

Poznań, dnia 08 lutego 2021 r.

**WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY**

WIFPOP.8522.1.27.2020

DECYZJA

Na podstawie art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2020 r., poz. 944 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą - Prawo farmaceutyczne” i art. 105 § 1 w związku z art. 104 § 1 i 2 oraz art. 107 § 1 i 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r., poz. 256 z późn. zm.), zwanej dalej „K.p.a.”

WIELKOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY:

umarza postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu w sprawie naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. stosowanie niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „[REDAKTOWANE]” zlokalizowanej przy ul. [REDAKTOWANE] oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie przedmiotowej reklamy.

UZASADNIENIE

Apteka ogólnodostępna o nazwie „[REDAKTOWANE]” zlokalizowana przy ul. [REDAKTOWANE] działa na podstawie działła na podstawie koncesji nr [REDAKTOWANE]/95, znak: FAPI-9211-[REDAKTOWANE] udzielonej w dniu [REDAKTOWANE] października 1995 r. przez Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Pile, przeniesionej decyzją Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego decyzją z dnia [REDAKTOWANE] marca 2018 r., znak: WIFPOP.85221.[REDAKTOWANE].2017.Placówka prowadzona jest przez przedsiębiorcę: P. [REDAKTOWANE]

██████████ prowadzącą działalność pod firmą ██████████
██████████, przedsiębiorca wpisany do CEIDG, nr NIP ██████████

Pismem z dnia █ września 2020 r., znak: WIFPOP.8522.1.27.2020 Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. stosowanie niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie ██████████” zlokalizowanej przy ul. ██████████ oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie przedmiotowej reklamy.

W tej samej dacie organ wojewódzki wezwał stronę do złożenia pisemnych wyjaśnień na okoliczność prowadzenia reklamy w/w placówki ochrony zdrowia, a w szczególności o wskazanie:

1. Na czyje zlecenie wydrukowano ulotki kolportowane na terenie ██████████ zawierające nazwę apteki, jej adres wraz z dołączonym wyciągiem z listy cenowej zawierającym wybrane produkty lecznicze wraz z wyeksponowaną ceną i informacją, że ceny obowiązują w określonym terminie oraz kto ją wydrukował?
2. Na czyje zlecenie, kto i w jaki sposób prowadzi dystrybucję w/w ulotek?
3. Jaki jest/był nakład drukowanych ulotek?
4. Czy nadal prowadzony jest kolportaż wskazanego materiału?
5. W jakim okresie prowadzony był kolportaż?
6. Czy w związku z prowadzeniem apteki ogólnodostępnej o nazwie „██████████ ██████████ zlokalizowanej przy ul. ██████████ podejmowane są jakiegokolwiek inne działania dotyczące w/w placówki, a jeśli tak, proszono o wskazanie jakie to działania i przedłożenie przykładowych materiałów na w/w okoliczność.

Ponadto zobowiązano stronę także do przedstawienia aktualnych oraz ustalonych w okresie od 10 lipca 2020 r. do 30 lipca 2020 r. cen produktów leczniczych wskazanych w wezwaniu.

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia [REDAKTED] września 2020 r. strona wskazała, że samodzielnie zrealizowała ulotki zawierające nazwę apteki, jej adres wraz z dołączonym wyciągiem z listy cenowej zawierającym wybrane produkty lecznicze wraz z wyeksponowaną ceną i informacją, że ceny obowiązują w określonym terminie. Wydrukowano 200 egzemplarzy ulotki. Ponadto strona wyjaśniła, że sporny materiał był dostępny wyłącznie w aptece, przez okres miesiąca i obecnie – z uwagi na wszczęte postępowanie administracyjne – nie jest dostępny.

Z uwagi na wyjaśnienia złożone przez stronę, pismem z dnia [REDAKTED] listopada 2020 r., znak: WIFPOP.8522.1.27.2020 Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wezwał P. [REDAKTED] - Prezesa [REDAKTED] Okręgowej Izby Aptekarskiej do złożenia wyjaśnień w sprawie, a w szczególności o wskazanie:

1. Skąd [REDAKTED] Okręgowa Izba Aptekarska powzięła informację o tym, że ulotki zawierające nazwę apteki, jej adres wraz z dołączonym wyciągiem z listy cenowej zawierającym wybrane produkty lecznicze wraz z wyeksponowaną ceną i informacją, że ceny obowiązują w określonym terminie kolportowane były na terenie miasta [REDAKTED]?
2. W jakich konkretnie miejscach na terenie [REDAKTED] kolportowano ulotki, o których mowa powyżej?

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia [REDAKTED] listopada 2020 r., znak: [REDAKTED] wezwana wyjaśniła, iż [REDAKTED] OIA została w sierpniu 2020 r. poinformowana o możliwości stosowania reklamy apteki ogólnodostępnej objętej postępowaniem, w postaci kolportowania cenników leków stosowanych w tej aptece.

