

**PODKARPACKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

35-205 Rzeszów, ul. Warszawska 12a
tel. 17 86 20 545, fax 17 86 20 406
www.rzeszow.wif.gov.pl

Rzeszów, dnia 10 lutego 2014 r.

FARZ-DA.8523.48.2013

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 B.B. (nr NIP [...]) i U.S. (nr NIP [...]), wspólników spółki cywilnej [...] w [...], mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy apteki w [...], ul. [...], w związku z kontrolą planową przeprowadzoną przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie, podczas której stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f.,

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez B.B. i U.S., wspólników spółki cywilnej [...] w [...], reklamy apteki w [...], ul. [...], oraz 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 [...] oraz na wykorzystaniu kart rabatowych programu [...], organizowanego przez [...] Sp. z o.o. w [...];
- 2) nakłada na B.B. i U.S., wspólników spółki cywilnej [...] w [...], solidarnie, karę pieniężną w kwocie 2 000 zł (słownie: dwa tysiące 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

A.

Stan faktyczny w sprawie prowadzenia przez B.B. i U.S., wspólników spółki cywilnej [...] w [...] (dalej zwane łącznie „**Stroną**”), prowadzące aptekę w [...], ul. [...] (dalej zwana: „**Apteką**”), reklamy tej apteki oraz jej działalności, 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, podczas której stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art.

94a P.f.

Zawiadomieniem z dnia 9 października 2013 r., doręczonym Stronie w dniu 16 października 2013 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.

Organ stwierdził, że w punkcie XVI protokołu kontroli [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu uprawnieni inspektorzy farmaceutyczni ujawnili, co następuje:

„W dniu kontroli nie stwierdzono prowadzenia przez aptekę działalności reklamowej w postaci wydawania gazetek promocyjnych lub wizualizacji promocji w aptece. Apteka uczestniczy w programie [...]; w załączeniu do protokołu oświadczenie właścicieli apteki dotyczące uczestnictwa w programie [...]. Udział apteki w programie będzie przedmiotem odrębnego postępowania”.

Organ podniósł, że w oświadczeniu z dnia 26 września 2013 r. wspólnicy oświadczyli, co następuje:

„W podpisanej umowie o współpracy z [...] apteka zobowiązana jest do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji i dokumentów. Naruszenie tych postanowień wiąże się z wysoką karą pieniężną. W naszej aptece nie funkcjonuje żaden program, który można by uznać, w świetle obowiązującego prawa za niezgodny z zakazem reklamy aptek. W umowie o współpracy [...] zapewnia, że wszelkie działania wynikające z umowy będą funkcjonowały zgodnie z przepisami prawa. Gdyby zmieniło się prawo, [...] niezwłocznie zmodyfikuje umowę lub jej elementy składowe tak aby nie naruszały one prawa. W związku z tym dnia [...] r. otrzymaliśmy decyzję o zawieszeniu programu [...], do której dostosowaliśmy się. W ramach podpisanej umowy z [...] realizujemy: karty [...], karty [...]”.

Do oświadczenia Strona dołączyła kopię opinii prawnej radcy prawnego J.L., sporządzonej w dniu 21 grudnia 2011 r. dla [...] S.A. w [...].

Zakresem opinii nie jest objęta kwestia skutków zawieszenia programu [...] S.A.

W zawiadomieniu z dnia 9 października 2013 r. organ przypomniał Stronie, że zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 P.f., całkowicie zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności; nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Organ zauważył, że ukształtowane jest już jednolicie obfite orzecznictwo w sprawach prowadzenia reklamy mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych 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 – np. 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.

W związku z powyższym, PWIF wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie Apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone i że nie jest prowadzona zabroniona reklama Apteki lub jej działalności w jakiegokolwiek formie, w tym także przy pomocy przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie.

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

B.

Postanowieniem z dnia 9 października 2013 r. PWIF, na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 75 § 1 oraz art. 78 § 1 K.p.a., włączył do akt sprawy postępowania administracyjnego, które zostało wszczęte z urzędu w sprawie prowadzenia przez aptekę

w [...], ul. [...], mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy tej apteki, następujący materiał dowodowy:

Protokół [...] z dnia [...] r. i załączniki nr 8 do protokołu:

- 1) oświadczenie współników spółki cywilnej;
- 2) kopia opinii prawnej radcy prawnego J.L., sporządzonej w dniu 21 grudnia 2011 r. dla [...] S.A. w [...], ul. [...].

