmiot. Do pisma dołączono odpis tekstu pisma skierowanego przez [...] Sp. z o.o. w dniu 23 stycznia 2013 r. do Strony.

W dniu 2 kwietnia 2013 r. do PWIF wpłynęło wg kompetencji pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego (z dnia 26 marca 2013 r.) wraz z kopią Katalogu [...] jaki dołączony był do gazety [...] z dnia [...] r., zawierający wykaz aptek [...] na terenie Polski, w tym także aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]).

2.

PWIF postanowił wystąpić do [...] Sp. z o.o. w [...], zwanej dalej także: „Stroną”, z pismem szczegółowo przedstawiającym stanowisko [...] Sp. z o.o., opisał wszystkie wyżej wskazane okoliczności i twierdzenia [...] Sp. z o.o..

Przy piśmie swoim do Strony z dnia 14 marca 2013 r. Organ przesłał kopie pism [...] Sp. z o.o. z dnia 25 lutego 2013 r. i z dnia 23 stycznia 2013 r. z uprzejmą prośbą o pilne – bez zbędnej zwłoki z uwagi na obowiązujące organ prowadzący postępowanie administracyjne terminy - zajęcie stanowiska wobec zawartych w tych pismach treści oraz o potwierdzenie otrzymania pisma [...] Sp. z o.o. datowanego 23 stycznia 2013 r. i wyjaśnienie braku odpowiedzi Strony na to pismo.

PWIF poinformował Stronę, że od tego stanowiska zależeć będzie, czy zaistnieje konieczność wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Aptek.

Strona zbagatelizowała wystąpienie Organu i nie udzieliła Organowi żadnej odpowiedzi.

3.

W tej sytuacji stało się konieczne wszczęcie z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]), zwanych dalej także „**Aptekami**”, co Organ uczynił pismem FARZ-DA.8523.11.2013 z dnia 15 kwietnia 2013 r.

Mając na względzie powyższe fakty wymagające wyjaśnienia, a także celem rozstrzygnięcia w kwestii prowadzonej reklamy Aptek i ich działalności, objętej zakazem, o którym mowa w art. 94a ust. 1 P.f., w piśmie z dnia 15 kwietnia 2013 r. Organ wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Aptek, świadczących o tym, że prowadzenie przez Stronę reklamy tych aptek ma wyłącznie formy prawnie dozwolone - w tym także do:

- 1) potwierdzenia otrzymania przez Stronę pisma [...] Sp. z o.o. datowanego 23 stycznia 2013 r.;
- 2) wyjaśnienia braku odpowiedzi Strony do [...] Sp. z o.o. na powyższe pismo;
- 3) zajęcia stanowiska wobec treści zawartych w doręczonych Stronie przez Organ w dniu 20 marca 2013 r.: piśmie [...] Sp. z o.o. do PWIF z dnia 25 lutego 2013 r. i w piśmie [...] Sp. z o.o. do Strony z dnia 23 stycznia 2013 r.

Poinformowano Stronę o treści art. 10, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a.

W załączeniu przesłano Stronie kopię Katalogu [...] jaki dołączony był do dodatku do gazety [...] z dnia [...] r. (cały katalog) oraz do gazety [...] z dnia [...] r. (tylko ostatnia strona) i kopię Katalogu [...] jaki dołączony był do gazety [...] z dnia [...] r. nr [...], zawierającego wykaz aptek [...] na terenie Polski, w tym także aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]).

W dniu 6 maja 2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie wpłynęło pismo (datowane 29 kwietnia 2013 r.) radcy prawnego J.P. z kancelarii [...], przedstawiającego się jako pełnomocnik Strony.

Do pisma nie zostało załączone pełnomocnictwo ani dowód uiszczenia opłaty skarbowej od złożenia pełnomocnictwa.

W związku z powyższym, pismem z dnia 15 maja 2013 r. poinformowano Stronę, że pismo radcy prawnego zostanie złożone do akt sprawy bez dalszego biegu.

J.P. przesłano odpis pisma do wiadomości – odbiór potwierdził osobiście w dniu 3 czerwca 2013 r.

Organ podniósł, że z treści pisma nie uprawnionego „pełnomocnika” wynika, iż jego autor nie jest obeznany ze sprawą (brak u „pełnomocnika” jakiegokolwiek dokumentacji otrzymanej przez Stronę od Organu) i bezzasadnie żąda uwierzytelnionych odpisów dokumentów, które przed wszczęciem postępowania zostały doręczone Stronie (odbior potwierdził osobiście Prezes Zarządu I.S.).

Główny Inspektor Farmaceutyczny przy piśmie z dnia 22 maja 2013 r. przesłał Organowi zgodnie z kompetencjami, otrzymany wraz ze skargą od aptekarzy z terenu Województwa [...], kolejny, obowiązujący od [...] do [...] Katalog [...] (pn. [...]) oznaczony na każdej stronie nazwą i adresem Strony, jej nr KRS, Regon i NIP oraz nr skrytki pocztowej, a na ostatniej stronie zawierający wykaz aptek [...], w tym obu Aptek, będących przedmiotem niniejszego postępowania.

4.

