

**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 lutego 2015 r.

FARZ-DA.8523.53.2013

[...] **Sp. z o.o.**
W. ul. [...]

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, 2 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W., NIP [...], niedozwolonej reklamy aptek „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...] R.), poprzez zlecenie wydania Katalogu „[...]” obowiązującego od [...] do [...] r., będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną przez [...] Sp. z o.o. w W., ul. [...], NIP [...], który o tym poinformował w katalogu;

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie administracyjne w sprawie nakazania [...] Sp. z o.o. w W. zaprzestania prowadzenia reklamy aptek „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...] R.);
- 2) nakłada na [...] Sp. z o.o. w W. prowadzącą apteki „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...] R.), 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

1.

Pismem z dnia [...] r., otrzymanym w dniu [...] r., P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w R. (dalej zwany: „**PWIF**” lub „**Organem**”) został, zgodnie z kompetencjami, zawiadomiony przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego, że wpłynęło do niego pismo Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej dotyczące naruszania zakazu reklamy aptek przez [...] Sp. z o.o. w W., NIP [...] (dalej zwanej: „**Stroną**”).

Do pisma Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej załączony był Katalog „[...]”, będący wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad [...] egzemplarzy.

Katalog został wydany przez [...] Sp. z o.o. w W., ul. [...], NIP [...] (dalej zwanej „**Wydawcą**”), o czym Wydawca poinformował w katalogu.

Katalog zawierał zdjęcia opakowań i ceny m.in. produktów leczniczych i wyrobów

medycznych, które - w powiązaniu z adresami aptek i/lub placówek obrotu pozaaptecznego „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...] R.), dalej zwanych łącznie „**Aptekami**” - stanowił niedozwoloną reklamę tych aptek i/lub placówek obrotu pozaaptecznego (z tym że te drugie nie mogą tylko prowadzić reklamy produktów leczniczych i wyrobów medycznych).

W związku z powyższym, zawiadomieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w tej sprawie.

Organ poinformował Stronę, co następuje:

Przepisy art. 94a ust. 1, 1a 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.**”, stanowią, że zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności; zabroniona jest też reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych (zob. art. 1 pkt 32 P.f.) lub wyrobów medycznych (zob. art. 2a P.f.); nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego; wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego.

„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).

„Za reklamę apteki należy uznać wszelkie działania polegające na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym mającą na celu zwiększenie ich sprzedaży. Taki właśnie charakter posiadają foldery sieci aptek” (tak: Wojewódzki Sąd Administracyjny w W. w wyroku z dnia 20 września 2010 r. VI SA/Wa 838/10, Lex nr 759762).

W związku z powyższym, PWIF w załączeniu przesłał Stronie kopię Katalogu „[...]”, celem zajęcia przez Stronę stanowiska w sprawie.

Równocześnie Organ wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Strona nie prowadzi reklamy aptek w Katalogu „[...]”.

PWIF pouczył Stronę o treści przepisów art. 10, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a., cytując ich treść.

2.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, do Organu w dniu [...] r. wpłynęło nie podpisane pismo Strony z dnia [...] r.

Odpowiadając na to „pismo” i mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., pouczył Stronę, że w myśl art. 40 § 5 K.p.a., Strona ma możliwość złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie oraz wyjaśnień na piśmie.

Równocześnie PWIF podniósł, że przepis art. 38 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (wówczas Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. - obecnie Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.) stanowi, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie.

W związku z powyższym, każde pismo kierowane do organu administracji publicznej musi być zatem podpisane przez przedstawiciela prawnego (członka/członków organu: zarządu) Strony jako spółki prawa handlowego albo przez prawidłowo umocowanego jej pełnomocnika – tu Organ zacytował treść art. 33 K.p.a.

Ponieważ pismo Strony z dnia [...] r. nie było oznaczone pieczęcią nagłówkową ani nadrukiem z nazwą (firmą) podmiotu, a ponadto zostało podpisane tylko nieczytelnie, nie było wiadomo, kto powołuje się na działanie imieniem Strony. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 43/2/ Kodeksu cywilnego, przedsiębiorca działa pod firmą. Firmę ujawnia się we właściwym rejestrze, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej. Przepis art. 43/5/ § 1 Kodeksu cywilnego stanowi natomiast, że firmą osoby prawnej jest jej nazwa.

W związku z powyższym, PWIF wezwał Stronę do złożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, oświadczenia - prawidłowo umocowanego przedstawiciela prawnego (członka/członków organu: zarządu) Strony prawidłowo oznaczonej jako spółki prawa handlowego, zgodnie z wpisem do rejestru przedsiębiorców KRS – w sprawie ważności i skuteczności wniosków oraz twierdzeń złożonych przez nieznane osoby podpisane pod pismem z dnia [...] r. oraz do podania imion i nazwisk tych osób.

Organ pouczył Stronę, że w przypadku bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu, pismo z dnia [...] r. zostanie złożone do akt sprawy bez nadania mu dalszego biegu.

3.

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo datowane [...] r., stanowiące odwzorowanie poprzedniego pisma o tej samej treści, które było nie podpisane.

W piśmie tym Strona złożyła wniosek o umorzenie postępowania administracyjnego i zażądała przeprowadzenia dowodów z:

- 1) zeznań świadka: J.P. (adres do doręczeń: Wydawca) – na okoliczność prowadzenia określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia przez Stronę lub braku takiego upoważnienia;
- 2) zeznań świadka P.O. – na okoliczność braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich;
- 3) zeznań świadków A.B. i A.Z. - kierowników Aptek – na okoliczność braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek i in. okoliczności w tym zakresie.

PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., PWIF poinformował Stronę, że jej wniosek o umorzenie postępowania administracyjnego nie może być uwzględniony.

Należało bowiem zauważyć, że każdy z paragrafów 1 lub 2 wskazanego art. 105 K.p.a. odnosi się do całkiem różnych przesłanek.

Zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 K.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej (z urzędu) wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

Brzmienie art. 105 § 2 K.p.a. jest zaś następujące: Organ administracji publicznej może umorzyć postępowanie, jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte, a nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym.

W sprawie wszczętej z urzędu taki wniosek był bezzasadny, a umorzenie postępowania na wniosek Strony – niedopuszczalne.

