

Rzeszów, dnia 13 grudnia 2013 r.

FARZ-DA.8523.43.2013

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2-4 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 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 [...] S.A. w [...] działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez aptekę [...], ul. [...], [...], poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych,

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) nakazuje [...] S.A. w [...], prowadzącej aptekę [...], ul. [...], [...], zaprzestać prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w programie [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S. A. w [...] – umowy programowej określającej zasady uczestnictwa apteki w programie [...], która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych („kart uczestnika [...])”);
- 2) nakłada na [...] S.A. w [...], prowadzącej aptekę [...], ul. [...], [...], 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;
- 3) decyzji w pkt. 1 nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

A.

Stan faktyczny w sprawie prowadzenia przez [...] S.A. w [...] (dalej zwaną: „**Spółką**” lub „**Stroną**”), prowadzącą aptekę [...] w [...], ul. [...] (dalej zwaną: „**Apteką**”), reklamy działalności tej apteki, przedstawiał się następująco:

Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Rzeszowie (dalej zwany: „**PWIF**” lub „**organem**”), uzyskał informację, na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki (uwierzytelniony odpis protokołu z kontroli znak: [...] jest załącznikiem do wyciągu z pkt XVI protokołu, włączonym do akt sprawy postanowieniem

PWIF z dnia 11 lipca 2012 r., uzupełniony notatką służbową z dnia 22 października 2012 r.), że w Aptece sprzedawane są produkty lecznicze przy wykorzystaniu kart rabatowych.

Zawiadomieniem z dnia 12 maja 2012 r., doręczonym Stronie w dniu 19 czerwca 2012 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.

Ponadto PWIF wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów.

W piśmie Strony datowanym 25 czerwca 2012 r., otrzymanym przez PWIF w dniu 28 czerwca 2012 r., Strona przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Strona stwierdziła, że w ocenie Strony uczestnictwo Apteki w programie [...] nie stanowi naruszenia art. 94a P.f. Zarówno Apteka, jak i Strona, nie są organizatorem [...], nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże programem, lecz [...] S.A. w [...], ul. [...] („przypadkiem” ma siedzibę pod adresem Strony).

B.

Z własnej już inicjatywy Strona – nie pytana przez Organ w tej sprawie - przyznała się w piśmie datowanym 25 czerwca 2012 r. do prowadzenia [...], tłumacząc, że możliwość nabycia przez uczestników [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych, nie refundowanych ze środków publicznych po cenie promocyjnej, mają jedynie uczestnicy [...] zarejestrowani już w programie i tylko oni otrzymują materiały dotyczące [...], zatem nie są one powszechnie dostępne dla osób postronnych.

Spółka uważała, że zgodnie z jej wiedzą, w materiałach dostępnych tylko w Aptece i tylko dla uczestników [...], 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 opinię prawną radcy prawnego J.L. z dnia 21 grudnia 2011 r.

Z kolei PWIF – zasugerowany przyznaniem się Strony do prowadzenia [...] - pismem z dnia 11 lipca 2012 r., doręczonym Stronie w dniu 17 lipca 2012 r., wezwał ją 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 rozprowadza karty [...] (czy są to pracownicy Apteki); który z podmiotów uczestniczących w [...] 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 19 lipca 2012 r. (data wpływu 23 lipca 2012 r.), że Apteka realizuje program [...] w ramach współpracy prowadzonej przez Stronę z organizatorem tego programu [...] S.A. 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 [...] 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 11 lipca 2012 r., doręczonym Stronie w dniu 17 lipca 2012 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 rozprowadza 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 6 sierpnia 2012 r., 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 został zobowiązany do przekazania PWIF, w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania żądania, na piśmie i w wersji elektronicznej, informacji o obrocie od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. i o 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 [...] S.A. oraz wykorzystania kart rabatowych (kart [...]).

O powyższym żądaniu została zawiadomiona Strona pismem z dnia 7 sierpnia 2012 r., z równoczesnym wezwaniem do spowodowania terminowego przekazania Podkarpackiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu w Rzeszowie przez kierownika Apteki żądanej informacji, na piśmie i w wersji elektronicznej w żądanym formacie.