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 przysługiwało zażalenie.

Postanowienie doręczono Stronie (w dniu 11 października 2013 r. B.B. i w dniu 14 października 2013 r. U.S.).

C.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, Strona w piśmie z dnia 17 października 2013 r. wyjaśniła, że nie prowadzi w Aptece działań zabronionych przez przepisy prawa. Przyznała, że pisząc o „uczestnictwie w programie [...]” miała na myśli współpracę ze spółką [...] S.A. w programie [...], w którym uczestnictwo zakończono w dniu 7 kwietnia 2013 r. w związku z zawieszeniem działania tego programu i od tego dnia nie realizuje programu [...].

Strona w piśmie z dnia 17 października 2013 r. przyznała, że uczestniczyła także w programie [...], ale uczestnictwo w tym programie zakończyło się w dniu 16 października 2013 r. (to znaczy w dniu poprzedzającym dzień złożenia wyjaśnień Organowi w niniejszej sprawie).

Strona skupiła się głównie nad wyjaśnieniem, że tzw. karty [...] działają w ramach usługi ubezpieczeniowej świadczonej przez [...] S.A. na podstawie umowy ubezpieczenia zawartej przez ten zakład z osobami ubezpieczającymi się, za które [...] pobiera składki ubezpieczeniowe. W przypadku ziszczenia się zdarzenia w postaci choroby – co dokumentowane jest receptą wystawioną przez lekarza – zakład ubezpieczeń pokrywa określoną w umowie ubezpieczeniowej część szkody (odpłatności za leki). Pacjent nabywając w aptece leki pokrywa swoją część należnej aptece odpłatności, a część odpłatności apteka otrzymuje od zakładu ubezpieczeń. Nie ma więc sytuacji, że wydanie leków następuje „bezpłatnie” lub „z rabatem”.

Z tego względu Strona wniosła o umorzenie toczącego się postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Do pisma z dnia 17 października 2013 r., stanowiącego odpowiedź na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, Strona załączyła (za zgodą PWIF uwierzytelnioną przez U.S.) kopię „Rezygnacji z uczestnictwa w «programie [...]»” z dniem 16 października 2013 r.

D.

Pismem z dnia 18 listopada 2013 r., doręczonym Stronie (w dniu 21 listopada 2013 r. B.B. i w dniu 20 listopada 2013 r. U.S.), PWIF, mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., zobowiązujące organ do należytego i wyczerpującego informowania Strony o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie jej praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego, aby Strona nie poniosła szkody z powodu nieznamości prawa i w tym celu do udzielania jej niezbędnych wyjaśnień i wskazówek, a ponadto celem zapewnienia Stronie czynnego udziału w każdym stadium postępowania, poinformował Stronę o treści art. 75 § 1, art. 76a § 2 i 3 oraz art. 77 § 1 i 4 K.p.a.

Wskazano Stronie tezę postanowienia 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):

„Istotą odpisu jest odwzorowanie w dowolnej technice pełnej treści składanego pisma. Bez względu na to, czy jest to dalszy egzemplarz pisma zgodny także pod względem układu treści z oryginałem (tj. jego odbitka maszynowa lub kserograficzna, kolejny wydruk

dokumentu przygotowanego na komputerze itp.), czy też osobno sporządzony dokument, zawsze niezbędne pozostaje poświadczenie zgodności tak przygotowanego odpisu ze składanym oryginałem pisma”.

Zacytowano Stronie także wyrok NSA z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1508/09 (LEX nr 746596), zgodnie z którym: „Uwierzytelnieniem jest umieszczenie na odpisie lub kserokopii dokumentu oświadczenia zaopatrzonego podpisem, zawierającego stwierdzenie jego zgodności z oryginałem”.

PWIF poinformował Stronę, że kopie dokumentu są uznawane za dowód wyłącznie wtedy, gdy są one uwierzytelnione, oraz że orzecznictwo sądowe i doktryna prawa administracyjnego jednoznacznie więc zakładają, że status dokumentów mają jedynie oryginały i to one stanowią właściwy i jedynie skuteczny środek dowodowy (uchwała SN z dnia 29 marca 1994 r., III CZP 37/94, OSNC 1994, nr 11, poz. 206). Podobne stanowisko zajął NSA w wyroku z dnia 21 września 1999 r. (III SA 7375/98, LEX nr 40052) oraz WSA w Białymstoku (wyrok z dnia 23 czerwca 2005 r., II SAB/Bk 32/05, LEX nr 173673).