Bezprzedmiotowość postępowania występuje tylko wtedy, gdy brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty.

PWIF poinformował, że wziął pod uwagę, iż „decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. wówczas, gdy organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w W. z dnia 26 września 2001 r. sygn. akt V SA 381/01 –

www.orzeczenia.nsa.gov.pl), a także oczywisty fakt, że niniejsze postępowanie organ wszczął z urzędu, a nie na wniosek Strony, w związku z czym brak jest podstawy prawnej do wniosku Strony opartego o przepis art. 105 § 2 K.p.a.

W związku z powyższym, a także uwzględniając materialno - prawną i faktyczną podstawę w treści przepisów art. 94a ust. 1 i 2 P.f., na tamtym etapie postępowania jego prowadzenie z jakiegokolwiek powodu nie stało się bezprzedmiotowe i koniecznym będzie rozstrzygnięcie sprawy co do istoty w drodze decyzji administracyjnej, a nie było dopuszczalne umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 2 K.p.a.

Natomiast w związku z żądaniem przeprowadzenia dowodów z: zeznań świadka: J.P. – na okoliczność prowadzenia określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia przez Stronę lub braku takiego upoważnienia; zeznań świadka P.O. – na okoliczność braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich; zeznań świadków A.B. i A.Z. - kierowników Aptek – na okoliczność braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych tych aptek i in. okoliczności w tym zakresie; PWIF w swoim piśmie z dnia [...] r. pouczył Stronę o treści art. 75 § 1, art. 77 § 1 i 4, art. 78 § 1 i 2 oraz art. 80 K.p.a.

PWIF uznał uzasadnienie żądania Strony dotyczącego przeprowadzenia wskazanych dowodów za niedostateczne z punktu widzenia rodzaju, formy i miejsca naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f., które podlegają wyjaśnieniu w toku niniejszego postępowania administracyjnego.

PWIF przypomniał, że wezwał Stronę pismem z dnia [...] r. do udzielenia wyjaśnień i do złożenia dokumentów oraz wszelkich innych dowodów.

Strona mogła w sposób nieskrępowany wypowiadać się co do wyników postępowania dowodowego w niniejszej sprawie – i to czyniła.

Strona została przez organ pouczona, że zgodnie z art. 10 Kpa, przysługuje jej czynny udział w każdym stadium postępowania, a na podstawie art. 73 Kpa, może w każdym stadium postępowania przeglądać akta sprawy oraz sporządzać z nich notatki i odpisy, a następnie składać wyjaśnienia, zgłaszać żądania, propozycje i zarzuty oraz przedstawiać dowody na ich poparcie, gdyż organ umożliwia Stronie wykonanie takich czynności i złożenie dokumentów.

Wobec powyższego, Organ ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że nie prowadziła po 1 stycznia 2012 r. i nie prowadzi nadal, także na podstawie stosunku obligacyjnego z osobą trzecią, reklamy swoich aptek w cyklicznie wydawanych katalogach produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek Strony, w tym także katalogu „[...]” będącego wkładką do czasopisma [...] nr [...] z dnia [...] r., wydaną dla obszaru całego kraju (rzekomo obowiązującą od [...] do [...] r.).

Ponadto PWIF poprosił o doprecyzowanie i uszczegółowienie, co Strona ma konkretnie na względzie, formułując wnioski dowodowe i określając:

- 1) prowadzenie określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia Wydawcy przez Stronę lub braku takiego upoważnienia (świadek J.P.);
- 2) brak zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich (świadek P.O.);
- 3) brak prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek „i in. okoliczności w tym zakresie” (świadkowie: A.B. i A.Z.- kierownicy Aptek).

Wątpliwości organu wynikały z przekonania, że brak upoważnienia Wydawcy przez

Stronę do prowadzenia jakichkolwiek działań mogących naruszać zakaz reklamy aptek wyrażony w treści art. 94a ust. 1 P.f. jest możliwy do wykazania poprzez doręczenie Organowi dowodu nadania lub dowodu doręczenia pisma Strony do Wydawcy, w którym zażądano zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek Strony.

Tymczasem Strona nie zamierzała przedłożyć Organowi w swoim interesie takich dowodów z dokumentów, tylko żądała od Organu zobowiązania Wydawcy do złożenia zapewnienia, iż w produkcji Katalogu działała bez upoważnienia Strony, co kłóci się ze zdrowym rozsądkiem. Strona usiłowała w ten sposób przerzucić na organ ciężar dowodzenia faktów tylko jej znanych.

Jeżeli Strona wniosła do organu, aby zobowiązał podmiot trzeci do przedłożenia dokumentów, w których posiadaniu jest również Strona, to był to wniosek zmierzający do odmowy złożenia dowodów z dokumentów przez Stronę.

Wątpliwości organu wynikały też z poglądu, że powyższe wnioski dowodowe z zeznań świadków nie dotyczyły zamieszczenia przez Wydawcę - jak twierdziła Strona, bez jej zgody i zlecenia - reklamy dwóch Aptek „[...]” w R. prowadzonych przez Stronę niniejszego postępowania.

Zdaniem Organu, przedmiotem niniejszego postępowania – i na tym powinny koncentrować się wyjaśnienia Strony - jest publiczne rozpowszechnianie Katalogu „[...]” ze zdjęciami opakowań i cen produktów leczniczych i wyrobów medycznych, w powiązaniu z adresami Aptek „[...]” (oraz placówek obrotu pozaaptecznego prowadzonych pomieszczeniach tych samych lokali) w R., wydanego dla obszaru całego kraju.

Wskazanie adwokata, osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy adwokackiej co do faktów, z którymi zapoznał się świadcząc pomoc prawną, pełnomocnika [...] Sp. z o.o. występującego w odrębnym postępowaniu przed Organem, w którym składał oświadczenia sprzeczne ze stanowiskiem Strony w niniejszym postępowaniu, było celowym, działaniem zmuszającym Organ do oddalenia tego wniosku dowodowego.

