

R., dnia września 2016 r.

FARZ-DA.8523.14.2016

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2-4 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.), zwanej dalej „P.f.”, oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23), zwanej dalej „K.p.a.”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...], NIP [...], prowadzącego działalność pod firmą [...], niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej położonej w P., ul. [...], i jej działalności, w związku z wynikiem kontroli planowej przeprowadzonej przez upoważnionych inspektorów farmaceutycznych Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...]r., zakończonej protokołem znak [...] z dnia [...] r., podczas której stwierdzono nieprawidłowości dotyczące naruszenia art. 94a P.f.,

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie w sprawie prowadzenia przez [...], zam. [...] P., ul. [...], NIP [...], prowadzącego działalność pod firmą [...], niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej położonej w P., ul. [...], i jej działalności poprzez realizację zamówień internetowych produktów leczniczych składanych za pośrednictwem strony internetowej [...], na podstawie umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa apteki w projekcie „[...]” zawartej w dniu [...]r.;
- 2) nakłada na [...] karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...]złotych) z tytułu naruszania przepisu art. 94a P.f. poprzez realizowanie zamówień internetowych, w związku z uczestnictwem tej apteki w “[...]” w okresie od dnia [...] r. co najmniej do dnia [...] 2016.

Uzasadnienie

Uzasadnienie faktyczne

[...], zam. [...] P., ul. [...], NIP [...], prowadzący działalność pod [...] (dalej zwany: „Stroną”), posiada koncesję na prowadzenie apteki znak [...].

W toku kontroli planowej przeprowadzonej w aptece ogólnodostępnej położonej w P. ul, [...] (dalej zwanej: „Apteką”), przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...]r. zakończonej protokołem znak [...] r. stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f.

Kontrolujący stwierdzili w punkcie XVI protokołu, że Apteka uczestniczy w „[...]”.

Sporządzono wydruk za okres od dnia [...] do dnia [...] r. z rejestru faktur VAT

zakupu – w załączeniu do protokołu.

W kontrolowanym okresie zrealizowano [...] zamówień internetowych, faktury internetowe oznaczone są napisem [...] i numeracja ich zaczyna się literami [...].

Na fakturze internetowej odbiorcą i nabywcą jest: Apteka [...]. Do faktury dołączona jest specyfikacja zamówień, w której wyszczególniony jest klient (osoba zamawiająca internetowo). Specyfikacja oznaczona jest identycznym numerem faktury oraz numerem zamówienia jak faktura [...]. Specyfikacja dodatkowo zawiera numer telefonu odbiorcy, który odbiera z apteki zamówiony towar wraz z specyfikacją.

Podczas kontroli sprawdzono oryginały faktur zakupu znajdujące się w aptece za okres od dnia [...] r. do dnia [...] r. (oryginały faktur zakupu za [...]r. wg oświadczenia kierownika znajdując się w biurze rachunkowym).

Według ustnego oświadczenia kierownika Apteki, Apteka nie uczestniczy w programach lojalnościowych.

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

PWIF poinformował Stronę, że zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 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 związku z powyższym PWIF wezwał Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień i dowodów świadczących o tym, że w Aptece jest prowadzona działalność zgodna z przepisami prawa, w tym w szczególności:

- oryginałów lub uwierzytelnionych odpisów dokumentów, na podstawie których Apteka uczestniczy w realizacji zamówień internetowych ze strony internetowej [...];
- uwierzytelnionych kopii faktur, zawierających asortyment będący przedmiotem zamówień internetowych ze strony internetowej [...] za okres od dnia zawarcia umowy na realizację zamówień internetowych do dnia wezwania;

i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone.

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

Strona została pouczone, że akta sprawy były dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po uprzednim telefonicznym lub osobistym uzgodnieniu terminu, oraz że Strona ma możliwość złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie oraz wyjaśnień na piśmie.

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo Strony z dnia [...] r., w którym Strona wyjaśniła, że Internetowy system zamawiania leków umożliwia pacjentowi jedynie zamawianie leków i innych produktów dostępnych w aptekach oraz odebranie ich w konkretnej aptece. Wspomniany system jedynie informuje pacjentów o ofercie produktów dostępnych do nabycia w aptece. System ten jest platformą służącą składaniu przez pacjentów zamówień na produkty lecznicze, wyroby medyczne oraz środki dietetyczne i kosmetyki, dopuszczone do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i posiadające wszelkie wymagane przepisami prawa zezwolenia i atesty. Należy przy tym podkreślić, iż 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 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.

Wskazał, że tutejsza 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 przygotowywana jest – przez zakup w hurtowni farmaceutycznej wskazanych przez pacjenta produktów – do sprzedaży zamówionych produktów.

Strona podkreśliła, że na portalu [...] nie umieszczono na temat apteki żadnych informacji, ani elementów o charakterze reklamowym. Ponadto każda apteka na terenie Polski może być miejscem odbioru leków zamawianych przez pacjenta na stronie [...] po uprzednim podpisaniu odpowiedniej umowy.