Tym samym „niepoświadczone urzędowo kserokopie dokumentów nie mogą stanowić dowodu na to, co jest w nich zapisane” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2011 r., II SA/Wa 425/11, LEX nr 1153601).

Ponieważ zaś Strona do pisma z dnia 17 października 2013 r. załączyła kopię „Rezygnacji z uczestnictwa w «programie [...]»”, PWIF pouczył Stronę, że ten załącznik jest wypełnionym przez Stronę, przygotowanym przez [...] S.A. w [...], ul. [...], organizatora «Programu [...]», formularzem, na którym należało tylko zaznaczyć prośbę o „wyłączenie uczestnictwa w «programie [...]»” przedmiotowej Apteki.

Jednakże, jak wynika ze stopki formularza, dokument stanowił dopiero prośbę Strony o przekazanie podpisanej rezygnacji z «programu [...]» do [...] S.A. w [...] (faksem lub w formie elektronicznego skanu, natomiast z nieznanых przyczyn formularz ten został już wcześniej podpisany nieczytelnie, z użyciem pieczęci nagłówkowej (firmowej), przez rzekomego przedstawiciela [...] S.A. w [...].

Zdaniem PWIF, wskazuje to na fakt, że wcześniej, przed wypełnieniem przez Stronę jego treści, formularz został podpisany „in blanco” przez rzekomego przedstawiciela [...] S.A. w [...] z „datą wyłączenia z uczestnictwa w dniu 16 października 2013 r.”.

Należało zatem – i tego żądał Organ - wyjaśnić, do kogo adresowane było oświadczenie Strony, tzn. kto miał przekazać i komu wypełniony formularz, skoro rzekomo [...] S.A. w [...] już określił „datę wyłączenia z uczestnictwa”.

Należało także wyjaśnić, komu doręczono oświadczenie Strony, a także przedstawić organowi nadzoru farmaceutycznego dowód doręczenia tego oświadczenia rzeczywistemu adresatowi. W przeciwnym razie – zdaniem PWIF - trzeba będzie uznać, że oświadczenie o rezygnacji z uczestnictwa w programie zostało przygotowane wyłącznie dla celów toczącego się niniejszego postępowania, gdyż jest nieskuteczne i nie wywiera żadnych skutków prawnych.

PWIF poinformował Stronę, co następuje: „Z teoretycznego punktu widzenia możliwe są różne sposoby wyznaczenia chwili, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli składanego innej osobie. Sformułowano w tej kwestii różne teorie, w szczególności:

- 1) teorię oświadczenia, która za rozstrzygający przyjmuje moment przejawienia woli;
- 2) teorię wysłania, zgodnie z którą złożenie oświadczenia woli następuje z chwilą wysłania (nadania) go do adresata;
- 3) teorię doręczenia, według której oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy dotarło do adresata (zostało mu doręczone);
- 4) teorię zapoznania się, która za rozstrzygający przyjmuje moment zapoznania się adresata z doręczonym mu oświadczeniem woli” (A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. t. I. Część ogólna, LEX, 2009).

Z treści przepisu art. 61 Kodeksu cywilnego wynika zatem - wg Organu -

jednoznacznie, że ustawodawca opowiedział się za «teorią doręczenia», przyjmując że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Formularz „Rezygnacji” z uczestnictwa w programie obsługiwanym na mocy umowy z [...] S.A.” w [...] lub [...] S.A. w [...] (Strona oświadczyła, że umowa zawarta jest z tą drugą spółką) nie jest wypowiedzeniem umowy ani jej choćby częściową modyfikacją (aneksem), ponieważ nie ma charakteru definitywnego i nie jest jednostronnym oświadczeniem woli Strony, ani porozumieniem z [...] S.A. lub [...] S.A., lecz wymaga dopiero zgody drugiej strony umowy. Tymczasem podpisy Strony na formularzu nie dowodzą niczego, a nieczytelny podpis pod pieczęcią nagłówkową („firmową”) nieznaney osoby nie świadczy o doręczeniu lub przyjęciu jakiegokolwiek oświadczenia woli Strony przez [...] S.A. Jest prawnie bezskuteczny.