Zgodnie bowiem z przepisami art. 6 ust. 1-3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188, z późn. zm.), adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej; obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie i nie można zwolnić go od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

Wskazanie natomiast dowodu z zeznań nieznanego Organowi świadka P.O. (bez określenia, na jaki „adres do doręczeń” świadka i w siedzibie jakiej „Spółki”) na okoliczność rzekomego „braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich” – bez sprecyzowania jego miejsca pracy i stanowiska oraz źródła jego wiedzy o faktach, o których najszerszą wiedzę w kwestii zawierania umów m.in. z [...] Sp. z o.o. mają wnioskujący członkowie organu zarządzającego Strony – było bezzasadne.

Żądanie Strony wezwania w charakterze świadków A.B. i A.Z., kierowników Aptek, na okoliczność „braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek” w formie Katalogu „[...]”, będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju – tylko dlatego, że zawiera on zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek i placówek obrotu pozaaptecznego „[...]” kierowanych przez te osoby – a ponadto na „inne okoliczności w tym zakresie”, czyniło bardzo prawdopodobnym przypuszczenie, że wnioski Strony zmierzały tylko do opóźnienia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Należało wykazać zatem Organowi, że kierownicy aptek „[...]” w R. mają jakąś własną rzetelną wiedzę o zleceniu produkcji Katalogu „[...]”, wydanego dla obszaru całego kraju, szerszą niż wnioskujący członkowie organu zarządzającego Strony.

Dowody z zeznań świadków: A.B. i A.Z., kierowników aptek „[...]” w R., mogły –

zdaniem Organu - dotyczyć wyłącznie okoliczności, że działania reklamowe Strony nie były prowadzone w lokalach tych aptek, w których są kierownikami (wskazanie „innych okoliczności w tym zakresie”), a tej sprawy niniejsze postępowanie w ogóle nie dotyczy.

PWIF poinformował Stronę, że organ nadzoru farmaceutycznego, odpowiedzialny za zwalczanie zabronionych form reklamy aptek i ich działalności, miał poważne wątpliwości, jaki związek zachodzi pomiędzy wyżej wskazanym przedmiotem niniejszego postępowania, a okolicznościami jakich zdawała się dowodzić Strona wnioskowanymi dowodami.

Organ nie zarzucał przecież Stronie, że rozdaje Katalog „[...]” w swoich aptekach, lecz że pozwolił (zlecił) podmiotowi trzeciemu na umieszczenie w Katalogu zdjęć opakowań i cen produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek i placówek obrotu pozaaptecznego „[...]”.

Nie było – zdaniem Organu - istotne, jakimi technikami produkcji i dystrybucji, jakim celem i zakresem dystrybucji oraz asortymentem zainteresowana była Strona, zlecając podmiotowi trzeciemu produkcję i publiczną dystrybucję katalogu, który służyć miał zwiększeniu sprzedaży leków i wyrobów medycznych w aptekach Strony; natomiast było istotne, że jeśli takiego zlecenia nie było – to istotne było wykazanie jaki interes mógł mieć producent i dystrybutor katalogu reklamowego w wydawaniu i rozpowszechnianiu materiałów służących zwiększeniu przychodów cudzych (prowadzonych przez Stronę) Aptek.

Istotne było wykazanie, że Strona nie zleciła Wydawcy produkcji i dystrybucji kwestionowanego przez Organ katalogu zawierającego treści reklamowe.

Temu zaś może służyć np.:

- 1) doręczenie Organowi umowy Strony z producentem katalogu, celem ustalenia zakresu przedmiotowego zlecenia,
- 2) doręczenie Organowi innych dokumentów udowadniających lub uprawdopodobniających, że w aptekach Strony nie wzrosły przychody po wydaniu i rozpowszechnieniu katalogu.

PWIF uważał, że ustalenie czy materiały zgromadzone w aktach sprawy (katalog „[...]”) stanowią nośnik reklamowy apteki, jest możliwe w oparciu o orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach dotyczących identycznych lub podobnych stanów faktycznych i poglądy naukowe doktryny prawa, a zatem Strona miała przedstawić przekonujące argumenty świadczące o pozostawaniu przez sądy administracyjne w błędzie co do niedozwolonego reklamowego charakteru Katalogu.

Z uwagi na fakt, że ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie orzecznictwem sądów administracyjnych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych:

- 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 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- reklamą może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w W. z 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- reklamą działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w W. z 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/WA 1661/07),
- reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług

(wyrok SN z 26.01.2006 r. sygn. akt V CSK 83/05).

Reasumując należało stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych w aptekach Strony (oferowanych niekoniecznie przez te apteki i w ich lokalach) produktów leczniczych lub wyrobów medycznych i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy, w szczególności ulotek, folderów czy gazetek. 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. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07, www.orzeczenia.nsa.gov.pl) 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.

Katalog „[...]” - będący wkładką do czasopisma [...] nr [...] z dnia [...] r. wydaną dla obszaru całego kraju - zawierający zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami Aptek i placówek obrotu pozaaptecznego prowadzonych w R. - jest dowodem niedozwolonej reklamy tych aptek, a także niedozwolonej reklamy produktów leczniczych i wyrobów medycznych prowadzonej przez placówki obrotu pozaaptecznego, obowiązywał od [...] do [...] r.

Dla Organu nie było jasne - i Strona powinna to wykazać - czy zebrała i zniszczyła (lub zleciła to osobie trzeciej) wszystkie egzemplarze Katalogu „[...]” wydrukowane na zamówienie Strony.

Było natomiast dla Organu oczywiste, że wydanie Katalogu nastąpiło z zamiarem przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonywania zakupów produktów leczniczych i wyrobów medycznych w konkretnych, wskazanych w Katalogu aptekach z ich adresami, a celem Katalogu „[...]” było zwiększenie sprzedaży ww. produktów w aptekach.

Na żądanie Strony w załączeniu Organ przesłał kopię pisma Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej z dnia [...] r., do którego załączony był Katalog „[...]”, będący wkładką do czasopisma [...] (kopię katalogu przesłano do Strony już wcześniej przy piśmie PWIF z dnia [...] r.), celem - jak podała Strona - zajęcia przez Stronę stanowiska w powyższej sprawie.

4.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF odmówił przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka J.P. jako dowodu sprzecznego z prawem.

Postanowienie uzasadnił tym, że żądanie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka J.P. (adres do doręczeń: [...]) na okoliczność prowadzenia określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia przez Stronę lub braku takiego upoważnienia - jest niedopuszczalne.

