

**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 29 marca 2017 r.

FARZ-DA.8523.37.2016

[...] **Sp. z o.o.**

[...] G.

G [...]

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2016 r., poz. 2142, z późn. zm.), zwanej dalej „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 i art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.) zwanej dalej „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w G. NIP [...], niedozwolonej reklamy aptek o nazwie [...] mieszczących się w:

- S., przy ul. [...];
- P., przy ul. [...];
- D., przy ul. [...];
- F., przy ul. [...]

i ich działalności w związku z umieszczenie na profilu „[...]” na portalu społecznościowym Facebook plakatu zatytułowanego „[...]”

[...] **WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

- 1) umarza postępowanie w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w G. NIP [...], niedozwolonej reklamy aptek o nazwie [...] mieszczących się w:

- S., przy ul. [...];
- P., przy ul. [...];
- D., przy ul. [...];
- F., przy ul. [...]

i ich działalności w związku z umieszczenie na profilu „[...]” na portalu społecznościowym Facebook plakatu zatytułowanego „[...]”

- 2) nakłada na [...] Sp. z o.o. w G. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych) z tytułu naruszenia przepisu art. 94a P.f. poprzez umieszczenie na profilu „[...]” na portalu społecznościowym Facebook plakatu zatytułowanego „[...]”, którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w NBPO/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

Uzasadnienie

Uzasadnienie faktyczne

[...] Sp. z o.o. w G. NIP [...] (dalej zwana: „**Stroną**”) posiada zezwolenie P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego:

- znak [...] z dnia [...] na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w S., ul. [...];
- znak [...] z dnia [...] na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w P., ul. [...];
- znak [...] z dnia [...] na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w D., ul. [...];
- znak [...] z dnia [...] na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w F., ul. [...].

W dniu [...] do P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego (dalej zwany: „**Organem**” lub „**PWIF**”) wpłynęło pismo [...] Sp. z o.o. z dnia [...] informujące o pojawieniu się w Internecie na stronie Facebook „informacji o organizowanym przez Apteki [...] mieszczące się na terenie województwa p. (...) konkursie plastycznym dla dzieci, w którym dla zwycięzców czekają nagrody rzeczowe”.

Na stronie internetowej portalu społecznościowego Facebook został zamieszczony plakat zatytułowany „[...]”, na którym zostały wymienione apteki o nazwie [...] mieszczące min. w:

- S., przy ul. [...];
- P., przy ul. [...];
- D., przy ul. [...];
- F., przy ul. [...].

Na plakacie umieszczono również informacje: „Nagroda główna: [...] oraz [...]”, „Prace prosimy dostarczać osobiście do dnia [...]. Konkurs przeznaczony dla dzieci do 12 lat”. Do plakatu załączono informację: „Zapraszamy wszystkie dzieci biorące udział w konkursie plastycznym po odbiór nagród do [...] po dniu [...]” (wydruk w aktach sprawy).

Organ pismem z dnia [...] zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez nią niedozwolonej reklamy aptek o nazwie [...] mieszczących się w:

- S., przy ul. [...];
- P., przy ul. [...];
- D., przy ul. [...];
- F., przy ul. [...]

(dalej zwanych: „**Aptekami**”) i ich działalności, co stanowi naruszenie przepisów art. 94a ust. 1 P.f.

W związku z powyższym PWIF wezwał Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów 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. [...], 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.

Postanowieniem z dnia [...], PWIF poinformował Stronę o włączeniu do postępowania administracyjnego następujący materiał dowodowy:

- pismo [...] Sp. z o.o. z dnia [...] informujące o prowadzeniu działalności reklamowej Aptek;
- wydruk plakatu „[...]” oraz wydruk strony internetowej serwisu społecznościowego

Facebook na której został zamieszczony plakat.

W dniu [...] wpłynęło pismo Strony z dnia [...] z wyjaśnieniami. Na wstępie Strona wniosła o umorzenie postępowania w całości z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Odnosząc się do okoliczności faktycznych w dalszej części Strona wskazała, że zorganizowany przez Apteki [...] konkurs plastyczny nie stanowił działania o charakterze reklamowym, a tym samym nie miało miejsce naruszenia przepisu art. 94a ust 1 i 2 P.f.