Dalej, w piśmie Organu z dnia 18 listopada 2013 r. stwierdzono, że 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.

Tymczasem w oświadczeniu Strony, stanowiącym załącznik nr 8 do protokołu kontroli [...] z dnia [...] r., Strona stwierdziła: „W podpisanej umowie o współpracy z [...] apteka zobowiązana jest do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji i dokumentów. Naruszenie tych postanowień wiąże się z wysoką karą pieniężną”.

Zdaniem PWIF, taki przepis umowy stoi w sprzeczności z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., który stanowi, że 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.

„Zachowanie w tajemnicy wszelkich informacji i dokumentów” nie jest zatem możliwe, jeżeli informacji żąda organ nadzoru farmaceutycznego jako uprawniony organ państwa, wyposażony w prawo do ukarania za naruszenie przepisów prawa.

Druga strona umowy ze Stroną z pewnością dobrowolnie albo z mocy umowy (zapewne o to zadbała) nie zrekompensuje Stronie ewentualnej straty.

PWIF przypomniał Stronie, że w oświadczeniu z dnia 26 września 2013 r. poinformowała ona: „W umowie o współpracy [...] zapewnia, że wszelkie działania wynikające z umowy będą funkcjonowały zgodnie z przepisami prawa. Gdyby zmieniło się prawo, [...] niezwłocznie zmodyfikuje umowę lub jej elementy składowe tak aby nie naruszały one prawa. W związku z tym dnia 18.03.2013 r. otrzymałyśmy decyzję o zawieszeniu programu [...], do której dostosowałyśmy się. W ramach podpisanej umowy z [...] realizujemy karty ...”.

Należało zatem zauważyć, że ani [...] S.A. w [...] ani [...] Sp. z o.o. w [...] nie są zagrożone karą, o której mowa w art. 129b ust. 1 i 2 P.f.

Prawo zmieniło się z dniem 1 stycznia 2012 r., ale [...] S.A. w [...] ani [...] Sp. z o.o. w [...] nie „zmodyfikowały niezwłocznie umowy ani jej elementów składowych tak aby nie naruszały one prawa”, a rzekome „zawieszenie” programu [...] (czy dodatkowych programów sprzedażowych, jak «program [...]») nie jest jego całkowitym zaniechaniem.

Nie można – zdaniem PWIF - uznać fikcyjnego „zawieszenia” programu lojalnościowego w sytuacji gdy on nadal w pełni funkcjonuje, a sprzedaż rabatowa nadal jest w Aptece prowadzona.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2013 r. [...] S.A. w [...] jako organizator programów lojalnościowych przesłał do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (do wiadomości wszystkich wojewódzkich inspektoratów farmaceutycznych) informację o rzekomym „zaprzestaniu” ich prowadzenia. Tymczasem, jak wynika z dalszej treści pisma[...] S.A.,

przedsiębiorca ten wcale nie zamierza zaprzestać prowadzenia programów lojalnościowych, a jedynie je „zawiesza” (pisze w innym miejscu, że: „wstrzymuje”) do czasu rozstrzygnięcia Naczelnego Sądu Administracyjnego – zapewne z powodu niepowodzeń w toku postępowań administracyjnych i przegranych spraw skargowych w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Warszawie.

Ponadto [...] S.A. wcale nie ukrywa swych prób obejścia prawa i informuje w swym piśmie z dnia 3 kwietnia 2013 r. wprost, że nie zaniechał działań lobbingowych zmierzających do zmian ustawowych.

Jak zauważono w piśmie Organu z dnia 18 listopada 2013 r., uczestnictwo w programie [...] polega na korzystaniu przez Aptekę prowadzoną przez Stronę - współników będących podmiotami współpracującymi 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.

Zdaniem PWIF, program [...] prowadzony jest w Aptece i poprzez Internet. W Aptece klient otrzymuje od farmaceuty kartę programu i jest o nim informowany. Wydawanie kart i broszur jest bezpośrednio zlecane przez organizatora programu – [...] S.A. w [...] albo [...] Sp. z o.o. w [...].

W oświadczeniu Strony, stanowiącym załącznik nr 8 do protokołu kontroli [...] z dnia [...] r., Strona napisała o podpisanej umowie o współpracy z [...] S.A. w [...], a nie z [...] Sp. z o.o. w [...].