Strona została pouczona, że 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, 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 11 lipca 2012 r., doręczonym Stronie w dniu 17 lipca 2012 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 rozprowadza 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 PWIF przez kierownika Apteki żądanej informacji we wskazanym zakresie, na piśmie i w wersji elektronicznej w żądanym formacie – także z uwagi na

odmowę kierownika udzielenia żądanej informacji pismem otrzymanym przez PWIF w dniu 20 sierpnia 2012 r..

Pismem z dnia 30 sierpnia 2012 r. doręczonym Stronie w dniu 10 września 2012 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 P.f., 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.

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

Pismem z dnia 19 listopada 2012 r. (doręczonym Stronie w dniu 22 listopada 2012 r.) organ poinformował Stronę, że zakończył prowadzenie postępowania dowodowego w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych oraz wezwał Stronę do przekazania kopii Programu oraz umowy o współpracy z [...].

We wskazanym terminie Strona przesłała kopię Regulaminu Programu i umowy z [...] z dnia 1 stycznia 2012 r. oraz nie wniosła innych wyjaśnień, nie składała też żadnych wniosków.

C.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał, że Strona prowadzi sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ponieważ program [...] oferuje obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych, rabaty na wybrane produkty objęte informatorem [...], a osoba uczestnicząca w programie otrzymuje kartę [...], umożliwiającą korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w informatorze [...].

Decyzją znak [...] z dnia 27 grudnia 2012 r. PWIF: nakazał Stronie zaprzestać prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w programie [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S. A. w [...] – umowy programowej określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...], która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych (kart [...]); nałożył na Stronę karę pieniężną; nadał rygor natychmiastowej wykonalności decyzji w pkt. 1.

Od decyzji organu w dniu 17 stycznia 2013 r. odwołała się Strona, wnosząc o uchylenie decyzji w całości, zarzucając organowi pierwszej instancji błędną interpretację przepisów prawa materialnego i naruszenie przepisów postępowania administracyjnego.

Strona w odwołaniu nie odniosła się zupełnie do błędnego określenia przez Organ zakresu postępowania, które powinno ograniczyć się do wyniku kontroli, stwierdzającego, iż Apteka: „działa w ramach [...] – realizowane są karty [...]; najpierw Apteka pośredniczyła w przekazywaniu ankiet wypełnianych przez pacjentów, którzy chcieli uczestniczyć w programie, a później zgłoszenia odbywały się przez Internet; karta [...] uprawnia pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie”; nie odniosła się również do treści rozstrzygnięcia obejmującego zakaz reklamy Apteki w lojalnościowym programie, przy pominięciu zakazu reklamy Apteki w lojalnościowym w programie [...].

W wyniku odwołania Strony, Główny Inspektor Farmaceutyczny (dalej zwany: „GIF”) uchylił decyzję PWIF oraz przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji – z innych przyczyn niż wskazane w odwołaniu.

Organ odwoławczy dostrzegł, że PWIF wszczął postępowanie administracyjne w wyniku kontroli, która stwierdziła, iż Apteka: „działa w ramach [...] – realizowane są karty rabatowe [...]; najpierw pośredniczyła w przekazywaniu ankiet wypełnianych przez pacjentów, którzy chcieli uczestniczyć w programie, a później zgłoszenia odbywały się przez

Internet; karta [...] uprawnia pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie; Apteka jest apteką sieciową, uczestnictwo w [...] jest obligatoryjne”.

GIF stwierdził, że PWIF prowadził później postępowanie wyłącznie w zakresie prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w programie [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S. A. w [...] – umowy programowej określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...], która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych (kart [...]).

GIF stwierdził ponadto, że PWIF wydał zaskarżoną decyzję z dnia 27 grudnia 2012 r. wyłącznie w zakresie prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S.A. w [...] oraz na wykorzystaniu kart rabatowych – ujawnionym dopiero w toku postępowania administracyjnego.