W dniu 7 czerwca 2013 r. do Organu wpłynęło pismo Prezesa Zarządu Strony I.S. (datowane 22 maja 2013 r.), zawierające pełnomocnictwo dla radcy prawnego J.P. z kancelarii [...], do działania w imieniu Strony (opłaty skarbowej od złożenia pełnomocnictwa nadal nie opłacono).

Prezes I.S. zażądał wskazania, w jakiej dacie, kto i jakie pismo odebrał dotychczas w imieniu Strony – z sugestią, że doszło do nieporozumienia z winy PWIF w zakresie doręczeń korespondencji – a ponadto: „wskazania jakie zostały dotychczas podjęte kroki w sprawie, kto faktycznie jest stroną postępowania (organ odnosi się również do innych podmiotów) i jakie zarzuty są kierowane w stosunku do spółki, gdyż dotychczasowe stanowisko organu wydaje się nie do końca jednoznaczne”; wskazania „w trybie art. 9 k.p.a. w zw. z art. 7 i 8 k.p.a. jakie są podstawy wszczęcia z urzędu postępowania w niniejszej sprawie przy uwzględnieniu treści pisma datowanego na dzień 18 stycznia 2013 roku skierowanego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego”, gdyż „do dnia dzisiejszego podstawowa informacja ze strony organu nie została przedłożona”; przekazania „w trybie wiążących regulacji z zakresu ustawy o dostępie do informacji publicznej pełnej dokumentacji dotyczącej innych spraw wszczętych” przez PWIF „w zakresie naruszenia art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne i niezwłoczne przekazanie na adres e-mail (...) bądź pocztą na ww. adres do korespondencji”.

PWIF postanowieniem z dnia 12 czerwca 2013 r. włączył do akt sprawy pisma z dnia 7 stycznia 2013 r. (wraz z katalogiem), z dnia 14 stycznia 2013 r., z dnia 18 stycznia 2013 r. (wraz z katalogiem), z dnia 23 stycznia 2013 r. i z dnia 26 marca 2013 r. (wraz z katalogiem), przesyłając pełnomocnikowi odpis postanowienia – potwierdził odbiór w dniu 29 czerwca 2013 r.

5.

Odpowiadając na pismo Prezesa Zarządu [...] Sp. z o.o. w [...] I.S. z dnia 22 maja 2013 r. (data wpływu 7 czerwca 2013 r.), zawierające pełnomocnictwo dla radcy prawnego J.P. do działania w imieniu Strony, Organ pismem z dnia 28 czerwca 2013 r. (z odpisem dla pełnomocnika) zawiadomił Stronę, że do pisma nie został załączony dowód uiszczenia na rachunek bankowy Prezydenta Miasta [...] opłaty skarbowej od złożenia pełnomocnictwa. W związku z powyższym organ będzie zmuszony w zestawieniu miesięcznym za lipiec br. zawiadomić organ podatkowy o tym braku, celem wszczęcia postępowania egzekucyjnego (przytoczono treść art. 11 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej - Dz. U. z 2012 r. poz. 1282, z późn. zm.).

Odnosząc się natomiast do prośby Prezesa Zarządu I.S. o wskazanie, w jakiej dacie, kto i jakie pismo odebrał dotychczas w imieniu [...] – z sugestią, że doszło do nieporozumienia z winy PWIF w zakresie doręczeń korespondencji, Organ wyjaśnił, że:

- a) Pismo z dnia 14 marca 2013 r. skierowane na adres [...] w [...], ul. [...], doręczono w dniu 20 marca 2013 r. (odbiór pisma potwierdził I.S., prezes); opisano jego treść; podniesiono, że na dowód okoliczności związanych z odpowiedzialnością Strony za dystrybucję i treść Katalogu [...], zaprzeczających odpowiedzialności [...] Sp. z o.o. , spółka ta zażądała przeprowadzenia zeznań świadków, m.in.: J.P. (obecnego pełnomocnika Strony, którego jako adwokata obowiązuje tajemnica zawodowa) i I.S. (Prezesa Zarządu Strony, który miałby zeznawać na niekorzyść kierowanej przez siebie spółki); poinformowano, że PWIF nie otrzymał żadnej odpowiedzi od Strony.
- b) PWIF w nowej sprawie znak: FARZ-DA.8523.11.2013 zawiadomieniem z dnia 15 kwietnia 2013 r. wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie

prowadzenia przez Stronę reklamy aptek [...] w [...]. Zawiadomienie z dnia 15 kwietnia 2013 r. skierowane na adres [...] w [...], ul. [...], zostało doręczone w dniu 22 kwietnia 2013 r. (odbiór pisma potwierdził I.S., członek Zarządu). Organ nadzoru farmaceutycznego wezwał Stronę do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalonych naruszeń prawa; w załączeniu przesłano kopię materiałów reklamowych (Katalogu [...]).

