

**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

R., dnia grudnia 2015 r.

FARZ-DA.8523.14.2014

[...] Sp. z o.o.
ul. [...] Ł.

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 [...] Sp. z o.o. w Ł., nr NIP [...], działalności reklamowej apteki w R., [...], mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez tę aptekę poprzez zamieszczenie jej nazwy, adresu i numeru telefonu w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...],

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie administracyjne w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w Ł., mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, niedozwolonej reklamy apteki w R., [...], naruszającej przepis art. 94a P.f. poprzez zamieszczenie jej nazwy, adresu i numeru telefonu w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...], w związku z realizacją zamówień składanych za pośrednictwem portalu www.[...] na podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie “[...]” zawartej w dniu [...] r.;
- 2) nakłada na [...] Sp. z o.o. w Ł. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych), 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

Stan faktyczny w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w Ł., nr NIP [...] (dalej zwanej: „**Stroną**”), niedozwolonej reklamy apteki w R., [...] (dalej zwanej: „**Apteką**”) i jej działalności, przedstawiał się następująco:

Główny Inspektor Farmaceutyczny przekazał [...] Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu w R. (zwanemu dalej „**PWIF**” lub „**Organem**”) przy piśmie z dnia [...] r. znak [...], otrzymanym w dniu [...] r., pismo Rady [...] Izby Aptekarskiej w K. celem rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami, informujące o rozsyłaniu na pocztę elektroniczną reklamy preparatów przez portal działający pod adresem www.[...], prowadzony przez [...] Sp. z o.o. w Ł., „która w ten sposób reklamuje internetową sprzedaż leków poprzez apteki sieci

[...], a tym samym reklamuje apteki tej sieci, do których bezpośrednio kieruje ich strona internetowa” oraz o prowadzeniu przez Stronę [...].

Organ [...] Izby Aptekarskiej w K. w swoim piśmie zaznaczył również, że „poza omijaniem zakazu reklamy aptek, spółka [...] prowadzi pośrednictwo w handlu wszystkimi lekami poprzez witrynę internetową www.[...], a następnie apteki realizują zamówienia zebrane przez tę spółkę, na co już zwracał uwagę w aptekach [...] Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny”.

W związku z powyższym, PWIF wystąpił do Strony pismem znak [...] z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., z żądaniem udzielenia wyjaśnień i zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie, załączając do pisma treść listu elektronicznego przesłanego przez Portal [...] oraz fragmenty treści przykładowego protokołu kontroli.

W dniu [...] r. do PWIF wpłynęło pismo Strony datowane [...] r., w którym stwierdzono, że dane aptek są umieszczone na portalu www.[...] w związku z udziałem w [...] prowadzonym na tym portalu przez Stronę, ale „system ten umożliwia pacjentowi jedynie zamówienie leków i innych produktów dostępnych w aptekach oraz odebranie ich w konkretnej aptece.

Pokreślono, że informacja o produktach leczniczych wydawanych na receptę pozbawiona jest jakichkolwiek komunikatów, które miałyby skłonić pacjenta do nabycia danego produktu. Aby odebrać produkty lecznicze wydawane na receptę, pacjent musi przedstawić farmaceucie ważną receptę wystawioną na te produkty lecznicze. Sprzedającym zamówione produkty pacjentowi jest apteka wybrana przez pacjenta, a wydanie leków (i innych produktów) pacjentowi, pobranie należności oraz ujęcie sprzedaży w kasie fiskalnej dokonywane jest bezpośrednio w aptece.

Strona poinformowała Organ, iż Apteka uczestniczy w tym systemie jedynie w ten sposób, że pacjent może ją wskazać jako aptekę, w której chciałby nabyć produkty. Apteka jest wtedy o tym informowana, a w rezultacie przygotowana jest – poprzez zakup w hurtowni farmaceutycznej wskazanych przez pacjenta produktów – do sprzedaży zamówionych produktów. Jednocześnie, na portalu www.[...] nie umieszczono na temat aptek żadnych informacji ani elementów o charakterze reklamy. Znajdują się tam jedynie informacje o adresach aptek, czyli dane dozwolone wprost przez przepis art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne.