Wskazanie adwokata, osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy adwokackiej co do faktów, z którym zapoznał się świadcząc pomoc prawną, pełnomocnika [...] Sp. z o.o. w odrębnym postępowaniu przed Organem znak [...] (w sprawie wcześniejszego prowadzenia przez tego przedsiębiorcę niedozwolonej reklamy tych samych aptek „[...]” w formie podobnego, jak w niniejszej sprawie, Katalogu „[...]”), w którym składał oświadczenia sprzeczne ze stanowiskiem Strony w niniejszym postępowaniu, jest celowym, cynicznym działaniem zmuszającym Organ do oddalenia tego wniosku dowodowego.

Zgodnie z przepisami art. 6 ust. 1-3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188, z późn. zm.), adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej; obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie i nie można zwolnić go od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów,

o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

5.

W związku z brakiem udzielenia przez Stronę w wyznaczonym terminie odpowiedzi na pismo PWIF z dnia [...] r., doręczone w dniu [...] r., Organ poinformował Stronę pismem z dnia [...] r. o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego w niniejszym postępowaniu administracyjnym.

PWIF przypomniał, że pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., ponownie (po raz drugi) wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że nie prowadziła po 1 stycznia 2012 r. i nie prowadzi nadal, także na podstawie stosunku obligacyjnego z osobą trzecią, reklamy swoich aptek w cyklicznie wydawanych katalogach produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek Strony, w tym także katalogu „[...]” będącego wkładką do czasopisma [...] nr [...] z dnia [...] r.

PWIF w piśmie tym, odnosząc się do wcześniejszych wniosków dowodowych zawartych w piśmie Strony z dnia [...] r., zażądał doprecyzowania i uszczegółowienia, co Strona miała konkretnie na względzie, formułując wnioski dowodowe.

Organ uznał, że Strona widocznie nie zamierzała - w swoim interesie - przedłożyć PWIF doprecyzowania i uszczegółowienia wniosków dowodowych, a PWIF jako organ prowadzący postępowanie, nie był obowiązany oczekiwać w nieskończoność na stanowisko Strony.

Zdaniem PWIF istotne było wykazanie, że Strona nie zleciła [...] Sp. z o.o. produkcji i dystrybucji, kwestionowanego przez organ nadzoru farmaceutycznego, katalogu zawierającego treści reklamowe. Temu zaś mogło służyć np.: doręczenie Organowi umowy Strony z producentem katalogu, celem ustalenia zakresu przedmiotowego zlecenia; doręczenie Organowi innych dokumentów udowadniających lub uprawdopodobniających, że w aptekach Strony nie wzrosły przychody po wydaniu i rozpowszechnieniu katalogu.

W tych okolicznościach PWIF uznał, że ustalenie czy materiały zgromadzone w aktach sprawy (katalog „[...]”) stanowią nośnik reklamowy apteki, jest możliwe w oparciu o orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach dotyczących identycznych lub podobnych stanów faktycznych i poglądy naukowe doktryny prawa, a Strona miała przedstawić – ale nie przedstawiła - przekonujące argumenty świadczące o pozostawaniu przez sądy administracyjne w błędzie co do niedozwolonego reklamowego charakteru Katalogu.

Strona miała wykazać, że zebrała i zniszczyła (lub zleciła to osobie trzeciej) wszystkie egzemplarze Katalogu „[...]” wydrukowane na zamówienie Strony, oraz udowodnić, że wydanie Katalogu nie nastąpiło z zamiarem przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonywania zakupów produktów leczniczych i wyrobów medycznych w konkretnych, wskazanych w Katalogu aptekach z ich adresami, a celem Katalogu „[...]” nie było zwiększenie sprzedaży ww. produktów w aptekach.

Strona całkowicie zbagatelizowała żądania PWIF i zaniechała jakiegokolwiek odpowiedzi.

Organ pouczył 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. Prawo to mogło być zrealizowane w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma, bowiem po tym terminie miała być w przedmiotowej sprawie wydana decyzja administracyjna.

Akta sprawy były dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu. Przypomniano Stronie treść art. 41 i 73 K.p.a.

6.

Strona całkowicie zbagatelizowała żądania PWIF i zaniechała jakiegokolwiek

odpowiedzi.

W tych okolicznościach, na podstawie art. 94a ust. 2-4 oraz art. 129b ust. 1, 2 i 4 P.f. oraz art. 104 K.p.a., po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W. reklamy aptek „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...] R.), PWIF decyzją z dnia [...] r.:

- 1) nakazał Stronie zaprzestać prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, reklamy aptek „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...] R.);
- 2) nałożył na Stronę 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;
- 3) decyzji w pkt. 1 nadał rygor natychmiastowej wykonalności.

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

Biorąc pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, że: Strona była już uprzednio karana przez PWIF (decyzją ostateczną znak [...] z dnia [...] r., utrzymaną w mocy decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r.) karą pieniężną w wysokości [...] zł za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze Województwa P.; 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; reklama Aptek i ich działalność była stała i długotrwała (trwała ponad [...] lata po wejściu w życie znowelizowanej P.f. w cyklicznie i ciągle wydawanych katalogach cenowych [...]), a dotyczyła tych samych dwóch aptek z P.; decyzja ostateczna znak [...] z dnia [...] r., utrzymana w mocy decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r. dotyczyła 5-krotnego wydania katalogów, spośród wielu innych wydawnictw; PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa p. o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.: umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.rzeszow.wif.gov.pl - nałożona na Stronę kara pieniężna w wysokości [...] zł, wynosząca tylko [...] % maksymalnego ustawowego wymiaru kary, była adekwatna do okoliczności i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

W poprzednim rozstrzygnięciu Organu decyzją znak [...] z dnia [...] r. na Stronę została nałożona kara dwukrotnie mniejsza, ponieważ w tamtym stanie faktycznym należało uwzględnić stosunkowo wówczas krótki okres (liczony tylko od dnia 1 stycznia 2012 r., choć był on zdecydowanie dłuższy, ale częściowo w okresie pod rządem nie znowelizowanego jeszcze P.f.).

W dniu wydania decyzji z dnia [...] r. był to już ponad [...] okres, mimo świadomości Strony odnośnie do wszczęcia i prowadzenia w tej sprawie postępowania administracyjnego.

