



MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

FAKR-II.8523.15.2019

Kraków, dnia 20.07.2020 r.

DECYZJA

Na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (Dz. U. z 2020 r. poz. 499 z późn. zm.) oraz art. 104 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.)

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Nakazuje [...] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenie reklamy aptek i ich działalności na terenie województwa małopolskiego poprzez prowadzenie programu, który informuje [...], co narusza ustawowy zakaz prowadzenia reklamy aptek przewidziany w art. 94a ust.1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (Dz. U. z 2020 r. poz. 944).
- II. Nakłada na [...] Sp. z o.o. z siedzibą [...] karę pieniężną w wysokości 45 000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zł 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (Dz. U. z 2020 r. poz. 944) w sposób opisany w punkcie I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.
- III. Decyzji w pkt I nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.

U Z A S A D N I E N I E

W dniu 18 listopada 2019 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął z urzędu postępowanie administracyjne wobec [...] Sp. z o.o. z siedzibą w [...] (dalej: [...] bądź „Strona”) mające na celu ustalenie, czy doszło do naruszenia zakazu reklamy aptek ogólnodostępnych na terenie województwa małopolskiego w związku z prowadzeniem Programu [...] (dalej: „Program”) dotyczącego [...] na terenie województwa małopolskiego w Programie. Jednocześnie poinformowano o prawie do wzięcia udziału w postępowaniu poprzez wypowiedzenie się co do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zgłaszanie wniosków dowodowych i wyjaśnień – w terminie 7 dni od daty doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Postanowieniem z dnia 18 listopada 2019 roku jako dowody w prowadzonym postępowaniu administracyjnym dopuszczono:

1. e-mail po anonimizacji z dnia 16.10.2019 r. (do wiadomości MWIF) z ponowną prośbą o przyjęcie apteki do Programu wraz z e-mailem z [...] (str. 1-2)

2. wydruk z dnia 16.10.2019 r. ze strony [...] (str. 1-2)
3. wydruk z dnia 16.10.2019 r. ze strony [...]
4. e-mail po anonimizacji z dnia 22.10.2019 r. wraz z Regulaminem Programu (str. 1-6)
5. e-mail po anonimizacji z dnia 22.10.2019 r. z informacją o [...] uczestniczących w Programie
6. e-mail po anonimizacji z dnia 22.10.2019 r. z treścią e-maila z ponowną prośbą o przyjęcie apteki do Programu
7. e-mail po anonimizacji z dnia 22.10.2019 r. z treścią odpowiedzi z dnia 17.10.2019 r., że apteka aktualnie nie spełnia kryteriów kwalifikacyjnych do Programu
8. pismo z dnia 23.10.2019 r. do [...] o przekazanie wykazu aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego (z ich adresami), które zostały przyjęte do Programu
9. pismo [...] z wykazem aptek ogólnodostępnych zakwalifikowanych do Programu zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego (z ich adresami) (str. 1-3)

na okoliczność zawartych w nich treści.

Analiza treści Programu pozwoliła na ustalenie, że deklaruje on [...] dla pacjentów w Polsce, czasowo obniżając cenę leku [...] w aptekach biorących udział w Programie. Program jest obsługiwany przez wybraną przez [...] hurtownię farmaceutyczną, a to hurtownię farmaceutyczną prowadzoną przez [...] z siedzibą w [...]. Informację o Programie udostępnił przedsiębiorca prowadzący aptekę ogólnodostępną, który pomimo dwukrotnej prośby, dotyczącej przyjęcia prowadzonej przez niego apteki ogólnodostępnej otrzymał odpowiedź, że apteka aktualnie nie spełnia kryterium kwalifikacyjnych do Programu.

W dniu 16.12.2019 roku do Inspektoratu wpłynęło pismo pełnomocnika Strony, w którym [...] wniosło o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego. W piśmie tym poinformowano, że **[...] wprowadził program w marcu 2019 roku**. Ponadto przedstawiono stanowisko Strony podając między innymi, że:

„(...) W ramach Programu, [...].

Działalność prowadzona w ramach Programu nie ma charakteru reklamy żadnej z aptek także dlatego, że żadne informacje [...].”

„Na obecnym etapie rozwoju Programu, który funkcjonuje niespełna rok, rozważając kwalifikację apteki do Programu i kierując się jak najlepszą ochroną pacjentów w postaci realnego dostępu do [...] bierze pod uwagę także kryteria: geograficzne, ilościowe i jakościowe. Liczba aptek w danym obszarze geograficznym wyznaczona jest na bazie udziału tego obszaru w [...]. W ten sposób [...] stara się zapewnić jak najbardziej obiektywną relację liczby aptek na danym obszarze uczestniczących w Programie, do liczby [...].