Pismem z dnia [REDACTED] listopada 2020 r. znak: WIFPOP.8522.1.27.2020 wezwał P. [REDACTED] do złożenia wyjaśnień w sprawie, a w szczególności o wyjaśnienie:

1. Skąd w/w powzięła informację o tym, że ulotki zawierające nazwę apteki, jej adres wraz z dołączonym wyciągiem z listy cenowej zawierającym wybrane produkty lecznicze wraz z wyeksponowaną ceną i informacją, że ceny obowiązują w określonym terminie kolportowane były na terenie miasta [REDACTED]
2. W jakich konkretnie miejscach na terenie [REDACTED] kolportowano ulotki, o których mowa powyżej?
3. Czy wezwana posiada wiedzę, by kontynuowano kolportaż w/w materiału, a jeśli tak, proszono o wskazanie gdzie według wiedzy wezwanej kolportowano sporne ulotki.

W piśmie z dnia [REDACTED] grudnia 2020 r. P. [REDACTED] wyjaśniła, że informacje o promowaniu apteki objętej postępowaniem otrzymała od pacjenta, który przyszedł do apteki z ulotką i ją pokazał. Z uwagi na fakt, iż podobna sytuacja miała miejsce w innych aptekach w [REDACTED] – do P. [REDACTED] zgłosił się pacjent z w/w ulotką, którą znalazł w skrzynce na listy. Wezwana poinformowała, iż nie jest jej wiadome, gdzie kolportowane były ulotki oraz czy kolportaż jest kontynuowany.

Pismem z dnia [REDACTED] stycznia 2021 r., znak: WIFPOP.8522.1.27.2020 Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o zamiarze zakończenia postępowania prowadzonego pod sygnaturą WIFPOP.8522.1.27.2020 oraz poinformował o możliwości, przed wydaniem decyzji przez organ I instancji, wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Strona nie zajęła stanowiska przed wydaniem niniejszego rozstrzygnięcia.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy organ pierwszoinstancyjny zważył, co następuje:

Podstawę rozstrzygnięcia przyjętą przez organ I instancji w rozpatrywanej sprawie o umorzeniu postępowania stanowi art. 105 § 1 Kpa. Zgodnie z tym przepisem, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Umorzenie postępowania zamyka drogę do konkretyzacji praw lub obowiązków stron i kończy bieg postępowania w określonej instancji administracyjnej, stanowiąc załatwienie sprawy "w inny sposób" w rozumieniu art. 104 § 1 Kpa. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia. W orzecznictwie sądowym oraz piśmiennictwie nie budzi wątpliwości, iż bezprzedmiotowość postępowania ma miejsce w sytuacji, gdy istnieją okoliczności czyniące wydanie decyzji administracyjnej rozstrzygającej sprawę co do jej istoty prawnie niemożliwym z uwagi na brak przedmiotu postępowania. Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani tym bardziej pozostawione do uznania organu - organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości. Zgodnie z ogólnie przyjętą linią orzecznictwa sądowo - administracyjnego postępowanie może być bezprzedmiotowe z przyczyn prawnych - gdy okaże się, że nie ma normy prawnej udzielającej organowi administracji publicznej kompetencji do wydania decyzji administracyjnej, lub z przyczyn faktycznych - gdy okaże się, że nie ma okoliczności faktycznych uzasadniających według hipotezy normy prawnej kompetencję organu administracji publicznej do wydania decyzji administracyjnej. Wówczas to jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne. 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 1995 r. SA/Łd 2424/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 80.

Przepis art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego stanowi, że *„Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek i punktów aptecznych”*. Z zapisu tego jednoznacznie wynika, że organem właściwym do rozpatrzenia sprawy naruszenia zakazu reklamy apteki zlokalizowanej na terenie ██████████ jest Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Z dniem 1 stycznia 2012 r. znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 06 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2020 r., poz. 944 z późn. zm.) dotyczące reklamy aptek. Zgodnie z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego *„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 zatem 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 powyższym 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”. Kierując się słownikowym rozumieniem pojęcia reklamy przyjmuje się, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (por. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003). 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, billboardy". Podobnie pojęcie reklamy jest rozumiane przez Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 02 października 2007 r. stwierdził on, że: "reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie za reklamę uważa się wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...). Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć zatem na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez jego adresatów. Wypowiedź jest reklama, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana". Na uwagę w tym miejscu zasługuje również treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn.. akt: II GSK 2704/14, w którym wskazano, że „Ustawodawca, ograniczając dopuszczalność reklamy leków i zakazując reklamy aptek, ma na uwadze ochronę zdrowia ludzkiego, kieruje się więc ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP. W ramach prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia powinny bowiem funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z tych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów”. Zauważyć należy, że w orzecznictwie sądowo – administracyjnym prezentowany jest także pogląd, że przy rozstrzyganiu kwestii prowadzenia przez przedsiębiorcę reklamy apteki uwzględnić należy przede wszystkim formę, w jakiej zrealizowane zostały materiały, w związku z którymi wszczęto postępowanie administracyjne w sprawie naruszenia art. 94a Prawa farmaceutycznego. Orzecznictwo wskazuje bowiem, że reklamą działalności apteki może być każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży w aptece, a reklama może przy tym