Strona wskazała na szeroką wykładnię pojęcia reklama apteki, celem ustalenia zakresu dozwolonego działania przywołała stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wyroku z dnia 26 czerwca 2014 r. sygn. akt: II GSK 668/13 powołując się na orzeczenia wydawane w innych sprawach oraz stanowisko doktryny, stwierdził że „co do zasady z treści art. 94a ust. 1 u.p.f. nie wynika generalny zakaz reklamy działalności aptek, natomiast w literaturze i orzecznictwie sądowym wskazuje się na konieczność określenia granic dopuszczalnych zachowań związanych z promowaniem aptek. *"Z niedozwoloną reklamą działalności apteki (...) mamy do czynienia, gdy spełnione są łącznie trzy przesłanki:*

- *działalność ta nosi cechy reklamy,*
- *jest skierowana do publicznej wiadomości oraz*
- *odnosi 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"*

Strona wskazała również, iż w świetle stanowiska doktryny i judykatury trudno zakwalifikować działanie Aptek polegające na zorganizowaniu konkursu dla dzieci do lat 12, a zatem skierowanego do osób nie będących potencjalnymi klientami aptek, a ponadto który w żaden sposób nie odnosił się do produktów leczniczych, nie wiązał udziału w konkursie z dokonaniem żadnej transakcji w aptece, za działanie reklamowe. Nagrodą przewidzianą w konkursie był [...], a żadna z dodatkowych nagród niespodzianek nie stanowiła produktu leczniczego. Należy wskazać, że nawet temat przedmiotowego konkursu plastycznego nie był również w żaden sposób związany z działalnością aptek, zdrowiem ani też z produktami leczniczymi czy wyrobami medycznymi. Tym samym nie sposób przypisać przedmiotowym działaniom zamiaru osiągnięcia jakiegokolwiek korzyści w tym zwiększenia obrotów żadnej z Aptek, który to zamiar jest nieodłącznym elementem działań reklamowych.

Dodatkowo Strona podniosła, że umieszczenie plakatu na portalu społecznościowym Facebook nie miało na celu dotarcia do potencjalnych klientów Aptek, ponieważ plakat umieszczony został na profilu [...]. Profil nie jest oficjalnym profilem [...], lecz profilem pracowników [...] oraz ich wąskiego grona znajomych.

Strona poinformowała również, że organizując konkurs plastyczny nie miała na celu podjęcia żadnych działań reklamowych zmierzających do osiągnięcia zysku, a jedynym jej celem było sprawienie radości najmłodszym dzieciom, które czerpały z wykonania prac plastycznych ogromną radość. Niemniej jednak wobec wątpliwości co do charakteru konkursu jednak powziął P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny natychmiast post dotyczący konkursu został usunięty z prywatnego profilu naszych pracowników.

Pismem z dnia [...] Organ odpowiedział na wniosek Strony zawarty w piśmie z dnia [...], otrzymanym w dniu [...]. odnośnie umorzenia postępowania w całości z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Poinformował, że w sprawie wszczętej z urzędu nie jest uprawniony wniosek strony postępowania o jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Pismem z dnia [...] Organ zawiadomił Stronę, że zakończył postępowanie

wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

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

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

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

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

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

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 2016 r. poz. 1496), 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).

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 pogląd, zawarty w wyroku NSA z 11 marca 2015 r. II GSK 754/14: „Reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów. Szeroki sposób rozumienia reklamy działalności aptek uzasadnia również fakt, że art. 94a ust. 1 p.f., poza stwierdzeniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, nie zawiera katalogu działań, które byłyby ex lege wyłączone z zakresu tego pojęcia, jak ma to miejsce w przypadku reklamy produktu leczniczego.”

Należy przytoczyć również wyrok NSA w Warszawie z 14 stycznia 2015 r. II GSK 2269/13 „Reklamą apteki w rozumieniu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych. Ustawodawca wyłącza spod zakazu reklamy tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu drugim art. 94a ust. 1, to jest kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.”