W związku z powyższym, w piśmie Organu z dnia 18 listopada 2013 r., Strona została wezwana do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma, informacji:

- 1) czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowany program umożliwiający pacjentom posiadającym kartę [...] naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 2) czy pracownicy Apteki rozprawdzają karty [...];
- 3) który z podmiotów uczestniczących w programie lojalnościowym finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Ponadto należało złożyć dowody wykazujące zaprzestanie udziału Apteki w programie lojalnościowym, a w szczególności uwierzytelnionych przez Stronę:

- 1) dowodów usunięcia tekstu „Regulaminu Programu [...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone;
- 2) dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tym programie;
- 3) dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie;
- 4) dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

Równocześnie PWIF poprosił Stronę o rozważenie złożenia przez współników Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów określonych wyżej w pkt 1-4 (w przypadku trudności z ich przedstawieniem), po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania:

„Uprowadzona/e 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/y, co następuje: ... (tu treść oświadczenia)”.

Zgodnie bowiem z treścią art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a., jeżeli przepis prawa nie wymaga urzędowego potwierdzenia określonych faktów lub stanu prawnego w drodze zaświadczenia właściwego organu administracji, organ administracji publicznej odbiera od strony, na jej wniosek, oświadczenie złożone pod rygorem odpowiedzialności za fałszywe

zeznania; przed odebraniem oświadczenia organ administracji publicznej uprzedza stronę o odpowiedzialności za fałszywe zeznania.

Oświadczenie stron postępowania jest środkiem dowodowym, który podlega ocenie przez organ administracji publicznej na zasadach i w trybie przewidzianych w przepisach K.p.a., nie jest szczególnym środkiem dowodowym, a okoliczność faktyczna stwierdzona w oświadczeniu może być przedmiotem innych dowodów, jeżeli prawdziwość oświadczenia budzi wątpliwości, przy czym organ może jednak poprzestać tylko na odebraniu od strony oświadczenia, jeżeli to oświadczenie nie budzi w ocenie organu wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

E.

W odpowiedzi na wezwanie Organu z dnia 18 listopada 2013 r., Strona złożyła w dniu 2 grudnia 2013 r. pismo z dnia 27 listopada 2013 r., stanowiące dokładne odwzorowanie identycznych pism otrzymywanych przez Organ od innych podmiotów współpracujących w programach lojalnościowych z [...] S.A. w [...] i [...] Sp. z o.o. w [...], o treści zbyt luźno związanej z żądaniami PWIF.

Do pisma załączono poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem pismo Strony o rezygnacji z dniem 16 października 2013 r. z uczestnictwa w programie [...].

W tych okolicznościach PWIF pismem z dnia 10 grudnia 2013 r., doręczonym Stronie (w dniu 12 grudnia 2013 r. B.B. i w dniu 13 grudnia 2013 r. U.S.), przypomniał Stronie, że w piśmie moim z dnia 18 listopada 2013 r. zaproponował rozważenie złożenia przez współników Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów (w przypadku trudności z ich przedstawieniem).

Do tej propozycji Strona nie odniosła się, w związku z czym PWIF ponowił żądanie złożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, jednego wspólnego lub dwóch odrębnych oświadczeń, odpowiadających treści zawartej w piśmie Strony z dnia 27 listopada 2013 r., wg poniższego wzoru:

„Uprzedzona/e 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/y, co następuje:

- 1) W ramach programu [...] nie są naliczane punkty za zakupione w aptece produkty, nie są także udzielane upusty i rabaty. Sprzedawane są produkty po obniżonej cenie. W konsekwencji systemu komputerowe w aptece nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę [...] naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów.
- 2) Pracownicy apteki nie rozprawdzają kart [...].
- 3) Wydawanie kart i broszur dotyczących programu lojalnościowego finansuje Organizator programu [...]. Produkty wydaje po obniżonych cenach apteka. Natomiast różnicę między ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta pokrywa apteka”.

Pod oświadczeniem należało złożyć podpis czytelny albo odcisnąć pieczęć imienną i wtedy podpisać dokument nieczytelnie.