PWIF – zdaniem GIF - zaniechał rozstrzygnięcia w zakresie, który stanowił podstawę wszczęcia postępowania administracyjnego, iż Apteka: działa w ramach [...] – realizowane są karty [...], uprawniające pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie.

Organ odwoławczy nakazał organowi I instancji orzec co do każdej ujawnionej formy działalności Strony.

W tych okolicznościach organ postanowił dalej kontynuować ponowne postępowanie pod dotychczasowym znakiem [...] w zakresie, który stanowił podstawę wszczęcia poprzedniego postępowania administracyjnego, iż Apteka: działa w ramach [...] realizowane są karty [...], uprawniające pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie.

Organ postanowił też wszcząć nowe odrębne postępowanie pod nowym znakiem [...] w zakresie, który został pominięty w poprzednim postępowaniu: w sprawie prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w programie [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S.A. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych.

D.

Zawiadomieniem z dnia 29 sierpnia 2013 r., doręczonym Stronie w dniu 2 września 2013 r., Strona została poinformowana o wszczęciu z urzędu nowego postępowania administracyjnego znak FARZ-DA.8523.43.2013, innego niż oparte na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki (znak: [...]), postępowanie prowadzone pod znakiem [...], lecz na podstawie przyznania przez Stronę w piśmie datowanym 25 czerwca 2012 r., że prowadzi w Aptece także kolejny program lojalnościowy: [...] na podstawie umowy z [...] S.A. z dnia 1 stycznia 2012 r.

W piśmie tym Organ zreferował Stronie przebieg poprzedniego postępowania w dwóch instancjach, a także wezwał do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Spółka nie prowadzi niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

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

Pismem z dnia 3 października 2013 r. (datowanym na 30 września 2013 r.), Strona poinformowała organ, że program [...] oraz program [...] nie funkcjonują w Aptece.

Strona pouczyła organ: „Zgodnie z art. 107 § 1 w związku z art. 156 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania administracyjnego organ wydaje decyzję uwzględniając stan faktyczny z dnia jej wydania. Decyzja administracyjna musi mieć zatem walor aktualności w zakresie ustaleń faktycznych (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 listopada 2010 r. II OSK 1311/10 czy też wyrok z dnia 17 listopada 1982 r. SA/Kr 664/82, ONSA 1982, nr 2, poz. 106)”.

Strona wniosła również o umorzenie postępowania administracyjnego w oparciu o treść art. 105 § 1 i 2 K.p.a., twierdząc przy tym, że w przypadku uznania postępowania za

„bezpodstawne” (a nie bezprzedmiotowe) i wydania decyzji umarzającej, nie ma możliwości nałożenia kary pieniężnej zgodnie z art. 129b ust. 1 P.f. Zdaniem Strony: „przeciwnie rozumienie tego przepisu przeczyłoby logice interpretacji prawa jak i podstawowym zasadom prawa administracyjnego”.

Postanowieniem z dnia 16 października 2013 r., doręczonym Stronie w dniu 21 października 2013 r., PWIF włączył do akt sprawy postępowania administracyjnego, które zostało wszczęte z urzędu w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki oraz jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w programie [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S.A. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych, następujący materiał dowodowy: dokumenty przeniesione z akt sprawy administracyjnej, zakończonej decyzją PWIF z dnia [...] r. znak [...], uchyloną decyzją GIF z dnia [...] r. znak [...] do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji, tj.: pismo PWIF do Strony i do kierownika apteki z dnia 11 lipca 2012 r. z potwierdzeniami odbioru; pismo Strony do PWIF z dnia 19 lipca 2012 r.; pismo PWIF do kierownika apteki z dnia 6 sierpnia 2012 r. z potwierdzeniem odbioru; pismo PWIF do Strony z dnia 7 sierpnia 2012 r. z potwierdzeniem odbioru; pismo kierownika apteki do PWIF z dnia 17 sierpnia 2012 r.; notatkę służbową st. inspektora farmaceutycznego z dnia 22 października 2012 r. wraz z oświadczeniem kierownika apteki z tej samej daty, formularzem zgłoszeniowym [...] i kartą uczestnika [...]; pismo PWIF do Strony z dnia 19 listopada 2012 r. z potwierdzeniem odbioru; pismo Strony do PWIF z dnia 28 listopada 2012 r. z załącznikami: kopią Regulaminu [...] i kopią umowy Strony z [...] S.A. zawartej w dniu 1 stycznia 2012 r.; decyzję PWIF z dnia 27 grudnia 2012 r. znak [...]; odwołanie Strony do GIF od decyzji PWIF z dnia 27 grudnia 2012 r. znak [...]; pismo PWIF do GIF z dnia 22 stycznia 2013 r. wraz z odwołaniem Strony; decyzję GIF z dnia [...] znak [...].