Odnosząc się do kolejnej prośby Prezesa Zarządu Strony I.S. zawartej w piśmie z dnia 22 maja 2013 r. (data wpływu 7 czerwca 2013 r.) o „wskazanie jakie zostały dotychczas podjęte kroki w sprawie, kto faktycznie jest stroną postępowania (organ odnosi się również do innych podmiotów) i jakie zarzuty są kierowane w stosunku do spółki, gdyż dotychczasowe stanowisko organu wydaje się nie do końca jednoznaczne”, wyjaśniono, iż stanowisko Organu zostało skonkretyzowane w pismach doręczonych do Strony, których treść musi być znana Stronie, gdyż wynika to ze sformułowania, że „dotychczasowe stanowisko organu wydaje się nie do końca jednoznaczne”; poinformowano, że PWIF nie zamierza ponownie sporządzać i wysyłać do Strony na swój koszt pism oraz załączników już raz sporządzonych, wysłanych i skutecznie doręczonych.

Organ poinformował w piśmie, że żądanie pełnomocnika wydania Stronie z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów dokumentów i kopii materiałów reklamowych zostanie przez organ uwzględniona po otrzymaniu dowodu zapłaty należnej opłaty skarbowej, albo uwierzytelnionej kopii dowodu zapłaty, nie później niż w ciągu 3 dni od chwili powstania obowiązku jej zapłaty przez Stronę, tj. w ciągu 3 dni od dnia upływu terminu 7 dni liczonego od dnia otrzymania niniejszego pisma. Organ zacytował treść przepisów art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a, art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz. U. z 2012 r. poz. 1282, z późn. zm.), oraz § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 września 2007 r. w sprawie zapłaty opłaty skarbowej (Dz. U. Nr 187, poz. 1330). W związku z powyższym wezwano Stronę do niezwłocznego, nie później niż w ciągu 7 dni od otrzymania niniejszego pisma, uiszczenia na rachunek bankowy Prezydenta Miasta [...] opłaty skarbowej w kwocie odpowiadającej iloczynowi pełnych lub rozpoczętych uwierzytelnionych kopii 10 stron dokumentów i 5,00 zł za każdą taką stronicę, tj. łącznie 50,00 zł oraz o przedłożenie PWIF dowodu zapłaty opłaty skarbowej albo uwierzytelnionej przez pełnomocnika kopii dowodu zapłaty opłaty skarbowej – z zagrożeniem, że jeżeli w wyznaczonym terminie należności nie zostaną uiszczone, czynność uzależniona od opłaty zostanie zaniechana, stosownie do dyspozycji art. 261 § 2 Kpa.

Odnosząc się do prośby Prezesa Zarządu Strony o wskazanie „w trybie art. 9 k.p.a. w zw. z art. 7 i 8 k.p.a. jakie są podstawy wszczęcia z urzędu postępowania w niniejszej sprawie przy uwzględnieniu treści pisma datowanego na dzień 18 stycznia 2013 roku skierowanego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego”, gdyż - bezzasadnym zdaniem I.S. - „do dnia dzisiejszego podstawowa informacja ze strony organu nie została przedłożona”, Organ stwierdził, że prośba ta dziwnym trafem sformułowana została błędnie i identycznie jak jeden z wniosków zawartych w innej sprawie, w piśmie [...] Sp. z o.o. do organu z dnia 25 lutego 2013 r. (z tymi samymi błędami interpunkcyjnymi), w sprawie [...] Sp. z o.o., co sugeruje Organowi to samo autorstwo obu pism.

Organ wyjaśnił treść przepisów art. 61 § 1 i 4 K.p.a. oraz art. 94a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.). Organ wyłożył Stronie wykładnię przepisów art. 7, 8 i 9 K.p.a. na które powołał się I.S.

Organ zarzucił I.S., że nie przeczytał pisma PWIF z dnia 14 marca 2013 r. doręzonego w dniu 20 marca 2013 r. (odbiór pisma potwierdził I.S.), zawiadomienia PWIF z dnia 15 kwietnia 2013 r., doręzonego w dniu 22 kwietnia 2013 r. (odbiór pisma potwierdził I.S.) i nie zapoznał się z kopiami materiałów reklamowych (Katalogu [...]), gdyż nie udzielił

Organowi wyjaśnień i nie odniósł się do treści materiałów reklamowych pod względem ich zgodności z prawem. Gdyby przeczytał, to nie napisałby w piśmie swoim nieprawdy, że „do dnia dzisiejszego podstawowa informacja ze strony organu nie została przedłożona”. Strona otrzymała bowiem aż nadto wyczerpującą informację, z którą tylko być może nikt w tej Spółce się nie zapoznał.

Odnosząc się natomiast do prośby Prezesa Zarządu Strony o przekazanie „w trybie wiążących regulacji z zakresu ustawy o dostępie do informacji publicznej pełnej dokumentacji dotyczących innych spraw wszczętych” przez PWIF „w zakresie naruszenia art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne i niezwłoczne przekazanie na adres e-mail (...) bądź pocztą na ww. adres do korespondencji”, Organ wyjaśnił, że „wiązące regulacje” wynikają z każdej ustawy, nie tylko „z zakresu ustawy o dostępie do informacji publicznej”, że żądanie dostępu „z zakresu ustawy o dostępie do informacji publicznej” musi wskazywać jako podstawę konkretne jednostki redakcyjne ustawy, a nie zbyt ogólnie sformułowany „zakres ustawy”, oraz że na podstawie jakiegokolwiek przepisu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.) nie można domagać się przekazania „pełnej dokumentacji dotyczącej innych spraw” wszczętych przez PWIF „w zakresie naruszenia art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne”.