Strona nie zamierzała zaprzestać reklamy Aptek w formie różnych wydawnictw, prowadzonej przy udziale osób trzecich.

Strona w toku postępowania konsekwentnie odmawiała współpracy z Organem poprzez zaniechanie dostarczania na żądanie Organu wyjaśnień i dowodów umożliwiających ustalić rzeczywisty stan sprawy, zgodny ze stanowiskiem Strony.

Strona była zainteresowana wyłącznie umorzeniem postępowania, a Organ nie mógł dać wiary pustym stwierdzeniom Strony, nie popartym żadnymi dowodami.

Natomiast wnioskowane dowody ze świadków były albo sprzeczne z prawem (tajemnica adwokacka, konflikt interesów pełnomocnika [...] w innej sprawie przed Organem,

pełnomocnik Strony jako świadek) albo oczywiście bezzasadne, a zgłoszone dowody ze świadków nie miały znaczenia dla sprawy, natomiast świadkowie oczywiście nie mogli mieć wiedzy w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania; fakty znane Organowi z urzędu nie wymagały dowodu - należało wydać cztery postanowienia o odmowie przeprowadzenia tych dowodów, zgodnie z dyspozycją art. 78 § 2 K.p.a.

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

7.

Na skutek odwołania Strony, Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją z dnia [...] r. znak [...] uchylił decyzję PWIF z dnia [...] r. i przekazał sprawę Organowi do ponownego rozpoznania.

Organ I instancji ponownie rozpatrując sprawę, z uwagi na wytyczne organu odwoławczego miał obowiązek ustalić i przeprowadzić poniższe postępowanie dowodowe:

- 1) określić, czy pomiędzy Stroną a Wydawcą istniała umowa lub inny stosunek zobowiązaniowy, których przedmiotem było zlecenie druku w Katalogu [...] obowiązującym od [...] do [...] r.;
- 2) ustalić: zakres informacji zleczanych przez Stronę do umieszczenia w katalogu; zasady umieszczania w treści katalogu poszczególnych informacji (odpowiedzialność danych podmiotów w tym zakresie, a także odpowiedzialność za szatę graficzną; zasady dystrybucji przedmiotowego katalogu (np. czy tylko poprzez „wkładki” do gazety „[...]”);
- 3) wskazać: czy ceny produktów leczniczych z katalogów reklamowych są zawsze zgodne z cenami tych produktów dostępnych w ww. aptekach; kto ustala ceny produktów leczniczych znajdujących się w katalogu reklamowym; kto zleca wydawcy gazety „[...]” kolportaż na terenie województwa [...] katalogu reklamowego jako dodatku do gazety; w jakim celu wydawany jest katalog reklamowy;
- 4) zwrócić się do Wydawcy z wnioskiem o złożenie wyjaśnień czy istniała umowa pomiędzy Stroną a Wydawcą, której przedmiotem było zlecenie druku i kolportażu przedmiotowego katalogu reklamowego oraz wskazanie kto upoważnił Wydawcę do przedstawienia cen przy produktach leczniczych zamieszczonych w katalogach cenowych;
- 5) przesłuchać Stronę.

Z uwagi na powyższe wytyczne Głównego Inspektora Farmaceutycznego, PWIF odrębnymi pismami z dnia [...] r. wezwał Stronę i Wydawcę do złożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wyjaśnień odnośnie do przedmiotu wyżej wskazanych 5 żądań zawartych w wytycznych organu odwoławczego.

8.

Strona pismem z dnia [...] r., otrzymanym przez Organ w dniu [...] r., poprosiła o wydłużenie terminu do udzielenia odpowiedzi do dnia [...] r. i zobowiązała się do przedłożenia nie później niż w tym terminie swojego stanowiska na podstawie analizy argumentów i przygotowanych wyjaśnień oraz dokumentów.

Wydawca do dnia wydania niniejszej decyzji w ogóle nie odpowiedział na wezwanie Organu z dnia [...] r.

9.

Wobec bezskutecznego upływu terminu, który sama Strona sobie wyznaczyła, Organ pismem z dnia [...] r. upomniął Stronę, że nie dotrzymała własnego zobowiązania przez okres ponad miesiąc.

Organ ponownie i po raz ostateczny wezwał Stronę do udzielenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, odpowiedzi na zadane pytania, odniesienie się do przytoczonych z poprzedniego postępowania zarzutów oraz stwierdzonych faktów, a także przedłożenie

wszelkich wyjaśnień i dowodów, w tym dowodów z dokumentów - pod rygorem ich pominięcia w rozstrzygnięciu sprawy.

Strona do dnia wydania niniejszej decyzji w ogóle nie odpowiedziała na wezwanie Organu.

10.

Pismem z dnia [...] r. PWIF zawiadomił Stronę, że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie wszczętej z urzędu, dotyczącej prowadzenia przez Stronę reklamy Aptek.

Jednocześnie poinformował, 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.

Zgodnie z art. 73 K.p.a., Strona miała prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów, żądania uwierzytelnienia odpisów lub kopii akt sprawy lub wydania jej z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów, o ile byłoby to uzasadnione ważnym interesem strony.

Organ przypomniał, że Strona pismem z dnia [...] r., otrzymanym przez Organ w dniu [...] r., poinformowała PWIF, że prowadzi analizę wszystkich argumentów podniesionych w piśmie Organu i jest gotowa przedłożyć stosowne wyjaśnienia oraz dokumenty wraz z odpowiednimi wnioskami dowodowymi, przy czym z uwagi na obszerność tematu, jak też szczegółowość podniesionych też ze strony Organu, wnosi o wydłużenie terminu do udzielenia odpowiedzi do dnia [...] r.

Od tego terminu, wskazanego przez Stronę, upłynęło dwa i pół miesiąca, a Strona zapewne nadal prowadzi bardzo wnikliwą analizę wszystkich argumentów podniesionych w piśmie Organu i jest ciągle gotowa przedłożyć stosowne wyjaśnienia oraz dokumenty wraz z odpowiednimi wnioskami dowodowymi, tyle że gotowość nie może się zmaterializować.

W związku z powyższym Organ oświadczył, że nie zamierza oczekiwać w nieskończoność na stanowisko Strony i postanowił zakończyć postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie.