Zdaniem Strony, materiały umieszczone na portalu oraz przesyłane pocztą elektroniczną są materiałami poświęconymi informacji i dozwolonej reklamie wybranych produktów leczniczych oraz innych produktów dopuszczonych do sprzedaży w aptece. Internet jest w tym przypadku alternatywną formą komunikacji i składania zamówień, w odróżnieniu np. od komunikacji telefonicznej.

Mając powyższe na względzie, zarzut naruszenia art. 94a ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne jest, w ocenie Strony, bezpodstawny.

Mając powyższe na względzie, PWIF postanowił wszcząć z urzędu (nie było możliwe wszczęcie na wniosek Wiceprezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej w K.) niniejsze postępowanie, o czym zawiadomił Stronę pismem z dnia [...] r., a ponadto postanowił wystąpić do „Wnioskodawcy” o udostępnienie PWIF pełnego wykazu aptek zlokalizowanych na terenie Województwa [...], których nazwy i adresy są zamieszczone w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...].

Ponadto Organ postanowił zwrócić się do Głównego Inspektora Farmaceutycznego o udostępnienie PWIF pełnego wykazu aptek zlokalizowanych na terenie Województwa [...], których nazwy i adresy są zamieszczone w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...] (przy założeniu, że Główny Inspektor Farmaceutyczny takim dysponuje), ponieważ PWIF nie dysponuje takim wykazem.

W toku postępowania organ odstąpił od występowania do Głównego Inspektora Farmaceutycznego i Wiceprezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej w K. biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy.

W związku z powyższym, wszczynając postępowanie na podstawie posiadanych już dokumentów, PWIF wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie przez Stronę działalności reklamowej Apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę poprzez zamieszczenie jej nazwy, adresu i numeru telefonu w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...], ma formy prawnie dozwolone.

Strona została pouczona o treści art. 10 § 1, art. 33, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a.

Poinformowano Stronę, że akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po uprzednim telefonicznym lub osobistym uzgodnieniu terminu.

W myśl art. 40 § 5 K.p.a. Strona miała możliwość złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie oraz wyjaśnień na piśmie.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., Organ włączył do akt sprawy: pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [...] r. znak [...] wraz z załączonym wydrukiem listu elektronicznego Wiceprezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej w K.; pismo [...] Sp. z o.o. w Ł. z dnia [...] r.

Pismem z dnia [...] r. PWIF wezwał Stronę do przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania: 1) Regulaminu świadczenia usług [...] w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...]; 2) umowy z podmiotem prowadzącym Aptekę, na podstawie których zamieszczono jej nazwę, adres i numer telefonu w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...].

W dniu [...] r. wpłynęło do Organu pismo Strony, przy którym Strona załączyła wydruk „Regulaminu dla pacjenta” (dostępny na wskazanej stronie internetowej).

Strona poinformowała Organ, że nie jest stroną umowy z podmiotem prowadzącym Aptekę, ponieważ podmiotem zawierającym takie umowy jest [...] S.A. w Ł., ul. [...].

W tej sytuacji, w związku z udzieloną przez [...] Sp. z o.o. w Ł. informacją, Organ pismem z dnia [...] r. wezwał [...] S.A. w Ł. do przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania: 1) Regulaminu świadczenia usług [...] w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...]; 2) uwierzytelnionej kopii umowy z podmiotem prowadzącym Aptekę, na podstawie której zamieszczono jej nazwę, adres i numer telefonu w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...].

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo [...] S.A. w Ł., przy którym załączono kopię umowy o współpracy z dnia [...] r. zawartej przez M.W. i M.B., współników spółki cywilnej [...] prowadzących Aptekę a [...] S.A. w Ł., określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie „[...]”, wraz z Regulaminem sprzedaży w „[...]” oraz związane z tą umową uwierzytelnione odpisy innych umów: z dnia [...] r. pomiędzy [...] S.A. w Ł. a [...] S.A. w W.; uwierzytelniony odpis porozumienia z dnia [...] r. zawartego do umowy z dnia [...] r. pomiędzy [...] S.A. a [...] Sp. z o.o. w W. i [...] S.A. w W.; aneksu z dnia [...] r. do wspomnianej umowy pomiędzy [...] Sp. z o.o. w Ł. i [...] S.A. w W.; porozumienia z dnia [...] r. pomiędzy [...] Sp. z o.o. w Ł., Stroną i [...] S.A. w W..