Organ zacytował treść art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a tiret pierwsze cyt. ustawy o dostępie do informacji publicznej, wyjaśnił definicję „dokumentu urzędowego”, wytłumaczył, że dostęp do „pełnej dokumentacji dotyczącej innych spraw” mają jedynie „strony”, w rozumieniu art. 28 K.p.a.

Przywołując przepis art. 10 § 1 K.p.a., Organ poinformował, że akta niniejszej sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Rzeszowie, ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu od 7:00 do 15:00 – po uprzednim uzgodnieniu terminu.

Z uwagi na przesłanie odpisu pisma pełnomocnikowi Strony, Organ zwrócił mu uwagę na niestosowność gróźb podjęcia „działań prawnych” pod adresem organu administracji publicznej:

- w kontekście naruszonej rzekomo przez PWIF swobody prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. i Stronę działalności gospodarczej i wolności umów, poprzez żądanie przez organ od Strony dokumentu potwierdzającego otrzymanie od [...] Sp. z o.o. pisma obciążającego Stronę odpowiedzialnością za prowadzenie niedozwolonej reklamy aptek i ich działalności - z zagrożeniem Organowi odpowiedzialnością odszkodowawczą;
- w kontekście ujmującego powagi profesjonalnemu pełnomocnikowi jego stwierdzenia, że sprawy związane z odpowiedzialnością prawną przedsiębiorców, bez obawy o ewentualną konieczność ekskulpacji, załatwiają oni telefonicznie;
- w kontekście formułowania przez profesjonalnego pełnomocnika bezzasadnego zarzutu braku podstaw prawnych do żądania przez organ administracji publicznej, w zakresie jego właściwości, wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów od podmiotów trzecich niebędących stroną postępowania.

6.

W dniu 28 czerwca 2013 r. przesłano pełnomocnikowi Strony, na jego adres, żądany przez niego komplet 10 stron dokumentów akt sprawy.

Pełnomocnik przesyłki nie odebrał i w dniu 23 lipca 2013 r. wróciła ona do nadawcy.

Postanowieniem PWIF z dnia 5 lipca 2013 r. włączono do akt sprawy pismo PWIF znak [...] z dnia 14 marca 2013 r. Odpis postanowienia przesłano pełnomocnikowi Strony, na jego adres.

Pełnomocnik pisma nie odebrał i w dniu 1 sierpnia 2013 r. wróciło ono do nadawcy.

Organ mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., poinformował Stronę pismem z dnia 8 sierpnia 2013 r., że w dniu 28 czerwca 2013 r. przesłał do pełnomocnika Strony, radcy prawnego J.P., żądane w piśmie Strony z dnia 22 maja 2013 r. uwierzytelnione kopie akt sprawy, ale Poczta Polska S.A. pod adresem pełnomocnika Strony dwukrotnie bezskutecznie awizowała przesyłkę (w dniu 2 lipca 2013 r. i w dniu 10 lipca 2013 r.), po czym w dniu 23 lipca 2013 r. przesyłka została zwrócona do nadawcy.

Wyjaśniono Stronie, że stosownie do treści art. 44 § 1-3 K.p.a., dopełnione zostały przez operatora publicznego czynności przechowania przesyłki przez 14 dni w placówce pocztowej, zaś zgodnie z art. 44 § 4 K.p.a., doręczenie uważa się za dokonane z upływem ostatniego dnia okresu 14 dni, a pismo pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia.

W związku z powyższym, wezwano Stronę – na adres jej siedziby - do pilnego udzielenia informacji, czy radca prawny J.P. jest nadal pełnomocnikiem Strony i nie zostało mu wypowiedziane pełnomocnictwo, ponieważ przepis art. 40 § 2 K.p.a. stanowi, iż jeżeli strona ustanowiła pełnomocnika, pisma doręcza się pełnomocnikowi (a nie Stronie pod rygorem bezskuteczności doręczenia) oraz, czy zostały prawidłowo opłacone uwierzytelnione kopie akt sprawy na rachunek bankowy Urzędu Miasta [...] w kwocie 50,00 zł (bez względu na fakt doręczenia „zastępczego”).

Ponadto, z uwagi na powyższe, a także uwzględniając fakt, iż radca prawny J.P. nie odebrał pisma organu z dnia 28 czerwca 2013 r. (którego odrębnie nie wysłano Stronie po myśli art. 40 § 2 K.p.a.), stanowiącego obszerną odpowiedź na pismo Strony z dnia 22 maja 2013 r., uwzględniając również jakość formy i treści dotychczasowych działań pełnomocnika, PWIF w załączeniu przesłał Stronie kopię tego pisma celem zajęcia przez Stronę stanowiska do podnoszonych w nim kwestii. Równocześnie z ostrożności poinformowano, że pełnomocnikowi Strony skutecznie przesłano także dwa postanowienia organu: z dnia 12 czerwca 2013 r. i z dnia 5 lipca 2013 r. o włączeniu do akt sprawy materiału dowodowego z akt innego postępowania administracyjnego, oraz że pełnomocnik nie zajął stanowiska wobec otrzymanej dokumentacji.

W siedzibie Strony również nie odebrano korespondencji.

