

R., dnia 15 października 2015 r.

FARZ-DA.8523.12.2015

## **DECYZJA**

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267, z późn. zm.), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez P. (...) Sp. z o.o. w P. NIP (...), niedozwolonej reklamy apteki P. w P., ul. (...), i jej działalności, w związku z wynikiem kontroli planowej przeprowadzonej przez upoważnionego inspektora farmaceutycznego Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w dniu (...) 2015 r., zakończonej protokołem znak (...) z dnia (...) 2015 r., podczas której stwierdzono nieprawidłowości dotyczące naruszenia art. 94a P.f.,

### **PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

- 1) umarza postępowanie administracyjne w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia przez P. (...) Sp. z o.o. w P., NIP (...), niedozwolonej reklamy apteki P. /poprzednia nazwa: „T. (...)”/ w P., ul. (...), i jej działalności;
- 2) nakłada na P. (...) Sp. z o.o. w P. karę pieniężną w kwocie (...) zł (słownie: (...)), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w (...) O/Okr. R. nr (...) w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

### **Uzasadnienie**

#### Uzasadnienie faktyczne

P. (...) Sp. z o.o. w P. (zwana dalej „**Stroną**”) posiada zezwolenie Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w R. znak (...) z dnia (...) 2013 r. na prowadzenie apteki ogólnodostępnej „T. (...)” (zwanej dalej „**Apteką**”), zmienione decyzją nr (...) znak (...) z dnia (...) 2015 r. w zakresie zmiany nazwy Apteki na APTEKA „P.”.

W toku kontroli planowej w Aptece przeprowadzonej przez upoważnionego inspektora farmaceutycznego Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu (...) 2015 r., zakończonej protokołem znak (...) z dnia (...) 2015 r., stwierdzono, że na stronie internetowej Apteki przeznaczonej do sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych prowadzona jest niedozwolona reklama Apteki i jej działalności – co miało być przekazane do odrębnego postępowania administracyjnego.

Apteka prowadzi sprzedaż wysyłkową produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza, a informacja o prowadzeniu sprzedaży wysyłkowej przez Aptekę jest umieszczona w Krajowym Rejestrze Zezwoleń Na Prowadzenie Aptek Ogólnodostępnych,

Punktów Aptecznych oraz Rejestrze Udzielonych Zgód Na Prowadzenie Aptek Szpitalnych i Zakładowych.

W ramach sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza, Apteka prowadzi stronę internetową (...) która umożliwia złożenie zamówienia za pomocą umieszczonego na niej formularza.

Pismem z dnia (...) 2015 r. P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny (zwany dalej „PWIF” lub „Organem”) zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

PWIF poinformował Stronę, że z dniem 1 stycznia 2012 r. nastąpiła zmiana treści art. 94a ust. 1 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.”, przepisem 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 2015 r. poz. 345) dalej zwanej „u.r.l.”, na następującą, dzisiaj obowiązującą:

„Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”.

Natomiast w art. 49 ust. 3 u.r.l. postanowiono:

„Zakazane jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych podlegających refundacji ze środków publicznych, w szczególności kierowanych do świadczeniobiorców, przedsiębiorców oraz ich pracowników lub osób uprawnionych, w tym 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”.

Z kolei dzisiejsze brzmienie art. 52 ust. 1 P.f., ukształtowane w wersji obowiązującej od dnia 1 maja 2011 r. (zob. art. 11 pkt 47 ustawy z dnia 18 marca 2011 r. o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz. U. Nr 82, poz. 451 z późn. zm.), przedstawia się następująco:

„Reklamą produktu leczniczego jest działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych”.

Jakie czynności ona obejmuje w szczególności, określono w art. 52 ust. 2 P.f., rygory związane z zakazem zawarte zostały w przepisach art. 53-64 P.f., a warunki i formy reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości, do osób uprawnionych do wystawiania recept i osób prowadzących obrót produktami leczniczymi; niezbędne dane, jakie reklama ma zawierać; sposób przekazywania reklamy; dokumentację będącą podstawą do wprowadzenia na terytorium R.P. próbek produktów leczniczych przeznaczonych do dostarczania w ramach reklamy - opisano w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych (Dz. U. Nr 210, poz. 1327).

Wyraźnie ustalono również wyłączenia spod zakazu reklamy produktów leczniczych w art. 52 ust. 3 P.f.

Na gruncie aktualnego stanu prawnego, przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 P.f., za reklamę działalności apteki 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 określonej 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.

W związku z powyższym PWIF wezwał Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień i dowodów świadczących o tym, że w Aptece jest prowadzona działalność zgodna z przepisami prawa.

Ponadto Organ poinformował o przepisach art. 10 § 1, art. 33, art. 35 § 3 i 5, art. 40 § 5, art. 41 i art. 73 K.p.a.