Pismem z dnia [...] r. Organ wezwał M.W. i M.B., współników spółki cywilnej [...]

prowadzących Aptekę, do przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania uwierzytelnionych kopii specyfikacji do zamówień do faktur lub kopii faktur, zawierających asortyment będący przedmiotem zamówień składanych przez klientów na portalu „[...]” na stronie internetowej www[...] lub innych dokumentów, na podstawie których Apteka realizowała zamówienia składane na portalu „[...]” na stronie internetowej www[...] za okres od dnia zawarcia umowy o świadczenie usług [...] do dnia wezwania.

Wspólnicy prowadzący Aptekę pismem z dnia [...] r. poinformowali Organ, że w załączeniu przesyłają [...] faktur za okres od dnia zawarcia umowy do dnia otrzymania wezwania, tj. [...] r.

Pismem z dnia [...] r. Organ wezwał M.W. i M.B., wspólników spółki cywilnej [...] prowadzących Aptekę, do przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania uwierzytelnionych kopii faktur, zawierających asortyment będący przedmiotem zamówień składanych przez klientów na portalu „[...]” na stronie internetowej www[...] lub innych dokumentów, na podstawie których Apteka realizowała zamówienia składane na portalu „[...]” na stronie internetowej www[...] za okres od dnia [...] r. do dnia wezwania.

Pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., Organ poinformował Stronę, że zakończył postępowanie wyjaśniające i dowodowe w przedmiotowej sprawie.

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo M.W. i M.B., przy którym przesłano kopie [...] faktur na zamówienia składane przez klientów na portalu „[...]” w okresie od [...] r. do dnia wezwania.

Należy zauważyć, że razem za cały okres od dnia zawarcia umowy z dnia [...] r. do dnia [...]r. takich faktur było [...].

Pismem z dnia [...] r. Organ wezwał M.W. i M.B., wspólników spółki cywilnej [...] prowadzących Aptekę, do przedłożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania wyjaśnień, czy Apteka nadal uczestniczy w realizacji zamówień składanych przez klientów na portalu „[...]” na stronie internetowej www[...] lub – w przypadku trudności przedstawienia dowodów, że Apteka nie uczestniczy w procedurze lojalnościowym - rozważenia przedłożenia Organowi oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej wg zaproponowanej treści

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo M.W. i M.B., przy którym wspólnicy przedłożyli oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej wg zaproponowanej treści, że w dniu [...] r. wypowiedziano umowę o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie „[...]” i z dniem [...] r. Apteka nie uczestniczy w tym projekcie.

Ponadto załączono kopię wypowiedzenia umowy datowanego [...] r. (bez potwierdzenia nadania lub odbioru) oraz kopię pisma [...]SA (bez daty) o 3-miesięcznym wypowiedzeniu Aptece „[...]” umowy z dnia [...] r.

Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:

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 W. 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.

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 W. z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533 i wyrok WSA w W. 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 W. 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 W. 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 W. 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 tzw. programów lojalnościowych, a także w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia kary pieniężnej - por. wyroki WSA w W.: 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).

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. 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 2014 r. poz. 1429 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).

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, mającej na celu zwiększenie dostarczenia, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez zamieszczenie jej nazwy, adresu i numeru telefonu w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...], w związku z realizacją zamówień realizację zamówień składanych za pośrednictwem portalu www.[...], na podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie “[...]” zawartej w dniu [...] r. był art. 94a ust. 1 i 2 P.f.

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1,2 i 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 W. 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 W. 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 W. 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).

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 W. 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 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 żywnościowego 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.

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."