Poczta Polska S.A. pod adresem Strony dwukrotnie bezskutecznie awizowała przesyłkę („mieszkanie zamknięte, zawiadomienie włożono do skrzynki” w dniu 12 sierpnia 2013 r. i w dniu 19 sierpnia 2013 r.), po czym w dniu 2 września 2013 r. przesyłka została zwrócona do nadawcy.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2013 r. Organ zawiadomił Prezydenta Miasta [...] o nieuiszczeniu przez Stronę opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i od sporządzenia i uwierzytelnienia kopii dokumentów.

7.

Pismem z dnia 24 września 2013 r. PWIF zawiadomił pełnomocnika Strony, a odrębnie także Stronę, że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie wszczętej z urzędu, dotyczącej prowadzenia przez Stronę reklamy Aptek.

Pełnomocnik odebrał pismo w dniu 2 października 2013 r., natomiast Strona pisma nie odebrała. Poczta Polska S.A. pod adresem Strony trzykrotnie bezskutecznie awizowała przesyłkę („mieszkanie zamknięte, zawiadomienie włożono do skrzynki” w dniu 27 września 2013 r., w dniu 4 października 2013 r. i w dniu 25 października 2013 r.), po czym w dniu 2 września 2013 r. przesyłka została zwrócona do nadawcy.

Poinformowano Stronę o treści art. 10, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a.

Opisano także szczegółowo przebieg postępowania.

Pismem z dnia 4 października 2013 r., otrzymanym przez Organ w dniu 11 października 2013 r., Strona wystąpiła o ponowne sporządzenie i uwierzytelnienie pełnej

dokumentacji postępowania oraz przekazanie na adres pełnomocnika, „celem ustosunkowania się do stanowiska Pani Inspektor” i z insynuacją, że „brak jest wiedzy czy Pani Inspektor odmawia udzielenia odpowiedzi na szereg postawionych pytań, czy też brak odpowiedzi wynika z innych bliżej nieznanymi okoliczności”.

Organ odniósł się szczegółowo do żądań Strony w piśmie z dnia 17 października 2013 r.

Pismem z dnia 21 października 2013 r., otrzymanym w dniu 25 października 2013 r., PWIF został, zgodnie z kompetencjami, zawiadomiony przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego, że wpłynęło do niego pismo Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej dotyczące naruszania zakazu reklamy aptek przez Spółkę.

Do pisma Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej załączony był oryginał Katalogu [...], będącego wkładką do czasopisma [...] (dwutygodnika Nr [...] z dnia [...] r.), wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad 506 000 egzemplarzy.

Katalog jest wydawany przez [...] Sp. z o.o. w [...], ul. [...], nr NIP [...], o czym wydawca informuje w katalogu, na zlecenie Strony.

Katalog zawiera zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych, które - w powiązaniu z adresami aptek i/lub placówek obrotu pozaaptecznego [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]) - stanowią niedozwoloną reklamę tych aptek i/lub placówek obrotu pozaaptecznego, z tym że te drugie nie mogą prowadzić reklamy produktów leczniczych i wyrobów medycznych.

Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:

I.

Przepisy art. 20 i 22 Konstytucji RP, z uwagi na zawarte w nich unormowania dotyczące zasad ustroju gospodarczego, są przepisami prawa ustrojowego.

Z treści art. 20 Konstytucji RP (istota społecznej gospodarki rynkowej) wynika m.in. zasada wolności gospodarczej.

Przepis art. 22 Konstytucji RP przewiduje, że ograniczenie wolności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes społeczny.

W orzecznictwie sądów funkcjonuje następujący pogląd: „Wszelkie ograniczenia zasady wolności w prowadzeniu działalności, choć dopuszczalne w drodze zapisu ustawowego ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji RP), mają charakter wyjątku i muszą być wobec tego rozumiane ściśle, a nie w sposób rozszerzający. Nie można zatem ich istnienia dorozumiewać czy domniemywać, bądź przyjmować np. w drodze analogii” (np. wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2006 r., II GSK 23/06, LEX nr 209721).

Podobnie orzekają wojewódzkie sądy administracyjne (np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 października 2006 r., VI SA/Wa 1128/06, LEX nr 265647) i Sąd Najwyższy (zob. wyrok SN z dnia 12 września 2008 r., I PK 27/08, M.P.Pr. 2009/12/648-654).

Przykładem takiego ograniczenia jest obowiązujący w dacie orzekania art. 94a ust. 1 P.f., który jednoznacznie stanowi, że „zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności”. Zdanie drugie tego przepisu mówi, że nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Działalność, na którą Strona ma zezwolenie jest wprawdzie działalnością gospodarczą, ale regulowaną, podlegającą dodatkowym ograniczeniom.

Wdrożenie do porządku krajowego w Polsce przepisu art. 94a ust. 1 P.f. nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Polska przystępując do Unii Europejskiej na mocy Traktatu, zwanego Traktatem Ateńskim (Dz. U. UE z 2003 r. L 236,

poz. 17, z późn. zm.), od dnia przystąpienia jest związana postanowieniami Traktatów Założycielskich i aktów przyjętych przez Instytucje Wspólnot przed dniem przystąpienia, jak również stała się adresatem dyrektyw i decyzji w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz. U. WE z 2002 r. C 325 z późn. zm.).