Strona została pouczona, że akta sprawy były dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. (...), w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po uprzednim telefonicznym lub osobistym uzgodnieniu terminu, oraz że Strona ma możliwość złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie oraz wyjaśnień na piśmie.

W dniu (...) 2015 r. do Organu wpłynęło pismo kierownika Apteki P. G. z dnia (...) 2015 r., w którym stwierdził, że wzorowano się na stronach internetowych C. (...) i A. (...), na których znajdują się właśnie promocje, wyprzedaże i przeceny produktów leczniczych.

Rzekomo natychmiast po kontroli usunięto z witryny internetowej te informacje o cenach produktów, które mogłyby chociażby pośrednio wskazywać na naruszenia zakazu reklamy.

Należy podnieść, że zarówno powyższe wyjaśnienia, jak i zapewnienie zaniechania takich praktyk, złożyła osoba nieuprawniona do składania oświadczeń woli imieniem Strony. Nie można zatem dać im wiary.

Organ w dniu (...) 2015 r. dokonał sprawdzenia strony internetowej Apteki przeznaczonej do sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych i ustalił, że niezgodności zostały usunięte.

Postanowieniem z dnia (...) 2015 r. do akt sprawy został włączony protokół z kontroli planowej w Aptece znak: (...) z dnia (...) 2015 r. wraz z załącznikami.

Pismem z dnia (...) 2015 r. Organ zawiadomił Stronę, że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

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.

Akta sprawy były dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. (...), w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po uprzednim telefonicznym uprzedzeniu, w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma Organu.

Upředzono Stronę, że w przypadku bezskutecznego upływu terminu zostanie wydana decyzja administracyjna.

Wyjaśniono treść art. 41 i art. 73 K.p.a.

W dniu (...) 2015 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. stawiła się bez uprzedniego uzgodnienia S. J., która okazała pełnomocnictwo Strony, ale odmówiła przedłożenia oryginału pełnomocnictwa i dowodu uiszczenia opłaty skarbowej od tego dokumentu. Została poinformowana, że akta zostaną jej udostępnione po telefonicznym uzgodnieniu, w dniu (...) 2015 r., terminu udostępnienia i po złożeniu do akt sprawy oryginału pełnomocnictwa.

Rzekomy pełnomocnik ani żaden przedstawiciel Strony nie skorzystał z przysługujących uprawnień do dnia wydania decyzji.

Organ, przed wydaniem decyzji, ponownie w dniu (...) 2015 r. dokonał sprawdzenia strony internetowej Apteki przeznaczonej do sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych i ustalił, że niezgodności zostały usunięte.

#### Uzasadnienie prawne

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 2015 r. poz. 345).

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, nie tylko wręczane przez farmaceutów klientom apteki, ale także zachęcające poprzez Internet do korzystania z usług apteki.

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. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, SIP LEX, stan prawny na 1 lipca 2009 r.).

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” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor

Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

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.

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](http://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) 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, ukształtowane w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki lub przez przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie podmiotów prowadzących apteki w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia kary pieniężnej - por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12; z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12; z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://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. Koremba. 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. (...) 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. Janczewska, 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. Głosa 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.

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, jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f. oraz stwierdzenie, że na stronie internetowej Apteki przeznaczonej do sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych prowadzona jest niedozwolona reklama Aptek i jej działalności.

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

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

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

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

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, wydanym wprawdzie pod rządami przepisu art. 94a ust. 1 P.f. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2011 r., ale nadal nie tracącym na aktualności:

- a) 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),
- b) „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),
- c) „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),
- d) „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).
- e) 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. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. VII SA/Wa 1960/07) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do



dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

Za 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 w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku NSA z dnia 3 lipca 2015 r. II GSK 1365/14:

„Za reklamę działalności apteki zostały uznane również "czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych" (wyrok WSA w W. z 17 października 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 698/08), umieszczenie obok nazwy apteki napisów "niskie ceny", "wysokie rabaty" itp. (por.: B. Jaworska-Łuczak, Dopuszczalny zakres reklamy w aptekach, Serwis Prawo i Zdrowie nr 86892), udzielanie bonifikaty za zrealizowanie recepty (por.: D. Biadun, Reklama apteki - bonifikata za zrealizowanie recepty, Serwis Prawo i Zdrowie nr 60801).

Pewne formy działalności promocyjnej mogą stanowić zarówno reklamę produktu leczniczego zgodnie z art. 52 ust. 1 P.f, jak i reklamę działalności apteki w opisanym wyżej rozumieniu. W orzecznictwie wskazuje się np., 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 2 października 2007 r., sygn. akt: II CSK 289/07 op.cit.). Tego typu reklama spełniająca łącznie kryteria przewidziane zarówno dla reklamy produktu leczniczego (art. 52 i nast. P.f), jak i dla reklamy działalności aptek (art. 94a P.f) była dopuszczalna do 1 stycznia 2012 r. Od tej daty dopuszczalna już nie jest wobec wprowadzenia zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych lub ich działalności.”