W postanowieniu pouczoono Stronę, że na podstawie art. 124 § 2 K.p.a. odstąpiono od uzasadnienia postanowienia ze względu na fakt, że zgodnie z art. 141 § 1 i art. 127 § 1 w związku z art. 144 K.p.a., od tego postanowienia nie przysługuje zażalenie.

Natomiast odpowiadając na pismo Strony datowane 30 września 2013 r. oraz mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., PWIF poinformował Stronę w odrębnym piśmie z dnia 16 października 2013 r., doręczonym Stronie w dniu 21 października 2013 r., że wniosek Strony o umorzenie postępowania administracyjnego - w sprawie wszczętej z urzędu – w oparciu o treść art. 105 § 1 i 2 K.p.a., nie mógł być uwzględniony, ponieważ treść każdego z paragrafów 1 lub 2 wskazanego artykułu 105 K.p.a., odnosi się do całkiem różnych przesłanek. Niedopuszczalność wniosku w tej sprawie oraz pozostawienie tego wniosku bez dalszego biegu organ obszernie argumentował.

W związku z powyższym PWIF poinformował Stronę w wyżej wskazanym piśmie z dnia 16 października 2013 r., że prowadzenie postępowania w sprawie naruszenia art. 94a ust. 1 P.f. nie stało się bezprzedmiotowe i koniecznym będzie rozstrzygnięcie sprawy co do istoty w drodze decyzji administracyjnej, a nie jest dopuszczalne umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 lub § 2 K.p.a.

Organ zauważył ponadto, iż zawarte w piśmie Strony twierdzenie, nie poparte żadnymi dowodami, że „w przedmiotowej aptece [...] oraz program [...] nie funkcjonują”, nie może być przez organ nadzoru farmaceutycznego uznane za prawdziwe.

Ponadto, w świetle aktualnego orzecznictwa sądów administracyjnych, nie jest prawdą, że organ nie może nałożyć kary pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, nawet w przypadku uznania postępowania za bezprzedmiotowe (a nie – jak chce Strona – „bezpodstawne”) i wydania decyzji umarzającej to postępowanie z urzędu.

W związku z powyższym, PWIF w piśmie z dnia 16 października 2013 r. ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Strona nie prowadzi

niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

Organ podniósł, że poprzednie wezwanie, skierowane do Strony w zawiadomieniu z dnia 29 sierpnia 2013 r. o wszczęciu postępowania administracyjnego, nie odniosło pozytywnego rezultatu, a jedynym jego skutkiem było podjęcie zbędnej polemiki, podobnej (żeby nie powiedzieć: identycznej) do stosowanej przez niektóre inne podmioty (w innych postępowaniach), mające ten sam jak Strona rzeczywisty adres siedziby a wskazywany jako adres do korespondencji – odmienny od figurującego w rejestrze przedsiębiorców KRS.

Organ w piśmie z dnia 16 października 2013 r. zażądał w szczególności przedłożenia dowodu rozwiązania „Umowy o współpracy” z [...] S.A. w [...] z dnia 1 stycznia 2012 r. dot. [...] (oryginał do wglądu i zwrotu lub odpis dokumentu poświadczony za zgodność z oryginałem wraz z dowodem doręczenia drugiej stronie umowy) oraz dowody zaniechania wykorzystywania kart rabatowych, stosowanych w nieetycznym celu dalszego zwiększania nadmiernej sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych i wyrobów medycznych przez pacjentów o niskiej świadomości zdrowotnej.