Również Wojewódzki Sąd Administracyjny w W. w wyroku z dnia 31 marca 2015 r. sygn. akt VI SA/Wa 3782/14 wyraził stanowisko, iż GIF prawidłowo przyjął, że umieszczenie danych apteki na portalu [...] ([...]) działającym za pośrednictwem strony internetowej www.[...], na której zamieszczone są treści reklamowe i zachęcające do zakupu w aptece, m.in. "Hit cenowy Pampers Premium 39,99 zł", "RABAT 20%", "Super cena, polecany", "darmowa dostawa w 24-73 h do jednej z aptek w całej Polsce!", "Super ceny dla każdego", "Wielkie polowanie na ceny! Tylko dziś! Dr Witt Immuno, Śpiesz się! Oferta ważna jeszcze 11 godz. 44 min. 49 sek. w cenie promocyjnej 3,62 zł, taniej o 35%, oszczędzasz 1,96 zł" stanowi nie[...]woloną reklamę apteki skarżącej. Na wskazanej stronie internetowej bowiem nie zostały umieszczone tylko informacje o lokalizacji apteki i godzinach jej otwarcia. Równocześnie zawarto informacje o poszczególnych artykułach, również lekach sprzedawanych z rabatem, w cenach promocyjnych, itp. także sprzedawanych w aptece skarżącej, jak wynikało z zasad używania tychże stron internetowych. Sama skarżąca przyznawała, że pacjent chcący zapewnić sobie dostępność wybranych produktów z oferty (czyli i tych umieszczonych na omawianych stronach internetowych), po uprzednim założeniu konta i zalogowaniu, wybiera najpierw lekarstwa i zamawia je, a następnie wybiera aptekę (z katalogu aptek umieszczonych na Portalu), w której osobiście dokona zakupu (por. wyjaśnienia skarżącej w piśmie z dnia 30 marca 2015 r., k. – 44 akt sądowych). Sposób posługiwania się omawianymi stronami internetowymi wskazuje, że wybór apteki następuje dopiero po wyborze leku(ów) i innych produktów oferowanych w aptekach, w tym tych oferowanych na tych samych stronach po przedstawianych jako atrakcyjne cenach. Zakup i odbiór zamówionych produktów następuje już w konkretnej aptece."

Organ na podstawie zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego ustalił, że od [...] r. Apteka uczestniczyła w „[...]” (dalej zwany „[I...]”), umożliwiającym pacjentom składanie zamówień na produkty lecznicze, wyroby medyczne oraz środki dietetyczne, kosmetyczne i pielęgnacyjne (zwane dalej łącznie „**produktami**”) za pośrednictwem strony internetowej www.[...], obsługiwanej i zarządzanej przez Stronę, co wiązało się również z umieszczeniem na portalu www.[...] informacji o Aptece.

Organ po sprawdzeniu strony internetowej www.[...] ustalił, że:

- na stronie zamieszczone były treści reklamowe i zachęcające do zakupów: „Promocje liczba produktów: zapisz się i bądź na bieżąco z ofertą produktową Newsletter Wpisz swój email ... zapisz się”;
- na głównej stronie internetowej, jak również na stronach pod hasłami „PROMOCJE” zamieszczone były zdjęcia produktów, wraz z opisem i przedstawieniem dwóch cen – jednej wyższej, przekreślonej, a powyżej drugiej ceny, niższej, określonej większą czcionką, koloru czerwonego;
- równocześnie na stronie www.[...] dostępny był katalog aptek realizujących zamówienia.

Pacjent dokonywał zamówienia w ten sposób, że po zalogowaniu się na stronie internetowej www.[...] oraz po wyborze produktów i Apteki (katalogi oferowanych produktów wraz z informacją o ich cenie oraz katalog aptek realizujących zamówienia [I...] dostępny był również dla pacjentów nie logujących się do systemu), gdzie miał nastąpić ich odbiór, zamówienie kierowane było do systemu informatycznego spółki prowadzącej hurtownię farmaceutyczną, która zaopatruje Aptekę. Zamówienie skierowane przez pacjenta, który wskazał Aptekę jako aptekę, w której chce odebrać zamówione za pośrednictwem www.[...] produkty było równoznaczne ze złożeniem przez Aptekę w spółce prowadzącej hurtownię farmaceutyczną, zamówienia na wskazane przez pacjenta produkty. Produkty zamówione w ramach [I...] były pakowane w specjalnie oznakowane opakowania. Zamówienia realizowane w ramach [I...] podlegały odrębnemu fakturowaniu (dokumenty faktur oznakowane są napisem „INTERNET” i ujęte w ramach odrębnego rejestru faktur). Apteka dokonywała sprzedaży zamówionych przez pacjenta produktów po cenie detalicznej nie wyższej niż cena określona w ofercie, dostępnej na stronie internetowej www.[...].