Jeszcze bardziej rygorystycznie w kwestii reklamy wypowiedział się NSA w Warszawie w wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1000/13 w którym wskazał, iż „Zakaz reklamy działalności aptek obowiązuje bez względu na to, czy reklama jest skierowana do publicznej wiadomości i do jakich produktów się odnosi”

Odnosnie konkursów publikowanych w Internecie wypowiedział się Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 31 lipca 2015 r. sygn. akt VI SA/Wa 1146/15 „uczestnictwo prowadzonej przez skarżącą apteki ogólnodostępnej”(…)” w konkursie „(…)” jest komunikowane publicznie. Poprzez Internet i materiały informacyjne konkurs docierał do nieokreślonego kręgu potencjalnych klientów apteki, co niewątpliwie miało na celu zwiększenie obrotu apteki biorącej w nim udział.”, w tym samym wyroku w dalszej części Sąd wskazał, iż „konkurs „(…)” jest jedną z form reklamy. Konkursy tego rodzaju służą przyciągnięciu nowych klientów i zatrzymaniu starych, a w rezultacie mają za zadanie doprowadzenie do wzrostu sprzedaży produktów w aptecze”.

Organ na podstawie zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego materiału dowodowego ustalił, że Apteki uczestniczyły w konkursie plastycznym „[...]”, którego plakat opublikowany został na portalu społecznościowym Facebook na profilu „[...]”.

Udział Aptek w przedmiotowym konkursie zdaniem PWIF zachęcał pacjentów

do dokonywania zakupów w Aptekach prowadzonych przez Stronę, co stanowi naruszenie art. 94a P.f.

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

Celem konkursu, w którym Apteka brała udział było wywołanie u klienta stanu emocjonalnego zaangażowania. Kształtowanie swego rodzaju więzi pomiędzy klientem, a przedsiębiorcą prowadzi w rezultacie do wzrostu sprzedaży oferowanych towarów, często osłabiając pozycję konkurencji, jak również zapewniając bezpłatną reklamę.

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.

Organ poinformował, że wniosek Strony o umorzenie postępowania administracyjnego - w sprawie wszczętej z urzędu – w oparciu o treść art. 105 § 1 i 2 K.p.a., nie może być uwzględniony.

PWIF poinformował, że należy zauważyć, iż każdy z paragrafów 1 lub 2 wskazanego przez Stronę 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 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”.

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przez organ z urzędu, a nie na wniosek Strony, dlatego Strona nie może w ogóle wnosić o umorzenie postępowania „jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte”.

Bezprzedmiotowość postępowania występuje 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 wziął pod uwagę, że „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 Warszawie 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.

PWIF poinformował Stronę, że w związku z powyższym, a także - uwzględniając materialno - prawną i faktyczną podstawę zawartą w treści przepisów art. 94a ust. 1 i 2 P.f., które stanowią, że zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności; nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki; że wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek - prowadzenie postępowania z jakiegokolwiek powodu nie stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się zatem rozstrzygnięcie sprawy wyłącznie co do istoty w drodze decyzji administracyjnej, a nie jest dopuszczalne umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 lub § 2 K.p.a.

Zauważyć ponadto należy, że katalog usług świadczonych przez Aptekę, o jakim

mowa w art. 86 ust. 2 P.f., jest katalogiem zamkniętym.

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.

W dacie wydania niniejszej decyzji PWIF dokonał sprawdzenia na portalu społecznościowym Facebook na profilu „[...]” stwierdzając, że wszystkie treści związane z konkursem plastycznym „[...]” zostały usunięte, co stanowi podstawę do umorzenia postępowania administracyjnego z urzędu.

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 wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

Bezprzedmiotowość postępowania występuje 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 wziął pod uwagę, że „decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. wówczas, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, w szczególności wówczas, (...) gdy organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 września 2001 r. sygn. akt V SA 381/01 - www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

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.

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 Aptek i ich działalności polegała na uczestnictwie czterech Aptek w konkursie na portalu społecznościowym Facebook,
 - 4) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.,
 - 5) umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem [...],
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

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

Przedsiębiorca zobowiązany jest 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 za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych.

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 – za potwierdzeniem odbioru.
- 2) aa.