PWIF przywołał treść przepisu art. 77 § 1 K.p.a. stanowiącego, że organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy, a jako dowód organ dopuści wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem.

W szczególności – przypomniał organ Stronie - dowodem mogą być oryginały dokumentów (art.75 § 1 K.p.a.), a ponadto, zgodnie z treścią art. 76a § 2 i 3 K.p.a., zamiast oryginału dokumentu strona może złożyć odpis dokumentu, jeżeli jego zgodność z oryginałem została poświadczona przez notariusza albo przez występującego w sprawie pełnomocnika strony będącego adwokatem lub radcą prawnym. Wówczas odpis dokumentu ma charakter dokumentu urzędowego.

PWIF przytoczył postanowienie SN z dnia 27 sierpnia 1998 r. III CZ 107/98 (OSNC 1999, nr 3, poz. 52; Biul. SN 1999, nr 1, poz. 9; M. Praw. 1999, nr 4, s. 8), wyrok NSA z dnia 6 października 2010 r. II OSK 1508/09 (LEX nr 746596), uchwałę SN z dnia 29 marca 1994 r. III CZP 37/94 (OSNC 1994, nr 11, poz. 206), wyrok NSA z dnia 21 września 1999 r. III SA 7375/98 (LEX nr 40052), wyrok WSA w Białymstoku z dnia 23 czerwca 2005 r. II SAB/Bk 32/05 (LEX nr 173673) oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2011 r. II SA/Wa 425/11 (LEX nr 1153601). Organ zacytował także dyspozycję art. 77 § 4 K.p.a.

Strona nie odpowiedziała na pouczenia Organu i nie zajęła stanowiska w sprawach opisanych przez Organ w piśmie z dnia 16 października 2013 r.

W związku z powyższym, Organ zawiadomił Stronę pismem z dnia 18 listopada 2013 r., że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie.

Organ przypomniał, że pismo z dnia 29 sierpnia 2013 r., w którym wezwano Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Strona nie prowadzi niedozwolonej reklamy Apteki, nie odniosło pozytywnego rezultatu, a jedynym jego skutkiem była informacja Strony w piśmie z dnia 30 września 2013 r. (tj. sporządzonym po 28 dniach od dnia doręczenia wezwania), że program [...] w przedmiotowej aptece „nie funkcjonuje”, a także podjęcie przez Stronę zbędnej polemiki na temat zgodności z prawem tego programu lojalnościowego (rabatowego) – wbrew ustabilizowanemu orzecznictwu sądów administracyjnych - i złożenie bezprawnego wniosku o umorzenie postępowania.

Organ przypomniał Stronie, że ponowne wezwanie z dnia 16 października 2013 r. do przedłożenia dowodu rozwiązania „umowy o współpracy” z [...] S.A. w [...] z dnia 1 stycznia 2012 r. dot. [...] Strona zbagatelizowała i nie udzieliła żadnej odpowiedzi; nie dostarczyła także żdanego dokumentu.

PWIF uznał, że ponieważ organ administracji publicznej nie ma obowiązku oczekiwać w nieskończoność na wyjaśnienia Strony i dowody w jej interesie prawnym, organ nadzoru

farmaceutycznego postanowił zakończyć postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe i wydać rozstrzygnięcie na podstawie już zebranego materiału dowodowego.

Organ poprosił Stronę o rozważenie złożenia przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów (w przypadku trudności z ich przedstawieniem), po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania: „Upředzona/y o odpowiedzialności za fałszywe zeznania z art. 233 § 1 K.k., zgodnie z jego treścią: «Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3», oświadczam, co następuje: ... (tu treść oświadczenia)”.

PWIF zacytował treść art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a. i pouczył Stronę, że oświadczenie stron postępowania jest środkiem dowodowym, który podlega ocenie przez organ administracji publicznej. Zawiadomił, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań; że akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Rzeszowie, ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu.