Każde Państwo Członkowskie, do którego kierowana jest dyrektywa, zobowiązane jest do jej wykonania w drodze ustanowienia przepisów prawa wewnętrznego oraz przestrzegania, zgodnie z celami ustawodawcy wspólnotowego. Sformułowany w nim zakaz dotyczy reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Przepis art. 94a P.f. w aktualnym brzmieniu został zmieniony dopiero z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696).

Obecnie zatem, czyli w dacie wydania decyzji, art. 94a ust. 1 P.f. stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zakaz ten nie obejmuje jedynie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz ich działalności.

W poprzednim stanie prawnym, czyli przed datą 1 stycznia 2012 r., był niejako zawężony do spełnienia łącznie trzech przesłanek, tj. działalność ta musiała nosić cechy reklamy, być skierowaną do publicznej wiadomości oraz odnosić się w sposób bezpośredni do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Zauważyć należy, że w aktualnym w sprawie stanie prawnym także nie zawarto definicji reklamy apteki i jej działalności, inaczej niż uczyniono to w art. 52 ust. 1 P.f. i w akcie wykonawczym do ustawy – w zakresie reklamy produktu leczniczego.

Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (np. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.).

Oznacza to, że na gruncie niniejszej sprawy reklamą apteki może być także każde działanie, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych.

Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 P.f. – informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Nie ulega wątpliwości, że reklama może przyjmować różne formy zachęcania, a mianowicie poprzez ulotki, foldery, czy gazetki temu służące, nie tylko wręczane przez farmaceutów klientom apteki, ale także zachęcające poprzez Internet do korzystania z usług apteki, która daje określone bonusy.

Jak zauważa się w literaturze – jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego - „podstawowym elementem reklamy działalności apteki lub punktu aptecznego 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” (M.K. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, SIP LEX, stan prawny na 1 lipca 2009 r.).

Na gruncie niniejszej sprawy i aktualnego stanu prawnego, przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 P.f., za reklamę działalności apteki Strony można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece poprzez określone bonusy, upusty, rabaty przy nabyciu towarów, co ma na celu zwiększenie ich sprzedaży.

Innymi słowy, reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Podobne poglądy znaleźć można w orzecznictwie i to na gruncie poprzednich, mniej restrykcyjnych norm (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533 i wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, LEX nr 451165).

Także Sąd Najwyższy prezentował stanowisko, zgodnie z którym „powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informacje o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

Za reklamę działalności apteki zostały uznane również „czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533), czy udzielanie bonifikat za zrealizowanie recepty (vide: D.B., Reklama apteki - bonifikata za zrealizowanie recepty, w: Serwis Prawo i Zdrowie nr 60801).

Warto przy tym pamiętać, że pewne formy działalności promocyjnej mogą stanowić zarówno reklamę produktu leczniczego zgodnie z art. 52 P.f., jak i reklamę działalności apteki w opisanym wyżej rozumieniu.

W orzecznictwie wskazuje się dla przykładu, że „stanowi reklamę zarówno leków, jak i sprzedającej je apteki przedstawienie listy leków o obniżonej, promocyjnej cenie, wykazanej przez porównawcze zestawienie ceny niższej, stosowanej przez aptekę, obok ceny wyższej, określonej jako «cena typowa», «cena stara» lub w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

Reklama apteki i jej działalności ma charakter publiczny. Termin „publiczny” oznacza według Słownika Języka Polskiego pod red prof. M. Szymczaka: „ogólny, dostępny dla wszystkich, dotyczący ogółu ludzi” (Wyd. PWN, Warszawa 1982 r., tom II, str. 1074).

„Publiczny» sposób prowadzenia reklamy w inny sposób niż przez środki masowego przekazu, to sposób reklamy charakteryzujący się powszechnością, jawnością, ogólną dostępnością, jak i przeznaczeniem dla (lub do) ogółu w zależności od użytego sposobu

jej wyrazu” (wyrok NSA OZ w Szczecinie z dnia 18 kwietnia 2001 r., SA/Sz 2000/00, LEX nr 48952).

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), oraz utrwalone przekonanie, aktualne na gruncie art. 94a P.f. - zawarte w wyrokach WSA w Warszawie zapadłych jeszcze w poprzednim stanie prawnym: z dnia 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07 (LEX nr 496346); z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (LEX nr 477210); z dnia 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07 (LEX nr 493718); z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) - że 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, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece.

W wyżej wymienionym wyroku WSA w Warszawie z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) stwierdzono, że:

„Główny Inspektor Farmaceutyczny prawidłowo uznał, że przekazane mu przez skarżącego **gazetki reklamowe** są reklamą apteki, dlatego też zasadnie przekazał je do rozpoznania zgodnie z właściwością do właściwych wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych. Stanowisko to nie narusza art. 65 § 1 k.p.a. w zw. z art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego i jest zgodne z utrwaloną linią orzecniczą wojewódzkich sądów administracyjnych” (Sąd przywołał wyroki WSA: z 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07, LEX nr 493718; z 1 kwietnia 2008 r., VII SA/Wa 1739/07, LEX 491301; z 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX nr 477210; z 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2006/07, LEX nr 477202; z 19 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1914/07, LEX nr 477200; z 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, LEX nr 451165; z 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07, LEX nr 496346; z 22 listopada 2007 r., VII SA/Wa 1661/07, LEX nr 496345).