Strona w załączeniu do w/w pisma przesłała:

- oryginał umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie „[...]” zawartą w dniu [...] r.,
- wydruk specyfikacji faktur, zawierających asortyment będący przedmiotem zamówień internetowych ze strony internetowej [...] za okres od dnia [...]r. do dnia [...] r.

Strona stwierdziła, że z innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie przez nią aptek ma wyłącznie formy prawnie dozwolone oświadcza, że apteka nie uczestniczy w programach lojalnościowych i innych czynnościach niezgodnych z obowiązującym prawem.

Strona oświadczyła również, że nigdy nie przepuszczała, że ten sposób zamawiania leków do apteki może mieć charakter reklamowy. Zamawiała bowiem w większości leki dla ogółu pacjentów w związku z brakami występującymi w standardowych kanałach dystrybucji, które były dostępne w danej chwili w internetowym systemie [...].

Na koniec Strona nadmieniła, że protokół kontroli apteki nie zawierał żadnych nieprawidłowości w całości działalności apteki. Poprzednie kontrole również nie stwierdziły poważnych uchybień – drobne niedociągnięcia usuwano w trakcie kontroli lub w najkrótszym terminie po wydaniu zaleceń.

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

Poinformowano Stronę, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

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

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

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

[...] w dniu [...] r. stawił się celem przeglądu akt sprawy znak: [...], zapoznał się z aktami sprawy, nie zażądał kopii ani odpisów akt sprawy. Przedłożył wydrukowany ze strony [...] artykuł „[...]” z dnia [...] r.

Wskazał, że na podstawie treści zawartych w tym artykule odnośnie internetowego systemu zamawiania leków zdecydował się na taką działalność. Strona poprosiła o włączenie artykułu do akt postępowania administracyjnego.

Postanowieniem z dnia [...] r. (przesyłka awizowana dnia [...]r., awizo ponowne [...]r., zwrot przesyłki [...] r. – skuteczne doręczenie) przedłożony przez Stronę artykuł włączono do akt sprawy.

Kolejnym postanowieniem z dnia [...] r. włączono do akt sprawy następujący materiał

dowodowy, protokół z kontroli planowej Apteki znak: [...] z dnia [...]r. wraz z załącznikami:
- rejestr faktur VAT zakupu, faktury niekorygujące (w cenach zakupu) za okres od [...];
- wydruk specyfikacji do faktury [...] z dnia [...] oraz faktury nr [...] z dnia [...];
- kopia faktury VAT nr [...]z dnia [...];
- specyfikacja zamówienia do faktury VAT nr [...] z dnia [...].

Postanowienie doręczono Stronie w dniu [...] r. pouczając ją, że na podstawie art. 124 § 2 K.p.a. odstąpiono od uzasadnienia postanowienia ze względu na fakt, że zgodnie z art. 141 § 1 i art. 127 § 1 w związku z art. 144 K.p.a., od tego postanowienia nie przysługuje zażalenie.

Uzasadnienie prawne

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

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

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

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

Przykładem takiego ograniczenia jest obowiązujący w dacie orzekania art. 94a ust. 1 P.f., który jednoznacznie stanowi, że „zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności”. Zdanie drugie tego przepisu mówi, że nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Działalność, na którą Strona ma zezwolenie jest wprawdzie działalnością gospodarczą, ale regulowaną, podlegającą dodatkowym ograniczeniom.

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

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

Przepis art. 94a P.f. w aktualnym brzmieniu został zmieniony dopiero z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 345)

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

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

Oznacza to, że na gruncie niniejszej sprawy reklamą apteki może być 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.

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

Reklama apteki i jej działalności ma charakter publiczny. Termin „publiczny” oznacza według Słownika Języka Polskiego pod red. prof. M. Szymczaka: „ogólny, dostępny dla wszystkich, dotyczący ogółu ludzi” (Wyd. PWN, Warszawa 1982 r., tom II, str. 1074).

„«Publiczny» sposób prowadzenia reklamy w inny sposób niż przez środki masowego przekazu, to sposób reklamy charakteryzujący się powszechnością, jawnością, ogólną dostępnością, jak i przeznaczeniem dla (lub do) ogółu w zależności od użytego sposobu jej wyrazu” (wyrok NSA OZ w Szczecinie z dnia 18 kwietnia 2001 r., SA/Sz 2000/00, LEX nr 48952).

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), oraz utrwalone przekonanie, aktualne na gruncie art. 94a P.f., 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.

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.

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.

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 naruszania 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, poprzez realizację zamówień składanych za pośrednictwem portalu www.doz.pl, na podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie "Internetowy System Zamawiania Leków" zawartej w dniu 1 marca 2011 r. jest 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.

Należy stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. VII SA/Wa 1960/07) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków,

jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów.

W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

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

PWIF uważa, że „reklamą aptek oraz ich działalności” w rozumieniu art. 94a ust. 1 P.f. jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych, w szczególności uczestnictwa w programach lojalnościowych oraz uzyskiwania innych niewymienionych z nazwy korzyści.

Za szerokim rozumieniem reklamy przemawia fakt, że ustawodawca nie zawarł w art. 94a ust. 1 P.f. żadnych wyłączeń, w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 P.f.