W ocenie organu, udział Apteki w [I...] zachęcał uczestników systemu do dokonywania zakupu produktów w tej Aptece. System skłaniał uczestników do dalszych zakupów w Aptece.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należało uznać za reklamę Apteki i jej działalności.

System stwarzał bowiem warunki przymuszania do związania się z Aptecką oraz miał na celu zwiększenie obrotu w Aptece uczestniczącej w [I...].

[I...], w którym uczestniczyła przedmiotowa Apteka, mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 P.f.; 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 ustalił, że Strona brała udział w działalności reklamowej Apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej apteki w [I...], mimo wejścia w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawowego, niemal całkowitego, zakazu reklamy aptek i ich działalności.

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 uczestnictwie w systemie, którego organizatorem jest inny przedsiębiorca, stanowiło naruszenie tego przepisu, ale także warunków udzielonego przez PWIF zezwolenia na prowadzenie Apteki.

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.

Nie może także 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 na stronie internetowej www[...] są zamieszczone dane Apteki w związku z uczestnictwem Apteki w [...] i Apteka realizowała zamówienia składane za pośrednictwem portalu www..., na podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie "[...]" zawartej w dniu [...] r., to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było wszczęcie postępowania administracyjnego w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadziła reklamę Apteki i jej działalności, mającej na celu zwiększenie dostarczenia, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej Apteki w [...] za pośrednictwem portalu www[...] w sposób naruszający przepis art. 94a ust. 1 P.f.

W toku niniejszego postępowania, w dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo M.W. i M.B., przy którym wspólnicy przedłożyli oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej wg zaproponowanej treści, że w dniu [...] r. wypowiedziano umowę o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie „[...]” i z dniem [...] r. Apteka nie uczestniczy w tym projekcie.

Ponadto załączono kopię wypowiedzenia umowy datowanego [...] r. (bez potwierdzenia nadania lub odbioru) oraz kopię pisma [...]SA (bez daty) o 3-miesięcznym wypowiedzeniu Apteci „[...]” umowy z dnia [...] r.

W tej sytuacji Strona nie może prowadzić reklamy Apteki, a zatem należało niniejsze postępowanie administracyjne umorzyć jako bezprzedmiotowe.

Z tych względów PWIF umorzył postępowanie administracyjne w sprawie nakazania Stronie zaprzestania prowadzenia reklamy Apteki, 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 Ł. z 20.05. 2011 r. II SA/Łd 1064/10, LEX nr 994133; wyrok WSA w W. z 25.05.2011 r. VII SA/Wa 714/11, LEX nr 897751; wyrok WSA w W. z 11.10.2011 r. IV SA/Wa 1949/10, LEX nr 1155070; wyrok WSA w W. 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 W. z 17.02.2012 r. I SA/Wa 1570/11, LEX nr 1137290; wyrok WSA w W. 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, nawet jeżeli zakazana reklama nie jest już prowadzona w chwili wydania decyzji, a postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania takiej reklamy stało się bezprzedmiotowe. 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.

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że zamieszczenie nazwy, adresu i numeru telefonu Apteki w Portalu „[...]” na stronie internetowej www.[...], w związku z realizacją przez Aptekę zamówień składanych za pośrednictwem portalu www.[...] na

podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie "[...]" zawartej w dniu [...] r. 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 kolejny, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
- 3) reklama Apteki i jej działalności była stała i długotrwała (po wejściu w życie znowelizowanej P.f. trwała ponad [...]),
- 4) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa [...] 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,

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

Strona nie zamierzała zaprzestać reklamy Apteki, jednakże M.W. i M.B., prowadzące Aptekę, poinformowały Organ, że od dnia [...] r. na ich żądanie Apteka nie jest dostępna na portalu [www\[...\]](http://www[...]) i nie prowadzi sprzedaży na portalu internetowym [www\[...\]](http://www[...]), co uniemożliwiło Stronie kontynuację niedozwolonych form reklamy.

W tych okolicznościach należało uznać, że nie nastąpiła rezygnacja przez Stronę z prowadzenia „[...]” i realizacji zamówień składanych za jego pośrednictwem w stosunku do dotychczasowych pacjentów oraz że Strona liczy na przyływ nowych – tyle, że już nie w odniesieniu do Apteki.

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.

otrzymują:

- 1) Adresat - za potwierdzeniem odbioru;
- 2) aa.