

WIFKL.85221.07.2013(9)

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”

po s t a n a w i a m 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 . . .).

U z a s a d n i e n i e

Apteka ogólnodostępna pod nazwą . . . w . . .
przy ul. . . działa na podstawie zezwolenia Nr . . . (znak
sprawy: . . . z dnia . . . udzielonego przez
Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego przedsiębiorcy:
Sp. z o.o.. . . , Nr KRS: . . . , zmienionego decyzją
znak sprawy: . . . z dnia . . .
Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z . . . 2015 r. Sygn.
akt . . . po rozpatrzeniu skargi . . .
w . . . na postanowienie Głównego Inspektora Farmaceutycznego z . . . 2014 r.
nr . . . 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 2017 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 w 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 [...] przy ul. [...] 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. [...] nie udostępnia swojej bazy produktów z ofertą cenową, w tym dotyczącą promocji.”

Zasady korzystania z aplikacji [...] określa „Regulamin [...] dostępny na stronie internetowej [https://](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 leczniczych w aplikacji określa § 3 ww. Regulaminu w brzmieniu:

"1. W celu złożenia zamówienia, po pobraniu Aplikacji, należy ją uruchomić na swoim telefonie. Jeżeli Użytkownik chce skorzystać z opcji przesyłania zdjęcia zawartości recepty, powinien zrobić wyraźne zdjęcie fragmentu recepty przepisanej przez lekarza. Zdjęcie recepty powinno zostać wykadrowane w taki sposób, jaki wskazany jest na ekranie robienia zdjęcia recepty, tj. w sposób który spowoduje zasłonięcie danych osobowych. Zdjęcie powinno obejmować wyłącznie tę część recepty, na której umieszczono nazwę i ilość przepisanego produktu leczniczego. Zdjęcie recepty nie może zawierać danych osobowych, tj. danych pacjenta i lekarza wystawiającego receptę.

2. Administrator zaznacza, że przesłanie zdjęcia zawartości recepty w sposób określony powyżej służy wyłącznie odczytaniu przepisanych produktów i stwierdzeniu ich dostępności w Aptece oraz że nie jest jego zamiarem przetwarzanie danych osobowych objętych treścią recepty.

3. Wszystkie zdjęcia recept zrobione i przesłane w sposób niezgodny z regulaminem, będą usuwane bez odczytywania ich zawartości, o czym Użytkownik zostanie powiadomiony (przesłana recepta uzyska status „Nieczytelna”).

4. Aplikacja zapewnia jednokrotne odczytanie zawartości recepty, a następnie jej automatyczne usunięcie z systemu informatycznego. Tym samym dane z recepty nie podlegają utrwaleniu czy kopiowaniu; są one również zabezpieczone przed udostępnieniem osobom trzecim. Informacja zwrotna o dostępności produktów wskazanych na receptie wysyłana jest po odczytaniu recepty przez farmaceutę.

5. Po otrzymaniu informacji zwrotnej Użytkownik może zamówić wybrane przez siebie produkty z recepty, jak i też inne dowolnie wybrane produkty.

6. Po wybraniu produktów, Użytkownik wskazuje dowolnie przez siebie wybraną aptekę, spośród dostępnych w bazie Aplikacji- w której chce zakupić zamówione produkty.

7. Produkty objęte zamówieniem są dostępne w aptece wybranej przez Użytkownika w ciągu 24 -72 h od momentu wysłania zamówienia. Ceny produktów w ofercie Aplikacji są cenami detalicznymi brutto i podlegają stałej aktualizacji.

8. Przedmiotem jednorazowego zamówienia mogą być produkty w łącznej cenie nie niższej niż 20 zł. Użytkownik może dokonać zamówienia nie przekraczającego 100 jednostkowych opakowań w ciągu doby.

9. W przypadku złożenia zamówienia produktów, Użytkownik nie ponosi – poza ceną sprzedaży- żadnych dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia.”.

W „Katalogu aptek realizujących zamówienia z dostępnej na stronie internetowej <https://> umieszczony jest wpis o treści:

Zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a. powiadomiłem - pismem z dnia 2018 r. Nr WIF strone, że może, przed wydaniem decyzji przez organ I instancji, wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Przedsiębiorca prowadzący przedmiotową aptekę nie skorzystał z przysługującego Mu prawa, nie wypowiedział się co do zebranych dowodów i materiałów oraz nie złożył wyjaśnień na okoliczność prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym zważyłem, co następuje:

I. Z dniem 1 stycznia 2012 r. znowelizowane zostały przepisy ustawy – Prawo farmaceutyczne. Zgodnie z art. 94a ust. 1 ustawy - Prawo farmaceutyczne 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*

lecniczego 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 pod nazwą ^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 merytorycznego 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 pod nazwą 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.

Otrzymują:

1)

2)

3) ad acta



WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grzegorz Pakulski
dr x. farm. Grzegorz Pakulski