Ponadto Organ przypomniał, że zgodnie z art. 73 K.p.a., Strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Prawo to przysługuje również po zakończeniu postępowania. Czynności te są dokonywane w lokalu organu administracji publicznej w obecności pracownika tego organu. Strona może również żądać uwierzytelnienia odpisów lub kopii akt sprawy lub wydania jej z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów, o ile jest to uzasadnione ważnym interesem strony.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień, o których została pouczona; nie skorzystała także z podpowiedzi zastosowania art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a.

E.

W piśmie z dnia 15 listopada 2013 r. (data wpływu pisma do Organu: 25 listopada 2013 r.) Strona wyjaśniła lakonicznie, że [...] został „zawieszony” decyzją organizatora w dniu [...] r., o czym Strona została poinformowana w formie komunikatu organizatora przesłanego pocztą elektroniczną („drogą e-mailową”).

Wg twierdzenia Strony, w tym dniu został przez organizatora wyłączony system komputerowy umożliwiający naliczanie „plusów” i w rezultacie zaprzestano obsługi kart programu.

Strona przyznała, że nie posiada dokumentu rozwiązującego umowę z [...] S.A., uznając zapewne, iż lakoniczne wyjaśnienie, że [...] został rzekomo „zawieszony” - nieznaną nikomu powszechnie - decyzją organizatora w dniu [...] r.

W załączeniu do pisma z dnia 15 listopada 2013 r. Strona przedłożyła nie uwierzytelnioną kopię rzekomej „rezygnacji” dopiero od dnia 30 września 2013 r. z uczestnictwa w programie [...] obsługiwanego na mocy umowy z [...] S.A. - całkowicie ignorując szczegółowe napomnienia organu, zawarte w piśmie z dnia 16 października 2013 r., że dowodem mogą być tylko oryginały dokumentów, a zamiast oryginału dokumentu strona może złożyć odpis dokumentu (jeżeli jego zgodność z oryginałem została poświadczona przez notariusza albo przez występującego w sprawie pełnomocnika strony będącego adwokatem lub radcą prawnym).

Strona nie przedłożyła natomiast żadnego dowodu rozwiązania „Umowy o współpracy” z [...] S.A. w [...] z dnia 1 stycznia 2012 r. dot. [...] udział w którym był przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie (a nie w programie [...] obsługiwanym na mocy umowy z [...] S.A. w [...], co jest przedmiotem postępowania w odrębnej sprawie przed PWIF, prowadzonej pod znakiem [...], opartej na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki znak: [...]).

Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:

I.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że ustawa Prawo farmaceutyczne 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 Apteka 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 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, poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

Program [...] oferuje obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych, rabaty na wybrane produkty objęte informatorem [...]. Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje kartę [...], umożliwiającą korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w informatorze [....].

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

II.

Strona prowadzi Aptekę na podstawie zezwolenia (koncesji) Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Tarnowie znak [...] z dnia [...] r., zmienioną decyzją nr [...] Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Rzeszowie z dnia [...] r. znak [...] oraz decyzją zmieniającą nr [...] Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Rzeszowie z dnia [...] r. znak [...].

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] realizowanym wspólnie z [...] S.A. w [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych (kart [...]), jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f. oraz stwierdzenie, że apteka uczestniczy w programie [...].

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, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. 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 31.12.2011 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 1.02.2008r. 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 użyczeń, 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, w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 ustawy.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że Apteka od 1 stycznia 2012 r. uczestniczy w programie [...], który zapewnia:

- obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych,
- rabaty na wybrane produkty, objęte informatorem [...] (dokonywanie zakupów w aptekach objętych Programem wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów umieszczonych w informatorze [...]),
- za każde 5 zł wydane na produkty nierefundowane uczestnik Programu otrzyma 1 plus,
- zgromadzone plusy uprawniają do skorzystania z rabatu, dzięki któremu produkt z informatora [...] kosztuje 1zł – cena każdego produktu z informatora [...] to odpowiednia liczba plusów +1zł,
- zakupy produktów objętych akcjami specjalnymi dają większą liczbę plusów – dzięki temu klienci mogą kupić z rabatem więcej produktów z informatora [...], płacąc tylko 1zł 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 [...]. 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” z [...] S.A. w [...] – „umowy programowej określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie [...], która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r.

