

WIFKL.85221.07.2013(6)

DECYZJA

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257, z późn. zm.), zwanej dalej „k.p.a.”, w związku z art. 16 ustawy z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r. poz. 935) oraz w związku z art. 94a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 2211, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą - Prawo farmaceutyczne”

postanawiam umorzyć postępowanie administracyjne

wszczęte z urzędu w sprawie ustalenia czy działania podejmowane przez podmiot gospodarczy Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości: , Nr KRS: prowadzący aptekę ogólnodostępną pod nazwą w przy ul. są zgodne z art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo farmaceutyczne (udział w programie ”).

Uzasadnienie

Apteka ogólnodostępna pod nazwą w przy ul. działa na podstawie zezwolenia Nr (znak sprawy: z dnia r. udzielonego przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego przedsiębiorcy: Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości: , Nr KRS: , zmienionego decyzją znak sprawy: z dnia Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z 2015 r. Sygn. akt , po rozpatrzeniu skargi w . 2014 r. nr GIF w przedmiocie odmowy wszczęcia postępowania administracyjnego, uchylił zaskarżone postanowienie oraz utrzymane nim w mocy postanowienie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z 2013 r. nr WIF odmawiające wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia przez uczestników programu przepisu art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz stwierdził, że uchylone postanowienia nie podlegają wykonaniu. W uzasadnieniu ww. sąd podał, że „[...] udział organizacji społecznej w niniejszej sprawie uzasadnia potrzeba ochrony obiektywnie istniejącego interesu społecznego. Oczywistym jest, że udział organizacji społecznej w postępowaniu na podstawie przepisu art. 31 § 1 k.p.a. nie może służyć jedynie partykularnym interesom samej organizacji społecznej lub jej członków, lecz musi odpowiadać wymaganiom racjonalnie pojmowanej kontroli społecznej nad postępowaniem administracyjnym w sprawach indywidualnych i działaniem w nim organów

administracyjnych. [...] po stronie istnieje jedynie
interes faktyczny w ustaleniu czy dany przedsiębiorca aptekarski naruszył zakaz reklamy
apteki. [...]"

Pismem z dnia 2017 r., znak jak wyżej zwróciłem się do
Sp. z o.o. z siedzibą w „[...]o podanie na jakiej zasadzie apteki
przystępują do programu (np. czy apteki same mogą umieścić swoje dane
w programie, czy też muszą zgłosić chęć uczestnictwa w programie administratorowi, który
umieszcza aptekę w programie, czy też administrator sam występuje do aptek z powyższą
propozycją).”

W odpowiedzi, pismem z r. administrator programu podał,
że „[...] apteki przystępują do programu automatycznie, w momencie przystąpienia
do prowadzonego przez spółkę z o.o.
z siedzibą w [...]”. Przy piśmie tym przekazano listę aptek z terenu województwa
wielkopolskiego, uczestniczących w programie (według stanu na 2017 r.).
Na ww. liście, pod l.p. , figuruje apteka ogólnodostępna
przy ul.

W związku z powyższym w dniu 2017 r. wszcząłem z urzędu
postępowanie administracyjne wobec Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości:
, zwanym dalej „Przedsiębiorcą”, prowadzącego aptekę ogólnodostępną pod nazwą
w przy ul. w przedmiocie ustalenia czy udział w
programie nie stanowi naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo
farmaceutyczne.

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania wezwałem - w trybie art. 50 § 1 k.p.a. -
Przedsiębiorcę do podania:

- 1) czy i w jakim okresie apteka uczestniczyła w programie (od dnia do
dnia),
- 2) czy apteka składała pisemną aplikację do uczestnictwa w programie,
- 3) czy apteka udostępnia/udostępniała swoją bazę produktów z ofertą cenową, w tym
dotyczącą promocji.

W odpowiedzi, Przedsiębiorca pismem z 2017 r. podał, co następuje
(pisownia oryginalna):

- „1) Apteka ogólnodostępna pod nazwą w przy ul. do
jest prezentowana w aplikacji w okresie od dnia do
dnia dzisiejszego.
- 2) Apteka [...] nie składała pisemnej aplikacji do uczestnictwa w aplikacji
- 3) Apteka ogólnodostępna pod nazwą w przy ul. do
nie udostępnia swojej bazy produktów z ofertą cenową, w tym dotyczącą promocji.”

Zasady korzystania z aplikacji określa „Regulamin -
dostępny na stronie internetowej <https://> Z regulaminu tego
wynika, że korzystanie z aplikacji jest bezpłatne (można ją pobrać z App Store lub
Google Play) i całkowicie dobrowolne (§ 2). Tryb wprowadzania do obrotu produktów
lecniczych w aplikacji określa § 3 ww. Regulaminu w brzmieniu:

ustalonym w art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696) - „Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”.

Obecny zakaz reklamy aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych jest szerszy (w porównaniu do stanu obowiązującego do 31 grudnia 2011 r.), gdyż dotyczy jakichkolwiek działań reklamowych, a nie jak poprzednio odnoszących się jedynie do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych finansowanych ze środków publicznych.

Cytowany wyżej przepis dopuszcza dwa przypadki kierowania informacji do potencjalnych klientów apteki lub punktu aptecznego, które nie stanowią ich reklamy. Są to informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Powołany przepis nie przewiduje dalszych odstępstw od zasady przyjętej w pierwszym zdaniu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Należy więc przyjąć, że reklamą jest „wszystko”, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera ustawowej definicji reklamy działalności aptek (brak definicji legalnej reklamy działalności aptek ogólnodostępnych).