Należy wskazać, że powołanych przez Organ orzeczeń, różnic w wyrażonych w nich tezach, nie sposób przenieść dosłownie na grunt niniejszej sprawy, co jest oczywiste, bowiem różnice wynikają zarówno ze zmieniającego się stanu prawnego, jak i z innych stanów faktycznych.

Świadczy o tym – obecnie już jednolite na gruncie nowych regulacji - orzecznictwo sądów administracyjnych, ale też zmieniające się w jednym kierunku poglądy przedstawicieli nauki i praktyków z wolnych zawodów prawniczych, ukształtowane w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki lub przez przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie podmiotów prowadzących apteki tzw. programów lojalnościowych, a także w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia **kary pieniężnej** - por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12; z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12; z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 i z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

Zgodnie z treścią art. 86 ust. 1 i 2 P.f., apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia tych usług.

Apteka nie jest - nie powinna być - sklepem, prowadzącym walkę konkurencyjną o klienta przy pomocy instrumentów rynkowych.

Komentatorzy zasady zakazu reklamy aptek i ich działalności (zob. np. M.K. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. SIP LEX. stan prawny: 1.07.2009) stwierdzają m.in.:

„Do wprowadzenia art. 94a do u.p.f. na mocy nowelizacji z dnia 1 maja 2007 r.

istniała duża dowolność w zakresie działalności promocyjnej podejmowanej przez apteki ogólnodostępne. W celu zdobywania klientów prowadziły one różnego rodzaju akcje marketingowe, oferując np. możliwość indywidualnego negocjowania cen leków czy bezpłatny dowóz leków do domu klienta. Szczególny sprzeciw ze strony wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych budziły akcje typu "lek za grosz", bądź "lek za złotówkę" (A. Twardowska, *Reklama dźwignią handlu lekarstwami*, Gazeta Wyborcza z 27 listopada 2006 r.). Ich celem było zazwyczaj obejście przepisów wprowadzających zakaz reklamy leków refundowanych. Działalność aptek ogólnodostępnych była również wykorzystywana przez koncerny farmaceutyczne, które oferowały aptekom różnego rodzaju prezenty w zamian za sprzedaż określonej ilości leków na receptę. Aby osiągnąć pożądaną poziom sprzedaży, apteki obiecywały pacjentom za realizację recepty atrakcyjne rabaty lub prezenty (M.J., *Koniec reklamowania aptek*, Dziennik z dnia 16 lutego 2007 r.)”.

Charakterystyczny obecnie dla poglądów doktryny jest natomiast pogląd następujący:

„Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczący reklamy działalności aptek nie zawiera żadnego wyłączenia, a zatem nie wymienia katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności aptek, tak jak to uczyniono w przypadku reklamy produktu leczniczego oraz nie odsyła w żadnym zakresie do tych regulacji przewidujących takie wyłączenia w odniesieniu do działalności reklamowej produktów leczniczych. Tym samym nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki” (A. Rabięga-Przyłęcka. Glosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX/el. 2011, Teza 5).

II.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że P.f. nie zawiera legalnej definicji reklamy, treść przepisu art. 94a ust. 1 P.f. 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 P.f. sprawującego nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wyraża się w uprawnieniu zawartym w art. 94a ust. 3 i 4 P.f., 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 Strona prowadzi niedozwoloną reklamę Aptek, to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było wszczęcie i przeprowadzenie postępowania administracyjnego w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

Przedmiotem niniejszego postępowania było publiczne rozpowszechnianie Katalogu [...] jaki dołączony był do:

- 1) dodatku do gazety [...] z dnia [...] r. (cały katalog);
- 2) gazety [...] z dnia [...] r. (tylko ostatnia strona);
- 3) gazety [...] z dnia [...] r. nr [...];
- 4) gazety [...] z dnia [...] r.;
- 5) katalogu obowiązującego od [...] do [...] r.;
- 6) czasopisma [...] (dwutygodnika Nr [...] z dnia [...] r.) jako katalogu „obowiązującego od [...] do [...]”;

- zawierających wykaz aptek [...] na terenie Polski, w tym także z terenu Podkarpacia aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]).

[...] Sp. z o.o. , podmiot prowadzący Apteki uważa, że podmiotem odpowiedzialnym za dystrybucję katalogów [...] jest Strona.

Tym samym – zdaniem [...] Sp. z o.o. – wszelkie ewentualne działania (czynności) w związku z podejrzeniem prowadzenia zabronionej reklamy działalności Aptek w ramach wydawanych katalogów przez Stronę, może być tylko ten podmiot.

[...] Sp. z o.o. zawiadomiła organ, że rzekomo zwróciła się do Strony „celem wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w sprawie, pod rygorem podjęcia przez Stronę ewentualnych kroków prawnych wobec tej spółki”, a także twierdziła, że nigdy nie upoważniała Strony do jakichkolwiek działań, które mogłyby naruszać przepisy prawa.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadzi reklamę Aptek i ich działalności w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f. Nie ma przy tym znaczenia, czy niedozwolona reklama jest prowadzona bezpośrednio przez Stronę na podstawie umowy z [...] Sp. z o.o., która twierdziła, że jest zawarta, ale [...] Sp. z o.o. nie chciała jej organowi udostępnić – zapewne tylko z tej przyczyny, że nie chciała ujawnić rzeczywistej treści zlecenia reklamy swoich Aptek.