PWIF, realizując wytyczne Głównego Inspektora Farmaceutycznego zawarte w decyzji z dnia [...] r. znak [...] uchylającej decyzję PWIF z dnia [...] r. i przekazującej sprawę Organowi I instancji do ponownego rozpoznania, postanowił:

- a) stwierdzić, że pomiędzy Stroną a Wydawcą istniała umowa lub inny stosunek zobowiązaniowy, których przedmiotem było zlecenie druku w Katalogu [...] obowiązującym od [...] do [...] r., ale Strona odmówiła ich udostępnienia;
- b) stwierdzić, że wobec oporu Strony nie jest możliwe ustalenie zakresu informacji zleczanych przez Stronę do umieszczenia w katalogu; zasad umieszczania w treści katalogu poszczególnych informacji (odpowiedzialności danych podmiotów w tym zakresie, a także odpowiedzialności za szatę graficzną; zasad dystrybucji przedmiotowego katalogu (np. czy tylko poprzez „wkładki” do gazety „[...]”));
- c) stwierdzić, że wobec obstrukcji Strony nie da się ustalić, czy ceny produktów leczniczych z katalogów reklamowych są zawsze zgodne z cenami tych produktów dostępnych w ww. aptekach; kto ustala ceny produktów leczniczych znajdujących się w katalogu reklamowym; kto zleca wydawcy gazety „[...]” kolportaż na terenie województwa [...] katalogu reklamowego jako dodatku do gazety; w jakim celu wydawany jest katalog reklamowy;
- d) stwierdzić, że zwrócenie się do Wydawcy z wnioskiem o złożenie wyjaśnień czy istniała umowa pomiędzy Stroną a Wydawcą, której przedmiotem było zlecenie druku i kolportażu przedmiotowego katalogu reklamowego oraz wskazanie kto upoważnił Wydawcę do przedstawienia cen przy produktach leczniczych zamieszczonych

- w katalogach cenowych, było bezskuteczne;
- e) odstąpić od przeprowadzenia dowodu z przesłuchania Strony odmawiającej dostępu do dokumentów i nie udzielającej wyjaśnień na piśmie, jako bezcelowego;
 - f) wydać decyzję stosowną do wyników ponownego postępowania administracyjnego oraz negatywnego stanowiska Strony wobec ustaleń Organu.

11.

W dniu [...] r. w siedzibie PWIF stał się R.S., który przedstawił pełnomocnictwo Strony do jej zastępowania w niniejszej sprawie – tylko w zakresie czynności związanych z badaniem akt.

Pełnomocnik zapoznał się z aktami sprawy i sporządził osobiste notatki.

Mimo oczekiwania Organu, że w wyniku zapoznania się z aktami sprawy Strona zajmie stanowisko wobec zarzutów Organu, nic takiego nie nastąpiło.

Do dnia wydania niniejszej decyzji Strona przez kolejny miesiąc od dnia wizyty pełnomocnika – wbrew swojej informacji w piśmie z dnia [...] r., otrzymanym przez Organ w dniu [...] r., że prowadzi analizę wszystkich argumentów podniesionych we wcześniejszym piśmie Organu i jest gotowa przedłożyć stosowne wyjaśnienia oraz dokumenty wraz z odpowiednimi wnioskami dowodowymi, przy czym z uwagi na obszerność tematu, jak też szczegółowość podniesionych tez ze strony Organu, wnosi o wydłużenie terminu do udzielenia odpowiedzi do dnia [...] r. - nie zajęła stanowiska, a zatem należało przyjąć, że Strona nie przeprowadziła żadnej analizy wszystkich argumentów podniesionych we wcześniejszym piśmie Organu i nie zamierzała przedłożyć jakichkolwiek wyjaśnień ani dokumentów lub wniosków dowodowych.

Strona nie zamierzała również odnieść się do wezwania PWIF realizującego wytyczne Głównego Inspektora Farmaceutycznego zawarte w decyzji z dnia [...] r. znak [...] uchylającej decyzję PWIF z dnia [...] r. i przekazującej sprawę Organowi I instancji do ponownego rozpoznania, natomiast spowodowała ze swojej winy zwłokę w rozstrzygnięciu sprawy o ponad [...] miesiące (nie licząc koniecznego z powodu trwania przepływu korespondencji pocztą tradycyjną) oczekiwania Organu na odpowiedzi Strony na kolejne wezwania).

PWIF zważył, co następuje:

I.

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

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

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

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

Podobnie orzekają wojewódzkie sądy administracyjne (np. wyrok WSA w 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.

Działalność, na którą Strona ma zezwolenie jest wprawdzie działalnością gospodarczą,

ale regulowaną, podlegającą dodatkowym ograniczeniom.

Wdrożenie do porządku krajowego w Polsce przepisu art. 94a ust. 1 P.f. nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Polska przystępując do Unii Europejskiej na mocy Traktatu, zwanego Traktatem Ateńskim (Dz. U. UE z 2003 r. L 236, poz. 17, z późn. zm.), od dnia przystąpienia jest związana postanowieniami Traktatów Założycielskich i aktów przyjętych przez Instytucje Wspólnot przed dniem przystąpienia, jak również stała się adresatem dyrektyw i decyzji w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz. U. WE z 2002 r. C 325 z późn. zm.).

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

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

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

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

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

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

Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (np. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, W. 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. – informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

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

Jak zauważa się w literaturze – jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego - „podstawowym elementem reklamy działalności apteki lub punktu aptecznego jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym” (M. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, SIP LEX, stan prawny na 1 lipca 2009 r.).

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

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

Podobne poglądy znaleźć można w orzecznictwie i to na gruncie poprzednich, mniej restrykcyjnych norm (zob. wyrok WSA w 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. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

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

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

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

Reklama apteki i jej działalności ma charakter publiczny. Termin „publiczny” oznacza według Słownika Języka Polskiego pod red. prof. M. Szymczaka: „ogólny, dostępny dla wszystkich, dotyczący ogółu ludzi” (Wyd. PWN, W. 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) stwierdzono, że:

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

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

Świadczy o tym – obecnie już jednolite na gruncie nowych regulacji - orzecznictwo sądów administracyjnych, ale też zmieniające się w jednym kierunku poglądy przedstawicieli nauki i praktyków z wolnych zawodów prawniczych, ukształtowane w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki lub przez przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie podmiotów prowadzących apteki tzw. programów lojalnościowych, a także w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia kary pieniężnej - por. wyroki WSA w 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 - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

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

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

Jak stwierdzają komentatorzy zasady zakazu reklamy aptek i ich działalności

(zob. M. 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. Szczególny sprzeciw ze strony wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych budziły akcje typu "lek za grosz", bądź "lek za złotówkę" (A. Twardowska, Reklama dźwignią handlu lekarstwami, Gazeta Wyborcza z 27 listopada 2006 r.). Ich celem było zazwyczaj obejście przepisów wprowadzających zakaz reklamy leków refundowanych. Działalność aptek ogólnodostępnych była również wykorzystywana przez koncerny farmaceutyczne, które oferowały aptekom różnego rodzaju prezenty w zamian za sprzedaż określonej ilości leków na receptę. Aby osiągnąć 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.