Organ ponownie przytoczył Stronie treść art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a., pouczając, że Organ może poprzestać na odebraniu od strony oświadczenia o powyższej treści i w konsekwencji umorzyć postępowanie w zakresie nakazu zaprzestania działalności reklamowej apteki z rygorem natychmiastowej wykonalności. Natomiast w przypadku odmowy złożenia powyższego oświadczenia, PWIF będzie zmuszony uznać dotychczasowe twierdzenia Strony za nieprawdziwe i rozstrzygnąć sprawę co do istoty zgodnie z ustalonym stanem faktycznym i prawnym, na podstawie zebranych dowodów lub ich braku mimo interesu prawnego Strony wyjaśnienia sprawy bez żadnych wątpliwości.

Odnosząc się natomiast do oceny Strony zawartej w piśmie z dnia 27 listopada 2013 r. jako nietrafnego kwestionowania przez organ nadzoru farmaceutycznego domniemanego „zawieszenia” lub „wstrzymania” programu w kontekście rzekomych – znanych tylko Stronie, ale nieznanymi Organowi – faktów, należało zauważyć, że Strona uczyniła wiele, by obejść wezwania i nie złożyć Organowi oryginalnych dokumentów lub innych rzetelnych dowodów, iż rzekome „zawieszenie” lub „wstrzymanie” programu lojalnościowego jest faktem udokumentowanym.

Strona pismem z dnia 19 grudnia 2013 r., otrzymanym przez PWIF w dniu 23 grudnia 2013 r., złożyła żądane oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy.

F.

W tej sytuacji PWIF zawiadomił Stronę pismem z dnia 8 stycznia 2014 r., doręczonym Stronie (w dniu 10 stycznia 2014 r. B.B. i w dniu 13 stycznia 2014 r. U.S.), że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez B.B. i U.S., wspólników spółki cywilnej [...] w [...], mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy apteki w [...], ul. [...], w związku z wynikami kontroli planowej przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie, podczas której stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f.

Poinformowano Stronę, 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, a akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Rzeszowie, ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu. Pouczono Stronę o treści art. 41 i art. 73 K.p.a.

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 prowadziła sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych programu [...] w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ale w dacie wydania decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie [...].

II.

Strona prowadzi Aptekę na podstawie koncesji wydanej przez Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w [...] z dnia [...] r., znak [...], zmienionej Decyzją 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 programu [...] wydawanych przez [...] S.A. w [...], jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f.

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. uczestniczyła w programie [...] i w prowadzonym w jego ramach 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 Aptecce przed zakupem produktów.

Organ ustalił, że apteka bierze udział w programie [...] na podstawie „Umowy o współpracy” z [...] S. A. w [...] – „umowy [...]”, 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 [...]. 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 środków farmaceutycznych, materiałów medycznych, aptek i Inspekcji Farmaceutycznej, odpowiednimi przepisami dotyczącymi prowadzenia działalności gospodarczej oraz innymi zawartymi w obowiązujących przepisach.

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 orzecnictwie 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 z późn. zm.).

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 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 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 (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 [...], [...], programu [...]); z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12 (dot. programu [...], [...]); 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 pożądany 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. Rabiega-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 aptece 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 aptecę, 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;
- reklama apteki i jej działalności trwała już przez okres prawie 2 lat (22 miesiące);
- Strona dopiero w piśmie z dnia 17 października 2013 r. przyznała, że uczestniczyła także w programie [...], ale uczestnictwo w tym programie zakończyło się w dniu 16 października 2013 r. (to znaczy w dniu poprzedzającym dzień złożenia wyjaśnień Organowi w niniejszej sprawie);
- Strona w piśmie z dnia 17 października 2013 r. przyznała, że miała zawartą umowę o współpracy ze spółką [...] S.A. w programie [...], w którym uczestnictwo zakończono w dniu 7 kwietnia 2013 r. w związku z zawieszeniem działania tego programu i od tego dnia nie realizuje programu [...];
- 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.

nałożona w wysokości 2 000 zł kara pieniężna, wynosząca tylko 4% 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.

Przepis art. 105 § 1 K.p.a. stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

„Użycie przez ustawodawcę w cytowanym art. 105 § 1 k.p.a. terminu "wydaje" oznacza, iż wydanie decyzji o umorzeniu postępowania jest - w przypadku bezprzedmiotowości postępowania – obligatoryjne” (wyrok NSA z dnia 20 lipca 2011 r. I OSK 640/11, LEX nr 1082792).