Informacje o programach lojalnościowych i warunkach uczestniczenia w nich, umieszczone na stronach internetowych innych przedsiębiorców – organizatorów programów wraz z udostępnionymi danymi aptek w nich uczestniczących, w tym Apteki, stanowią reklamę apteki i jej działalności.

W pismach swoich 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, 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 P.f.

Informowanie na stronach internetowych o „Katalogu aptek realizujących zamówienia z [...]” oraz wykaz aptek w nim uczestniczących, w tym Apteki, 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 P.f. 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 P.f., 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 jednak stwierdzić, że stanowi ono niedopuszczalną reklamę apteki i jej działalności, a tym samym narusza art. 94a ust. 1 P.f. w obowiązującym jej brzmieniu.

Zauważyć ponadto należy, że katalog usług świadczonych przez aptekę, o jakim mowa w art. 86 ust. 2 P.f., 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 udzielonego przez PWIF zezwolenia 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 produktów leczniczych, wyrobów medycznych i innego asortymentu, który może być przedmiotem obrotu prowadzonego w aptecę, przepisami dotyczącymi aptek oraz Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

III.

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 wręczone 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 informację 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 orzeczniczą 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 (dot. programu [...]); z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (dot. programu [...]); z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12 (dot. programu [...], projektu [...], programu [...]); z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12 (dot. programu [...], projektu [...]); z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13 (dot. programu [...]); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 (dot. programu [...]); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 (dot. programu [...]) i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 (dot. programu [...]) - 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 – i zdaniem PWIF nie powinna być - sklepem, prowadzącym walkę konkurencyjną o klienta przy pomocy instrumentów rynkowych.

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

„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. T., Reklama dźwignią handlu lekarstwami, Gazeta [...] 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).

Należy także podnieść, iż zgodnie z treścią art. 99 ust. 4a P.f., podmiot prowadzący aptekę jest obowiązany zatrudnić osobę odpowiedzialną za prowadzenie apteki, o której mowa w art. 88 ust. 2, dającą rękojmię należytego prowadzenia apteki. Przepis ust. 4a nie dotyczy farmaceuty posiadającego uprawnienia, o których mowa w art. 88 ust. 2 (art. 99 ust. 6 P.f.).

W aptece ogólnodostępnej musi być ustanowiony farmaceuta, o którym mowa w art. 2b ust. 1 pkt 1, 2 i 5-7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856, z późn. zm.), odpowiedzialny za prowadzenie apteki. Kierownikiem apteki może być farmaceuta, który m.in. posiada specjalizację z zakresu farmacji aptecznej (art. 88 ust. 1 i 2 P.f.).

Zgodnie z przepisem art. 19 Kodeksu Etyki Aptekarza RP (Uchwała Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r.): „Aptekarz nie reklamuje siebie oraz swoich usług. Nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub z dobrymi obyczajami. Aptekarz unika też działalności przyczyniającej się do zwiększania konsumpcji produktów leczniczych”.

Z tytułu naruszenia powyższego Kodeksu farmaceuta-aptekarz ponosi zawodową odpowiedzialność dyscyplinarną (art. 45 ustawy o izbach aptekarskich), na którą naraża go podmiot prowadzący aptekę, zatrudniający farmaceutę.

„Zakaz reklamy działalności dotyczy wszystkich osób wykonujących wolne zawody, w tym adwokatów, radców prawnych, lekarzy. Farmaceuci prowadzący apteki, jako osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, powinni zatem być objęci tą samą zasadą” (z uzasadnienia do projektu z dnia 3 listopada 2008 r. ustawy o zmianie P.f. oraz o zmianie niektórych innych ustaw, s. 48).

Imię i nazwisko kierownika apteki podlega wpisowi do jawnego rejestru zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych.

Organ pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dn. 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega 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.