przyjmować różne formy, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek (zob. wyrok WSA w Warszawie z 1.02. 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07). Trzeba w tym miejscu zauważyć, że ustawodawca formułując w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego (zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych) nie miał obowiązku wyraźnego wskazania, jakie formy reklamy w/w placówek są zabronione. Zastrzeżenie takie byłoby konieczne, gdyby z ogólnego zakazu ustawodawca zamierzał wyłączyć określoną formę reklamy, czego jednak nie uczynił. Wobec powyższego zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego skoro z treści wskazanego wyżej przepisu nie wynika, by zakaz dotyczył prowadzenia reklamy tylko w konkretnej formie, to przyjęć należy, że żadna forma reklamy apteki nie jest dopuszczalna. Za reklamę uznać należy zatem każdy rodzaj materiału, który bezpośrednio lub pośrednio wiąże się z działaniami marketingowymi.

Podstawę do wszczęcia postępowania administracyjnego prowadzonego pod sygnaturą WIFPOP.8522.1.27.2020 stanowił zarzut, że apteka objęta postępowaniem promowana jest za pośrednictwem ulotek kolportowanych na terenie [REDAKTOWANE] zawierających nazwę apteki, jej adres wraz z dołączonym wyciągiem z listy cenowej zawierającym wybrane produkty lecznicze wraz z wyeksponowaną ceną i informacją, że ceny obowiązują w określonym terminie. W toku postępowania strona wyjaśniła, że osobiście wykonała sporny materiał w ilości 200 sztuk. Ponadto wskazała także, że wbrew poczynionym zarzutom – materiał nie był kolportowany poza apteką. Analizując wyjaśnienia strony oraz materiał dowodowy zgromadzony w sprawie Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał za zasadne uzyskanie stosownych wyjaśnień od [REDAKTOWANE] Okręgowej Izby Aptekarskiej oraz od [REDAKTOWANE]. Ze złożonych przez w/w wyjaśnień nie wynikają jednak jakiegolwiek informacje świadczące o tym, by kolportaż spornego materiału rzeczywiście odbywał się poza lokalem apteki. Nie wskazano zarówno miejsc, w których miałby być prowadzony kolportaż, jak też nie ujawniono świadka/świadków,

którym sporne materiały były dostarczone do skrzynki pocztowej. Strona w toku postępowania jednoznacznie wskazała, iż jest autorem spornego materiału, podkreślając, że był on dostępny wyłącznie w aptece. Na uwagę w tym miejscu zasługuje, że zgodnie z linią orzecznictwa sądowo – administracyjnego udostępnianie list cenowych zawierających jedynie informację o cenach towarów lub usług i publikowanych wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów, nie stanowi naruszenia zakazu prowadzenia reklamy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt: II GSK 2583/15). Powyższe okoliczności nie mogą zostać pominięte przy dokonywaniu oceny działania strony. Zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego nie można wykluczyć, że sporny materiał w postaci wypisu z listy cenowej apteki został zabrany z apteki przez osoby trzecie i następnie przekazany do [REDAKTOR] OIA czy innych placówek ochrony zdrowia publicznego lub też innym osobom. W obecnym stanie faktycznym nie jest możliwe uznanie, że kolportaż prowadziła lub zleciła strona, a tylko takie zachowanie stanowiłoby podstawę do uznania, że strona naruszyła przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Ponadto wszelkie wątpliwości należy rozstrzygnąć na jej korzyść, co wynika wprost z treści przepisu art. 81a § 1 Kpa, który stanowi, że: *„Jeżeli przedmiotem postępowania administracyjnego jest nałożenie na stronę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie stronie uprawnień, a w tym zakresie pozostają niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść strony”*.

Reasumując, Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdza, iż w obecnym stanie faktycznym z uwagi na brak dowodów potwierdzających, że za umieszczenie na banerze informacji promujących aptekę zlokalizowaną przy ul. [REDAKTOR] odpowiada strona zasadne jest, by postępowanie prowadzone pod sygnaturą WIFPOP.8522.1.27.2020 zostało umorzone. Zgodnie z art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego *„Gdy postępowanie z jakiegokolwiek*

przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości lub w części". Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani tym bardziej pozostawione do uznania organu - organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości. Analiza materiału dowodowego wykazała, że nie ma podstaw do dalszego procedowania w sprawie, a co za tym idzie zasadne jest orzeczenie o umorzeniu postępowania administracyjnego.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji decyzji.

P o u c z e n i e: Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem (61-285 Poznań, ul Szwajcarska 5), w terminie czternastu dni od dnia jej doręczenia.

W myśl art. 127a Kpa: § 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.