„Postępowanie staje się bezprzedmiotowe także wtedy, gdy co prawda przyczyna bezprzedmiotowości istniała już w chwili jego wszczęcia, ale ujawniła się, bądź też organ administracji uświadomił sobie jej istnienie, dopiero w toku tego postępowania. W tym przypadku należy odstąpić od literalnego rozumienia zwrotu "stało się" i rozumieć przepis, w którym jest on zawarty, z uwzględnieniem jego funkcji, która polega na tym, aby organy administracji nie prowadziły postępowań zbędnych lub niedopuszczalnych i to niezależnie od tego kiedy powstały przyczyny tej zbędności lub niedopuszczalności” (wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2011 r. II OSK 151/10, LEX nr 1152034).

W niniejszej sprawie argumenty za umorzeniem postępowania są następujące:

„Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi art. 105 § 1 k.p.a. oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Oznacza to, iż wszystkie elementy badanego stanu prawnego i faktycznego są tego rodzaju, że niepotrzebne jest postępowanie mające na celu wyjaśnienie wszystkich tych okoliczności w sprawie. Należy przy tym brać pod uwagę okoliczności podnoszone zarówno przez stronę, jak i przez organ z urzędu” (wyrok WSA w Lublinie z dnia 11 września 2012 r. II SA/Lu 637/12, LEX nr 1258253).

„W zależności od przyczyny bezprzedmiotowości, postępowanie może być bezprzedmiotowe w danej sprawie, w innym zaś przypadku postępowanie jest bezprzedmiotowe jedynie przed tym organem jako organem niewłaściwym” (wyrok NSA z dnia 7 września 2012 r. II OSK 875/11, LEX nr 1218395).

„Istota bezprzedmiotowości postępowania polega na tym, że nastąpiło takie zdarzenie

prawne lub faktyczne, które spowodowało, że przestała istnieć ta szczególna relacja między faktem (sytuacją faktyczną danego podmiotu) a prawem (sytuacją prawną danego podmiotu), z którą prawo łączy obowiązek konkretyzacji normy w postaci wydania decyzji administracyjnej” (wyrok NSA z dnia 10 maja 2012 r. II GSK 467/11, LEX nr 1219036).

„Decyzja o umorzeniu postępowania nie rozstrzyga o materialnoprawnych uprawnieniach i obowiązkach strony. Wywiera ona inny skutek: przyjmuje, że nie ma przesłanek do merytorycznego orzekania co do istoty sprawy. Skutki tej decyzji mają charakter procesowy. Nie kształtuje się stosunek materialnoprawny” (wyrok NSA z dnia 12 września 2012 r. II GSK 1096/12, LEX nr 1218383).

Oznacza to, że „decyzja o umorzeniu postępowania jest decyzją o znaczeniu czysto procesowym, formalnym i kończy sprawę w danej instancji w "inny sposób" niż poprzez jej rozstrzygnięcie co do istoty w całości lub części” (wyrok WSA w Krakowie z dnia 15 października 2012 r. II SA/Kr 661/12, LEX nr 1231920).

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że przesłanka bezprzedmiotowości występuje, gdy brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy.

„Bezprzedmiotowość postępowania oznacza brak któregoś z elementów stosunku materialnoprawnego skutkującego tym, że nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jej merytorycznego rozstrzygnięcia” (wyrok WSA w Gliwicach z 27.01.2011 r. IV SA/Gl 476/10, Wspólnota 2011/8/30; wyrok WSA w Kielcach z 6.04.2011 r. II SA/Ke 776/10, LEX nr 1100482; wyrok WSA w Szczecinie z 13.04.2011 r. II SA/Sz 179/11, LEX nr 1127677; wyrok WSA w Łodzi z 20.05. 2011 r. II SA/Łd 1064/10, LEX nr 994133; wyrok WSA w Warszawie z 25.05.2011 r. VII SA/Wa 714/11, LEX nr 897751; wyrok WSA w Warszawie z 11.10.2011 r. IV SA/Wa 1949/10, LEX nr 1155070; wyrok WSA w Warszawie z 1.12.2011 r. VIII SA/Wa 588/11, LEX nr 1156052; wyrok WSA we Wrocławiu z 11.01.2012 r. II SA/Wr 639/11, LEX nr 1121591; wyrok WSA w Warszawie z 17.02.2012 r. I SA/Wa 1570/11, LEX nr 1137290; wyrok WSA w Warszawie z 18.10.2012 r. II SA/Wa 442/12, LEX nr 1241588; także wyrok NSA z 29.03.2011 r. I OSK 791/10, LEX nr 1079828; postanowienie NSA z 7.06.2011 r. I OSK 1458/10, LEX nr 1082653; wyrok NSA z 24.01.2012 r. II OSK 2104/10, LEX nr 1138074).