Powyższe stanowi obowiązek każdego farmaceuty, zatem w ocenie Organu, tworzenie odrębnego programu dla świadczenia ustawowego obowiązku jest zbędne i ma na celu stworzenie w świadomości pacjenta poczucia pewnego rodzaju wyjątkowości czy też rzadkości.

Program [...] nie realizuje powyższych założeń ponieważ - jak wynika z Przewodnika dla aptek - zarówno apteki, jak i organizator Programu nie dokumentują ani nie przetwarzają danych dotyczących przebiegu farmakoterapii pacjentów - uczestników Programu.

Rzekoma współpraca z pacjentem ogranicza się w przypadku programu [...] do zapisywania kolejnych plusów za dokonanie zakupu i zapisywanie danych o zakupionych produktach.

Nie ulega wątpliwości, iż ustawodawca nakładając obowiązek sprawowania opieki farmaceutycznej miał na celu innego rodzaju działania. Chociażby takie jak, możliwość kontaktu farmaceuty z lekarzem w celu ustalenia jak najlepszej farmakoterapii, poprzez konsultacje i ewentualne modyfikacje przepisywanych produktów leczniczych.

Organ podnosi, iż fakt udzielania informacji na temat sprzedawanych produktów leczniczych jest jedną z usług farmaceutycznych wymienionych w art. 86 ust. 2 P.f.

Elementy działania programu [...] są normalnym obowiązkiem każdego farmaceuty, który jest obowiązany spełniać je, niezależnie od uczestnictwa w programie [...].

Prowadzi to do wniosku, że wskazany program de facto sprowadza się do naliczania kolejnych „plusów” za dokonane zakupy i wynagradzanie pacjenta za dokonanie odpowiedniej liczby transakcji, co niewątpliwie nie mieści się w zakresie opieki farmaceutycznej, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy o izbach aptekarskich.

Uczestnictwo w „Programie” polega na korzystaniu przez Aptekę prowadzoną przez Stronę – jako podmiotu współpracującego z organizatorem programu - z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na ustalenie wysokości rabatu, z którego może skorzystać uczestnik programu, na podstawie rejestrowanej w tym systemie ilości plusów.

Program [...] odbywa się w Aptece i poprzez Internet. W aptecę klient otrzymuje od farmaceuty kartę programu i jest o nim informowany.

Wydawanie kart i broszur jest bezpośrednio zlecane przez organizatora programu: [...] S.A. w [...].

Koszty z tym związane w określonym zakresie ponosi podmiot realizujący program na podstawie „umowy o współpracy”.

Produkty o obniżonej cenie nie są wydawane w ramach „Programu”, lecz sprzedawane jego uczestnikom przez Aptekę w ramach prowadzonej przez nią działalności i objęte są jej ofertą rabatową.

IV.

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 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.

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

- Strona nie była uprzednio karana za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f.,
- naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1.01.2012 r. przepisów, ale – tylko z przyczyn formalnych uchyloną decyzją znak [...] z dnia [...] r. - PWIF już raz nakazał Stronie zaprzestać prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, co Strona zbagatelizowała,
- reklama apteki i jej działalności trwa już przez okres prawie 2 lat (23 miesiące),
- dwukrotnie informował PWIF 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 komunikat na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.rzeszow.wif.gov.pl,
- Strona nie udzieliła odpowiedzi na pytania zawarte w piśmie PWIF z dnia 11 lipca 2012 r., doręczonym Stronie w dniu 17 lipca 2012 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 rozprowadza 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 ignorowała wezwania Organu o przedłożenie oryginałów lub uwierzytelnionych odpisów dokumentów albo alternatywnych oświadczeń uprawnionych przedstawicieli pod rygorem odpowiedzialności karnej za podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy, a zatem utrudniała zebranie dowodów służących interesowi prawnemu Strony;

nałożona w wysokości 10.000 zł kara pieniężna, wynosząca tylko 20% maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy apteki i jej 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.

V.

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 nie znalazł podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. Prowadzone postępowanie nie stało się bezprzedmiotowe.

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.

Otrzymuje:

- 1) Adresat na adres do korespondencji:
[...], ul. [...] – za potwierdzeniem odbioru
- 2) a/a