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 Warszawie 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 Dbam o Zdrowie (DOZ.PL) działającym za pośrednictwem strony internetowej www.doz.pl, 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 niedozwoloną 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 uczestniczy w „[...]”, umożliwiającą pacjentom składanie zamówień na produkty lecznicze, wyroby medyczne oraz środki dietetyczne, kosmetyczne i pielęgnacyjne za pośrednictwem strony internetowej [...].

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

Informacje umieszczone na stronie internetowej www.doz.pl wraz z udostępnionymi danymi Apteki stanowią reklamę Apteki i jej działalności, gdyż zachęcają pacjentów do dokonywania zakupu produktów w tej aptece oraz skłaniają ich do dalszych zakupów w Aptece.

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

Działalność Apteki 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 traktowana w kategoriach art. 94a ust. 1 P.f. jako forma reklamy Apteki i jej działalności.

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

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

Zauważyć ponadto należy, że katalog usług świadczonych przez Aptekę, o jakim mowa w art. 86 ust. 2 P.f., jest katalogiem zamkniętym.

Wykonywanie zatem przez Aptekę usług polegających na realizacji przez Aptekę zamówień składanych za pośrednictwem portalu www.doz.pl, na podstawie Umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie "Internetowy System Zamawiania Leków" zawartej w dniu 1 marca 2011 r., stanowi naruszenie tego przepisu, ale także warunków udzielonego przez PWIF zezwolenia na prowadzenie Apteki.

Z podstawowych warunków prowadzenia działalności, zawartych w udzielonym Stronie zezwoleniu wynika, że podjęcie działalności określonej w zezwoleniu i jej prowadzenie musi być zgodne z przepisami dotyczącymi produktów leczniczych, wyrobów medycznych i innego asortymentu, który może być przedmiotem obrotu prowadzonego w Aptece, 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.

Jeżeli zatem PWIF uzyskał informację, że Apteka prowadzi sprzedaż leków przy wykorzystaniu programu lojalnościowego „[...]”, to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było wszczęcie postępowania administracyjnego w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że nadal Strona prowadzi sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej apteki w działalności reklamowej, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę w sposób naruszający przepis art. 94a ust. 1 P.f.

W toku kontroli planowej w Aptece kontrolujący stwierdził w pkt XVI protokołu kontroli, że Apteka uczestniczy w realizacji zamówień internetowych – pacjent ma możliwość zamówienia asortymentu aptecznego ze strony internetowej www.doz.pl i osobistego odbioru zamówionego towaru w Aptece. Faktury zawierające dostarczony towar do Apteki oznaczane są hasłem „[...]” oraz posiadają numery zamówień internetowych.

W toku postępowania Strona przesłała zestawienie faktur za którego wynika, że w okresie od [...] r. do [...] r. apteka zrealizowała [...] faktur, na podstawie których Apteka nabyła produkty w celu realizacji zamówień złożonych w ramach [...].

W ocenie organu, udział Apteki w [...] obsługiwanym i zarządzanym przez Stronę co najmniej do dnia [...] r. zachęcał uczestników systemu do dokonywania zakupu produktów w tej Aptece. System skłaniał uczestników do dalszych zakupów w Aptece.

W dacie wydania niniejszej decyzji PWIF w dniu [...] r. dokonał sprawdzenia strony internetowej [...] i ustalił (a także włączył do akt sprawy kolorowe kopie w formie wydruków), że nowa wersja strony internetowej [...], ma już obecnie charakter neutralny, co może stanowić podstawę do umorzenia postępowania administracyjnego z urzędu.

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

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

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy. Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki działające w porozumieniu z innymi podmiotami.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy Aptek – także w przeszłości - 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 [...], w związku z realizacją przez Aptekę zamówień składanych za pośrednictwem portalu [...] (na którym zamieszczone były treści reklamowe i zachęcające do zakupów) na podstawie Umowy

o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w projekcie "[...]" zawartej w dniu [...] r. stanowiło niedozwoloną reklamę Apteki i jej działalności.

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

- 1) Strona nie była jeszcze karana przez PWIF za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f.,
 - 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
 - 3) reklama Apteki i jej działalności była stała i długotrwała (po wejściu w życie znowelizowanej P.f. trwała ponad [...] lata – co najmniej do dnia [...] r. - przy czym w tym okresie Apteka zrealizowała ponad [...] faktur zawierających asortyment będący przedmiotem zamówień internetowych ze strony [...]),
 - 4) 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.,
 - 5) umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem [...],
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, wynosząca tylko [...] % maksymalnego ustawowego wymiaru kary jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności.

Strona w toku postępowania współpracowała z Organem, dostarczyła na żądanie Organu wyjaśnienia i dowodu umożliwiające ustalić rzeczywisty stan sprawy.

W tych okolicznościach należało przy ponownym rozpoznawaniu sprawy uznać, że nastąpiła rezygnacja przez Stronę z realizacji przez Aptekę zamówień składanych za pośrednictwem portalu [...], w stosunku do dotychczasowych pacjentów oraz że Strona liczy na przyływ nowych.

Ponieważ jednak 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) Strona;
- 2) aa.