„W rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a. sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej (w formie decyzji administracyjnej) ingerencji organu administracji, co oznacza, że jakiegokolwiek rozstrzygnięcie organu - pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne” (wyrok WSA w Poznaniu z 6.07. 2011 r. IV SA/Po 433/11, LEX nr 1154852).

„Bezprzedmiotowość postępowania jest konsekwencją bezprzedmiotowości sprawy administracyjnej, której to postępowanie dotyczyło. Zachodzi ona w sytuacjach, gdy w świetle prawa materialnego i ustalonego stanu faktycznego brak jest sprawy administracyjnej mogącej być przedmiotem postępowania. Z kolei sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej, w formie decyzji administracyjnej, ingerencji organu administracyjnego. Wówczas też jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy też negatywne staje się prawnie niedopuszczalne” (wyrok WSA w Opolu z 8.11.2011 r. II SA/Op 226/11, LEX nr 1132350).

„Rozwiązanie procesowe polegające na umorzeniu na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. postępowania jako bezprzedmiotowego, w rezultacie prowadzi do takich samych skutków prawnych dla strony, jak w przypadku odmowy wszczęcia postępowania na podstawie art. 61a § 1 k.p.a., bowiem w obu przypadkach wniosek strony nie może być załatwiony merytorycznie. W obu przypadkach rozstrzygnięcie ma charakter formalny, a powodem jest bezprzedmiotowość postępowania. Inny jest jedynie moment, w którym ta bezprzedmiotowość występuje” (wyrok WSA w Gdańsku z 28.11.2012 r. II SA/Gd 337/12, LEX nr 1248756).

„Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi art. 105 § 1 k.p.a. zachodzi, gdy brak jest jednego z elementów stosunku materialnoprawnego, wobec czego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Może mieć ona charakter podmiotowy lub przedmiotowy. Pierwszy z przypadków zachodzi wtedy, gdy z żądaniem występuje podmiot, któremu nie służy przymiot strony w postępowaniu, drugi - gdy sprawa nie ma charakteru administracyjnego, albo gdy nastąpiło przedawnienie żądania lub gdy brak jest przedmiotu żądania. Umorzenie postępowania w przypadku bezprzedmiotowości jest obligatoryjne zaś decyzja o umorzeniu postępowania nie rozstrzyga o materialnoprawnych uprawnieniach i obowiązkach stron i jest równoznaczna z brakiem przesłanek do merytorycznego orzekania co do istoty sprawy” (wyrok WSA w Szczecinie z 13.03.2013 r. II SA/Sz 356/12, LEX nr 1303045).

Bezprzedmiotowości postępowania nie należy mylić z bezzasadnością żądania, która wymaga merytorycznego orzeczenia co do istoty sprawy w formie odmownej decyzji.

„Brak przesłanki uwzględnienia żądania zgłoszonego przez stronę nie czyni prowadzonego postępowania administracyjnego bezprzedmiotowym w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a., lecz oznacza bezzasadność żądania strony” (wyrok NSA z dnia 11 września 2012 r. II OSK 224/11, LEX nr 1251923).

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadziła sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w programie [...] oraz wykorzystanie kart rabatowych programu [...] w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ale w dacie wydania decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie [...].

PWIF pismem z dnia 10 grudnia 2013 r., doręczonym Stronie (w dniu 12 grudnia 2013 r. B.B. i w dniu 13 grudnia 2013 r. U.S.), przypomniał Stronie, że w piśmie moim z dnia 18 listopada 2013 r. zaproponował rozważenie złożenia przez współników Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów (w przypadku trudności z ich przedstawieniem).

Strona pismem z dnia 19 grudnia 2013 r., otrzymanym przez PWIF w dniu 23 grudnia 2013 r., złożyła żądane oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy.

W związku z powyższym, dalsze prowadzenie postępowania stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie z urzędu na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Biorąc powyższe pod uwagę, PWIF postanowił 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) B.B., [...], ul. [...] - za potwierdzeniem odbioru;
- 2) U.S., [...], ul. [...] - za potwierdzeniem odbioru;
- 3) aa.