Obecnie [...] obserwuje duże zainteresowanie Programem po stronie aptek. Dlatego też, Spółka przygotowuje się do rozszerzenia Programu i umożliwienia uczestnictwa w nim wszystkim aptekom w Polsce, przy założeniu konieczności spełnienia przez nie warunków uczestnictwa w Programie. [...].

Chcieliśmy zaznaczyć, że w celu umożliwienia, które apteki biorą udział w Programie, [...] udostępniła infolinię [...]. Infolinia przekazuje [...].

Jednocześnie Program nie zastępuje zasadniczego kanału hurtowego dystrybucji Produktu, a jest jedynie dodatkowym i dobrowolnym rozwiązaniem wprowadzonym przez [...] w celu wsparcia [...]. Apteki, które nie uczestniczą w Programie mają możliwość nabywania Produktu poza Programem. Na apteki biorące udział

w Programie został nałożony zakaz odsprzedaży Produktu do jakichkolwiek nabywców innych niż pacjenci i na jakiegokolwiek innej podstawie niż realizacja recept lekarskich.”

Strona w powyższym piśmie ponadto podniosła:

- brak reklamowego charakteru programu
- brak celu i motywacji marketingowej
- niepubliczny charakter programu
- czysto informacyjny charakter programu
- bezpłatny udział aptek w programie
- konieczność zawężającego interpretowania zakazu
- rozgraniczenia reklamy od działania jedynie pośrednio wpływającego na atrakcyjność apteki
- realizację interesu pacjentów poprzez program.

Organ w celu uzupełnienia materiału dowodowego pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. wezwał Stronę do udzielenia wyjaśnień na piśmie, a to:

- w jaki sposób i od kogo [...]?
- kto mu przekazuje numer na tę infolinię?
- jaka jest maksymalna cena detaliczna produktu leczniczego [...] w programie?

W odpowiedzi na pismo [...] poprzez pełnomocnika pismem z dnia 7 stycznia 2020 r. (data wpływu 13 stycznia 2020 roku r.) udzieliła odpowiedzi na zadane pytanie informując, że:

„Źródłem informacji dla [...].

Jeżeli [...] informację o infolinii Programu.

Informacja może być przekazywana [...]:

- ustnie, lub
- w formie materiału drukowanego otrzymanego [...] w trakcie standardowych [...] o lekach Spółki.

Materiał drukowany, mający postać zbliżoną do wymiarów wizytówki, którego skan stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma, zawiera wyłącznie informacje:

- na pierwszej stronie – [...] oraz adres strony internetowej Programu [...];
- na drugiej stronie – »infolinia: [...]«.

Opisany wyżej sposób przekazywania przez [...] informacji o infolinii jest jedyną metodą [...] w ramach Programu.”

„Maksymalna cena detaliczna Produktu [...].”

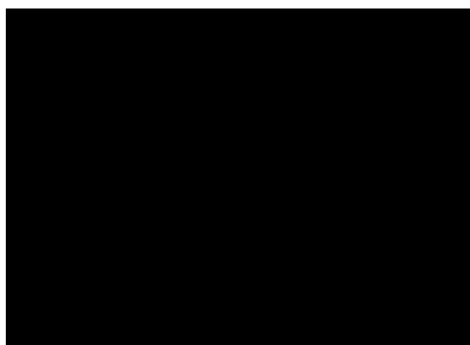
„Cena maksymalna oznacza, że apteka uczestnicząca w Programie ma możliwość sprzedaży Produktu [...].”

„Ten poziom [...] ma znaczenie wyłącznie dla oceny, czy [...].

Jeżeli cena [...], apteka ta nabywa prawo do otrzymania rabatu od [...]. Rozwiązanie to wynika z faktu, iż [...] zależy na dostępności Produktu dla [...], stąd też oferuje rabat aptekom realizujących (sic!) ten [...] cel.

Jeżeli natomiast apteka uczestnicząca w Programie sprzedaje [...], apteka [...].”

Jako załącznik został dołączony skan materiału drukowanego przekazywanego pacjentowi.



Pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. Strona została poinformowana, że Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zamierza wydać decyzję kończącą postępowanie administracyjne i równocześnie poinformowano, że przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie administracyjne Stronie postępowania służy prawo do wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszenia ewentualnych żądań.