Organ pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia

19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

Powyższe stanowi obowiązek każdego farmaceuty, zatem w ocenie Organu, tworzenie odrębnego katalogu dla świadczenia ustawowego obowiązku jest zbędne i ma na celu stworzenie w świadomości pacjenta poczucia pewnego rodzaju doinformowania i samodzielnego – z pominięciem lekarza i farmaceuty – podejmowania decyzji o stosowaniu produktów leczniczych.

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

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

II.

Strona prowadzi Apteki, które zostały uwzględnione w inkryminowanym Katalogu [...] jako przedmiot ich reklamy i reklamy ich działalności:

- 1) w R., ul. [...] (w [...]) na podstawie zezwolenia PWIF znak [...] z dnia [...] r.;
- 2) w R., Al. [...] (w [...] R.) na podstawie zezwolenia PWIF znak [...] z dnia [...] r.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że reklama Aptek i ich działalności w formie Katalogu [...], na podstawie umowy Strony (której okazania organ się nie doczekał) z podmiotem będącym m.in. producentem lub zamawiającym u podmiotów trzecich produkcję ulotek, folderów i innych materiałów reklamowych, posiada formę i treść niedozwoloną.

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Aptek, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Apteki, poprzez zlecenie osobie trzeciej wydawania Katalogu „[...]”, będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad [...] egzemplarzy. Katalog jest wydawany przez [...] Sp. z o.o. w W., ul. [...], nr NIP [...], o czym wydawca informuje w katalogu, na zlecenie Strony.

Katalog zawiera zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych, które - w powiązaniu z adresami Aptek - stanowią niedozwoloną reklamę tych aptek.

Organ ustalił, że publiczne rozpowszechnianie Katalogu „[...]” zawierającego wykaz aptek „[...]” na terenie Polski, w tym także aptek z terenu P., w tym Aptek, których dotyczy niniejsze postępowanie, jest przejawem naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

W ocenie Organu, uwidocznienie w katalogach cenowych Aptek prowadzonych przez Stronę, zachęca nieokreśloną ilość pacjentów, osób nie posiadających rozeznania w swoich potrzebach zdrowotnych i odpowiadających tym potrzebom właściwych produktów leczniczych, do dokonywania zakupu produktów w Aptekach, których wykaz zamieszczony jest w katalogach cenowych.

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

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

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 31.12.2011 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, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów czy gazetek. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w 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 reklamę działalności apteki zostały uznane również czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczanie obok nazwy apteki napisów: niskie ceny,

wysokie rabaty.

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów. W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

Na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ust. 1 P.f. należy stwierdzić, że reklama apteki jest wszystko to, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki. I nie ma tutaj znaczenia czy jest ona skierowana do publicznej wiadomości.

PWIF uważa, że „reklamą aptek oraz ich działalności” w rozumieniu art. 94a ust. 1 P.f. jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych, w szczególności sprzedaży uwarunkowanej, upustów, rabatów, bonifikat, pakietów i uczestnictwa w programach lojalnościowych, darowizn, nagród, prezentów, upominków, wycieczek, loterii, losowań, wszelkich form życzeń, transakcji wiązanych, ułatwień, zakupów lub usług sponsorowanych, wszelkiego rodzaju talonów, bonów oraz innych niewymienionych z nazwy korzyści.

Za szerokim rozumieniem reklamy przemawia fakt, że ustawodawca nie zawarł w art. 94a ust. 1 P.f. żadnych wyłączeń, 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, mimo wszelkich przeszkód jakich nie szczędziła Strona, że Apteki uczestniczą w działalności reklamowej, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, poprzez zamieszczenie ich nazw i adresów w Katalogu [...].

Oceniając uczestnictwo Aptek w prowadzonej przez Stronę działalności reklamowej, należy stwierdzić, że stanowi ono niedopuszczalną reklamę Apteki i jej działalności, a tym samym narusza art. 94a ust. 1 P.f. w obowiązującym jej brzmieniu.

Z podstawowych warunków prowadzenia działalności, zawartych w udzielonych Stronie zezwoleniach 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 Aptekach, 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.

Nie może być kwestionowana kompetencja wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 94a ust. 2 P.f. sprawującego nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wyraża się w uprawnieniu zawartym w art. 94a ust. 3 i 4 P.f., iż w razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1, wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje (ma prawny obowiązek nakazać), w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Ponieważ wydawanie katalogów przez Stronę miało charakter stały, choć cykliczny, nie może ona twierdzić, że Katalog „[...]”, będący wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad [...] egzemplarzy, ma charakter periodyczny i okres rzekomego obowiązywania w nim wskazany.

Mogłoby to stanowić zarzut, że w dacie wydania niniejszej decyzji katalog ten „nie obowiązuje”. Tego rodzaju katalog nie ma mocy ani okresu obowiązywania, bo okoliczności te nie są zagwarantowane środkami przymusu państwowego.

Z chwilą bowiem jego rozpowszechnienia, wydawca traci nad nim kontrolę w czasie, przestrzeni i w odniesieniu do odbiorców – jest on publiczny i wszechobecny.

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

III.

Organ - po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Aptek, poprzez zlecenie wydania Katalogu „[...]” obowiązującego od [...] do [...] r., będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną przez [...] Sp. z o.o. w W., który o tym poinformował w katalogu – uznał, że fakt prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy miał miejsce i w tym zakresie nie ma żadnych wątpliwości.