W związku z tym przy definiowaniu pojęcia „reklama” należy odwołać się do opracowań słownikowych oraz orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał w wyroku z dnia 01 lutego 2008 r. (sygn. Akt VII S.A./Wa 1960/07), że „Przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, za reklamę działalności apteki lub punktu aptecznego można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mającą na celu zwiększenie sprzedaży. Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych”. Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 października 2008 r., (sygn. Akt VII S.A./Wa 698/08) stwierdzając, że „Reklamą działalności apteki będzie [...] zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece – niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków – jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych” oraz w wyroku z dnia 20 września 2010 r. (sygn. Akt VI S.A./Wa 838/10) stanowiąc, że „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, mające na celu zwiększenie ich sprzedaży”.

W „Wielkim Słowniku Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, PWN, Warszawa 2003, podano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do

zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług („Wielki Słownik Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.) Formy reklamy mogą być różnorodne, są to np. plakaty, ulotki, spoty w telewizji, bilbordy”. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 14 maja 2008 r. (sygn. Akt S.A./Wa 2215/07) doprecyzował wyżej cytowane pojęcie reklamy, stwierdzając, że „Reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług.

II. 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”.

Celem postępowania administracyjnego jest realizacja normy materialnego prawa administracyjnego wobec określonego podmiotu poprzez ukształtowanie jego sytuacji prawnej. W niniejszej sprawie celem postępowania jest realizacja przez Przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną w przy ul. art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo farmaceutyczne. Norma ta może zostać zastosowana, gdy zaistnieje stan faktyczny przewidziany przez ustawodawcę, zobowiązujący właściwy organ (w przedmiotowej sprawie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego) do podjęcia decyzji administracyjnej.

Z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do rozstrzygnięcia merytorycznej sprawy. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie między innymi w wyroku NSA z dnia 18 czerwca 1995r., sygn. akt SA/Łd 2424/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 80. W orzecznictwie sądów administracyjnych utrwalony jest pogląd, że postępowanie administracyjne staje się bezprzedmiotowe, gdy sprawa, która miała być załatwiona w drodze decyzji, albo nie miała charakteru sprawy administracyjnej jeszcze przed datą wszczęcia postępowania, albo utraciła charakter sprawy administracyjnej w toku postępowania administracyjnego. W pierwszym wypadku postępowanie stało się bezprzedmiotowe, bowiem przyczyna bezprzedmiotowości została wykryta w toku postępowania, w drugim natomiast dlatego, że przyczyna bezprzedmiotowości pojawiła się po wszczęciu postępowania, a przed jego zakończeniem.

W judykaturze przyjmuje się, że decyzja o umorzeniu postępowania w całości nie rozstrzyga merytorycznie sprawy – wydanie takiej decyzji zamyka drogę do konkretyzacji praw lub obowiązków stron i kończy bieg postępowania w określonej instancji administracyjnej (patrz: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 5 września 2002 r., sygn. akt SA/Sz 3020/00, LEX nr 1693598). Umorzenie postępowania nie jest zależne od woli organu administracji publicznej. Organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości. Okoliczności powodujące bezprzedmiotowość muszą być stwierdzone i wykazane w decyzji o umorzeniu postępowania (patrz: M. Wolanin, *Bezprzedmiotowość a bezzasadność roszczenia o zwrot nieruchomości wywłaszczonej*, PS 2000, nr 7–8, s. 18).

Bezprzedmiotowość postępowania 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 (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 stycznia 1998 r., sygn. akt I SA/Łd 1025/96, LEX nr 1690657).

III. W mojej ocenie - w świetle powyższych ustaleń - udział w programie nie stanowi reklamy apteki ogólnodostępnej w przy ul. , w rozumieniu przepisu art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo farmaceutyczne. Przedsiębiorca prowadzący ww. aptekę nie zgłaszał akcesu przystąpienia do programu . Uczestnikiem tego programu stał się automatycznie, w momencie przystąpienia do , prowadzonego przez spółkę SP. z o.o. z siedzibą w . W „Katalogu aptek realizujących zamówienia z , dostępnym na stronie internetowej <https://> , podane są tylko dane ww. apteki wymienione w drugim zdaniu art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo farmaceutyczne, tj. informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Informacje te nie stanowią reklamy apteki ogólnodostępnej w rozumieniu powołanego wyżej przepisu. Przedmiotowa apteka nie udostępniła również operatorowi program . swojej bazy produktów z ofertą cenową, w tym dotyczącą promocji. Uważam - w świetle przytoczonego wyżej fragmentu Regulaminu aplikacji (§ 3) - że apteki zapisane do tego programu automatycznie (podobnie jak w przy ul.), nie podejmują żadnych działań, które można by uznać za zachęcanie klientów do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece, mając na celu zwiększenie ich sprzedaży, co kwalifikowałoby się jako ich niedozwolona reklama. Tym samym apteki te nie naruszają przepisu art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo farmaceutyczne.

W myśl art. 105 k.p.a. jeżeli postępowanie stało się z jakiegokolwiek przyczyny bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej prowadzący postępowanie wydaje decyzję o umorzeniu tego postępowania (wyrok NSA z dnia 25 marca 2009r., II.GSK 834/08, niepublikowany).

W tym stanie rzeczy postanowiłem orzec jak w sentencji decyzji.

P o u c z e n i e

1. Od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego (61-285 Poznań, ul. Szwajcarska 5) w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie.
2. Zgodnie z art. 127a k.p.a.:
§ 1. W trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję.
§ 2. Z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.



WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grzegorz Pakulski
dr n. farm. Grzegorz Pakulski

Otrzymują:

1)

2)

3) ad acta