III.

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Aptek, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Apteki, jest dyspozycja art. 94a ust. 1 i 2 P.f. oraz stwierdzenie, że nazwy i adresy Aptek zostały powiązane z Katalogiem cenowym produktów leczniczych.

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1–3 P.f., zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. 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 P.f. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 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 dnia 1 lutego 2008 r. sygn. akt 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 P.f. 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 P.f. 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 życzeń, 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 P.f. żadnych wyłączeń (z wyjątkiem adresu i godzin pracy), w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 ustawy.

IV.

Organ ustalił, że publiczne rozpowszechnianie Katalogu [...] jaki dołączony był do: dodatku do gazety [...] z dnia [...] r. (cały katalog); gazety [...] z dnia [...] r. (tylko ostatnia strona); gazety [...] z dnia [...] r. nr [...]; gazety [...] z dnia [...] r.; katalogu obowiązującego od [...] do [...] r.; czasopisma [...] (dwutygodnika Nr [...] z dnia [...] r.) jako katalogu „obowiązującego od [...] do [...]” - zawierających wykaz aptek [...] na terenie Polski, w tym także z terenu [...] aptek [...] w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], Al. [...] (w [...]), jest przejawem naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

W ocenie organu, uwidocznienie w katalogach cenowych Aptek prowadzonych przez Spółkę, zachęca nieokreśloną ilość pacjentów, osób nie posiadających rozeznania w swoich potrzebach zdrowotnych i odpowiadających tym potrzebom właściwych produktów

leczniczych, do dokonywania zakupu produktów w Aptekach, których wykaz zamieszczony jest w katalogach cenowych.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, należy uznać za reklamę apteki i jej działalności, ponieważ stwarza warunki do poszukiwania tych właśnie Aptek oraz ma na celu zwiększenie obrotu w tych, znalezionych przez pacjentów w wykazie, Aptekach.

Informowanie w Katalogu [...] o produktach leczniczych oraz wykaz aptek w nim zamieszczony, w tym Aptek z terenu miasta [...], stanowi reklamę tych aptek i ich działalności co najmniej wobec mieszkańców tego miasta i okolic, ale także wobec innych osób na tym terenie przebywających czasowo.

V.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., 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 Aptek jest zatem zobowiązany nałożyć, na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis, stosowną karę pieniężną.

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że umieszczenie identycznych nazw Aptek: [...] w katalogu cenowym, w istocie swej zachęca pacjentów do dokonywania zakupów w prowadzonych przez Stronę Aptekach, stanowi niedozwoloną ich reklamę i ich działalność.

Biorąc pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, że:

- Strona nie była uprzednio karana przez PWIF za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze Województwa Podkarpackiego,
 - naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
 - reklama Aptek i ich działalności była periodiczna, ale powtórzona została sześciokrotnie i dotyczyła dwóch aptek z Podkarpacia,
 - PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności - poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.,
 - umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.rzeszow.wif.gov.pl,
- nałożona w wysokości 10.000,00 zł kara pieniężna, wynosząca tylko 20% maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą

pieniężną.

Kara pieniężna stanowi dochód budżetu państwa. PWIF jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Karę pieniężną uiszcza się na wskazany w rozstrzygnięciu decyzji rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

VI.

Zgodnie z art. 94a ust. 4 P.f., decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Przepis ten stanowi o obligatoryjnym charakterze nadania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego rygoru natychmiastowej wykonalności takiej decyzji.

W przypadku wydania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki oraz jej działalności, organ zmuszony jest decyzji taki rygor nadać, w odróżnieniu od uregulowań zawartych w art. 108 § 1 K.p.a., które organ stosuje w przypadku gdy spełnione są przesłanki z niego wynikające, m.in. ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego.

Art. 94a ust. 4 P.f. nie przewiduje możliwości fakultatywnego nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

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

Jednak jeżeli w dacie wydania decyzji organ stwierdzi, że wydane katalogi Strony już nie obowiązują, nie może na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 P.f. nakazać wówczas Stronie, w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 25 marca 2009 r. sygn. akt II GSK 834/08 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl) orzekł, że sankcja taka nie może być stosowana do reklamy, która nie jest już prowadzona w dacie wydania decyzji administracyjnej. Podobnie orzekł wcześniej w wyroku z 8 sierpnia 2008 r. sygn. akt II GSK 287/08 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, jeżeli postępowanie to z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe.

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 K.p.a. 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, biorąc pod uwagę fakt, iż – mimo szczególnych wysiłków Strony, aby Organ nakazał zaprzestanie prowadzenia reklamy, poprzez nieustanne wprowadzanie organu w błąd i stwierdzanie nieprawdy - dalsze prowadzenie postępowania stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

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.

otrzymują:

- 1) Adresat: na adres pełnomocnika J.P.,
[...], ul. [...] – za potwierdzeniem odbioru
- 2) a/a