Musiał jednak wziąć pod uwagę brak dowodów na prowadzenie takiej reklamy Aptek, poprzez zlecenie wydawanie Katalogu „[...]”, będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną przez [...] Sp. z o.o. w W., po dniu [...] r.

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/GI 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 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).

IV.

W aktualnym stanie prawnym, w którym wynik postępowania administracyjnego prowadzonego z urzędu zależy jest nie tylko od działań Organu, ale także od aktywności Strony, przy braku wyposażenia organu nadzoru farmaceutycznego w skuteczne instrumenty prawne objęte przymusem państwowym, Organ musiał stwierdzić, że: pomiędzy Stroną a Wydawcą istniała umowa lub inny stosunek zobowiązaniowy, których przedmiotem było zlecenie druku w Katalogu [...] obowiązującym od [...] do [...] r., ale Strona odmówiła ich udostępnienia; wobec oporu Strony nie jest możliwe ustalenie zakresu informacji zleczanych przez Stronę do umieszczenia w katalogu; zasad umieszczania w treści katalogu poszczególnych informacji (odpowiedzialności danych podmiotów w tym zakresie, a także odpowiedzialności za szatę graficzną; zasad dystrybucji przedmiotowego katalogu (np. czy tylko poprzez „wkładki” do gazety „[...]”); wobec obstrukcji Strony nie da się ustalić, czy ceny produktów leczniczych z katalogów reklamowych są zawsze zgodne z cenami tych produktów dostępnych w ww. aptekach; kto ustala ceny produktów leczniczych znajdujących się w katalogu reklamowym; kto zleca wydawcy gazety „[...]” kolportaż na terenie województwa [...] katalogu reklamowego jako dodatku do gazety; w jakim celu wydawany jest katalog reklamowy; zwrócenie się do Wydawcy z wnioskiem o złożenie wyjaśnień czy istniała umowa pomiędzy Stroną a Wydawcą, której przedmiotem było zlecenie druku i kolportażu przedmiotowego katalogu reklamowego oraz wskazanie kto upoważnił Wydawcę do przedstawienia cen przy produktach leczniczych zamieszczonych w katalogach cenowych, było bezskuteczne.

W tych okolicznościach należało odstąpić od przeprowadzenia wnioskowanego przez Stronę dowodu z przesłuchania Strony odmawiającej przecież konsekwentnie dostępu do dokumentów i nie udzielającej wyjaśnień na piśmie, jako bezcelowego.

Stosownie do treści art. 86 K.p.a., jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub z powodu ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne do rozstrzygnięcia sprawy, organ administracji publicznej dla ich wyjaśnienia może przesłuchać stronę; do przesłuchania stron stosuje się przepisy dotyczące świadków, ale niestety z wyłączeniem przepisów o środkach przymusu.

Nie można ukarać Strony za odmowę udzielenia odpowiedzi na pytania ani za niestawiennictwo na wezwanie organu administracji publicznej.

Należało zatem wydać decyzję stosowną do wyników ponownego postępowania administracyjnego oraz negatywnego stanowiska Strony wobec ustaleń Organu.

W związku z powyższym, Organ uznał, że dalsze prowadzenie ponownego postępowania administracyjnego w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie z urzędu na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. w powyższym zakresie.

V.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności. Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej.

Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz

okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

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

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy. Nie ma przy tym znaczenia, że w dacie wydawania decyzji w zakresie kary działalność sprzeczna z prawem nie jest już – założmy teoretycznie – prowadzona. Była jednak w przeszłości prowadzona niewątpliwie i to wymaga kary.

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

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

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

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

- Strona była już uprzednio karana przez PWIF (decyzją ostateczną znak [...] z dnia [...] r., utrzymaną w mocy decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r.) karą pieniężną w wysokości [...] zł za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze Województwa [...];
- 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;
- reklama Aptek i ich działalność była stała i długotrwała (trwała prawie [...] lata po wejściu w życie znowelizowanej P.f. w cyklicznie i ciągle wydawanych katalogach cenowych [...]), a dotyczyła tych samych dwóch aptek z P. - co najmniej do dnia [...] r.;
- decyzja ostateczna znak [...] z dnia [...] r., utrzymana w mocy decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r. dotyczyła 5-krotnego wydania katalogów, spośród wielu innych wydawnictw;
- 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.,
- 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 i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

W poprzednim rozstrzygnięciu Organu decyzją znak [...] z dnia [...] r. na Stronę została nałożona kara mniejsza, ponieważ w tamtym stanie faktycznym należało uwzględnić stosunkowo wówczas krótki okres (liczony tylko od dnia 1 stycznia 2012 r., choć był on zdecydowanie dłuższy, ale w tym pod rządem nie znowelizowanym jeszcze P.f.).

W dniu wydania niniejszej decyzji jest to już ponad dwuletni okres, mimo świadomości Strony odnośnie do wszczęcia i prowadzenia w tej sprawie postępowania administracyjnego.

Strona nie zamierza zaprzestać reklamy Aptek w formie różnych wydawnictw, prowadzonej przy udziale osób trzecich.

Strona w toku postępowania konsekwentnie odmawiała współpracy z Organem poprzez zaniechanie dostarczania na żądanie Organu wyjaśnień i dowodów umożliwiających

ustalić rzeczywisty stan sprawy, zgodny ze stanowiskiem Strony.

Strona była zainteresowana wyłącznie umorzeniem postępowania, a Organ nie mógł dać wiary pustym stwierdzeniom Strony, nie popartym żadnymi dowodami.

Natomiast wnioskowane dowody ze świadków były albo sprzeczne z prawem (tajemnica adwokacka, konflikt interesów pełnomocnika [...] w innej sprawie przed Organem, pełnomocnik Strony jako świadek) albo oczywiście bezzasadne, gdyż dotyczyły okoliczności już stwierdzonych innymi dowodami przeciwnymi, a zgłoszone dowody ze świadków nie miały znaczenia dla sprawy, natomiast świadkowie oczywiście nie mogli mieć wiedzy w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania; fakty znane Organowi z urzędu nie wymagają dowodu - należało wydać cztery postanowienia o odmowie przeprowadzenia tych dowodów, zgodnie z dyspozycją art. 78 § 2 K.p.a.

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 W., za moim pośrednictwem, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

Otrzymuje:

1. Adresat – za potwierdzeniem odbioru;
2. a/a.