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 uczestnictwa w programach lojalnościowych oraz uzyskiwania 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 P.f.

Organ na podstawie zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego ustalił, że co najmniej od (...) 2015 r. Apteka uczestniczyła w działalności reklamowej w Internecie, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.

Organ ustalił, że Apteka brała udział w działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, mimo wejścia w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawowego, niemal całkowitego, zakazu reklamy aptek i ich działalności.

Informacje w formie napisów „PROMOCJE”, „WYPRZEDAŻE” umieszczone na stronach internetowych Apteki wraz z udostępnionymi danymi Apteki oraz zamieszczenie na głównej stronie internetowej, jak również na stronach pod hasłami „PROMOCJE” i „WYPRZEDAŻE” zdjęć oferowanych produktów i dwóch cen – jednej wyższej,

przekreślonej, a poniżej drugiej ceny, niższej, określonej większą czcionką stanowiło reklamę Apteki i jej działalności, gdyż zachęcały pacjentów do dokonywania zakupu produktów w tej aptece oraz skłaniają ich do dalszych zakupów w Aptecie.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należy uznać za reklamę Apteki i jej działalności. Stwarza warunki przymuszania do związania się z Apteką oraz ma na celu zwiększenie obrotu w Aptecie.

W ocenie PWIF, jedną z form reklamy są internetowe zachęty, których celem jest pozyskanie grupy lojalnych klientów, regularnie nabywających towary lub korzystających z usług Apteki, kształtowanie pozytywnego wizerunku wśród klientów, obniżki kosztów dotarcia do klienta z kolejną ofertą, jak również rozpoznanie potrzeb klientów.

Udział Apteki w internetowej reklamie zachęca pacjentów do dokonywania zakupów właśnie w tej, a nie innej aptece, co należy uznać za formę niedozwolonej reklamy.

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 internetowej reklamie 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 Aptecie, przepisami dotyczącymi aptek oraz Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że 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.

Organ - po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Apteki, poprzez umieszczenie informacji w formie napisów „PROMOCJE”, „WYPRZEDAŻE” na stronach internetowych Apteki wraz z udostępnionymi danymi Apteki oraz zamieszczenie na głównej stronie internetowej, jak również na stronach pod hasłami „PROMOCJE” i „WYPRZEDAŻE” zdjęć oferowanych produktów i dwóch cen – jednej wyższej, przekreślonej, a poniżej drugiej ceny, niższej, określonej większą czcionką – uznał, że fakt prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy miał miejsce i w tym zakresie nie ma żadnych wątpliwości.

Organ w dniu (...) 2015 r. dokonał sprawdzenia strony internetowej Apteki przeznaczonej do sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych i ustalił, że niezgodności zostały usunięte.

Organ, przed wydaniem decyzji, ponownie w dniu (...) 2015 r. dokonał sprawdzenia strony internetowej Apteki przeznaczonej do sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych i ustalił, że niezgodności zostały usunięte.

Z tych względów PWIF umorzył postępowanie administracyjne w sprawie nakazania Stronie zaprzestania prowadzenia reklamy Aptek, ponieważ taki nakaz w toku postępowania stał się bezprzedmiotowy.

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).

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

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

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy.

Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki działające w porozumieniu z innymi podmiotami.

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

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że prowadzona przez Aptekę strona internetowa w kwestionowanej formie, w istocie swej zachęcała pacjentów do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę Aptece i stanowiła niedozwoloną reklamę Apteki i jej działalności.

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

- 1) Strona nie była jeszcze karana przez PWIF za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f.,
- 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
- 3) reklama Apteki i jej działalności trwała co najmniej od (...) 2015 r. do czasu usunięcia niezgodności co zostało potwierdzone przez PWIF w dniu (...) 2015 r.;
- 4) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.,
- 5) umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem [www.rzeszow.wif.gov.pl](http://www.rzeszow.wif.gov.pl),

- nałożona w wysokości (...) zł kara pieniężna, wynosząca tylko (...)% maksymalnego ustawowego wymiaru kary jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności.

Strona w toku postępowania nie współpracowała z Organem, nie dostarczyła na żądanie Organu wyjaśnień i dowodów umożliwiających ustalić rzeczywisty stan sprawy, a przesłana przez kierownika Apteki odpowiedź nie zawiera żadnych dowodów z oryginalnych dokumentów lub ich uwierzytelnionych odpisów.

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.

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.