W dniu 3 lutego 2020 roku wpłynęło pismo z dnia 27 stycznia 2020 roku, które było podtrzymaniem stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 9 grudnia 2019 roku z jednoczesnym wskazaniem, że program nie jest niedozwoloną reklamą aptek ogólnodostępnych. Równocześnie jeszcze raz podano zasady ukształtowania Programu. Tym razem Program został określony jako pilotażowy. Poinformowano ponadto, że:

„Spółka prowadzi obecnie zaawansowane prace nad pełnym upowszechnieniem Programu dla aptek (każda apteka w Polsce będzie mogła wziąć udział w Programie, przy założeniu spełnienia warunków Programu). Zgodnie z przyjętym harmonogramem, rozszerzenie Programu jest planowane w pierwszej połowie bieżącego roku. (...)

Apteki nieuczestniczące w Programie mają możliwość nabywania Produktu poza Programem od hurtowni farmaceutycznych handlujących Produktem.”

Dodatkowo podkreślono „Brak reklamowego charakteru Programu”, ponieważ:

- a. nie ma na celu zwiększenia obrotu konkretnej placówki ani grupy placówek, a jedynie zapewnienie dostępności Produktu pacjentom.
- b. nie dotyczy konkretnej apteki (sieci aptek)
- c. nie jest kierowany do publicznej wiadomości ([...])
- d. nie łączy się z kosztami (nakładami) ponoszonymi przez apteki

a ponadto „W ramach Programu przekazywane są jedynie dopuszczalne prawem informacje (lokalizacja aptek dysponujących Produktem) oraz że „Program jedynie pośrednio zwiększa atrakcyjność apteki, co nie jest zakazane. Znacząco różni się od prowadzenia reklamy, a jednocześnie jest dopuszczalne w świetle orzecznictwa.”

Jednocześnie w ocenie Strony:

„Działalność służąca ochronie zdrowia (wartość konstytucyjna), w postaci zwiększenia dostępności produktów leczniczych dla pacjentów (realizacja Programu) ma pierwszeństwo nad ewentualnymi ograniczeniami w działalności aptek (zakazami administracyjnymi).

Celem i motywem uchwalenia art. 94a Prawa farmaceutycznego była ochrona zdrowia. Uzasadnione jest zatem uwzględnienie celu Programu interpretując przepisy dotyczące zakazu reklamy aptek.”

Stan epidemii na obszarze Rzeczypospolitej Polskie został ogłoszony w dniu 20 marca 2020 roku Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 roku w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. poz. 491 ze zm.)

W dniu 31.03.2020 roku nastąpiło zawieszenie niniejszego postępowania administracyjnego na podstawie art. 15zszs ustawy z dnia 2 marca 2020 r. – o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374 ze zm.) dodanego przez art. 1 pkt 14 ustawy z dnia 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 568).

W dniu 22.04.2020 roku do tut. Inspektoratu wpłynęło pismo z dnia 17.04.2020 roku pn. PISMO W TOKU POSTĘPOWANIA, informujące o zakończeniu fazy pilotażowej Programu i wdrożeniu jego pełnej funkcjonalności. Pismo wpłynęło po terminie, gdy Strona miała prawo do wypowiedzenia się w związku z zakończeniem postępowania dowodowego.

Art. 46 pkt. 20 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzeczaniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 875, dalej: „przepisy Tarczy antykryzysowej 3.0.”) **uchylił artykuł 15zszs** ustawy z dnia 2 marca 2020 r. - o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374 ze zm.) zgodnie z którym bieg terminów w postępowaniach administracyjnych uległ zawieszeniu z dniem 31 marca 2020 roku na okres trwania stanu epidemii.

Natomiast art. 68 pkt.7 przepisów Tarczy antykryzysowej 3.0. określił 7 dniowy termin od dnia wejście w życie niniejszej ustawy po którym terminy w postępowaniach biegną dalej. Ustawa weszła w życie w dniu 16 maja 2020 roku.

W związku z powyższym od dnia 25.05.2020 roku został wznowiony się bieg niniejszego postępowania, zawieszono z mocy ustawy.

Pismem z dnia 25.05.2020 roku zawiadomiono Stronę, że wszczęte z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie dotyczącej podejrzenia naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2019 poz. 499 z ze zm.) w związku z prowadzeniem Programu [...] dotyczącego poprawy dostępności do [...] i uczestnictwem w tym programie aptek ogólnodostępnych na terenie województwa małopolskiego będzie prowadzone w dalszym ciągu w sprawie:

podejrzenia naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2019 poz. 499 z ze zm.) w związku z prowadzeniem przez [...] Sp. z o.o. w [...] programu poprawy dostępności do [...] produktów leczniczych i uczestnictwem w tym programie aptek ogólnodostępnych na terenie województwa małopolskiego

Jednocześnie poinformowano, że Strona ma prawo do dalszego wypowiedzenia się, co do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zgłoszenia dalszych wniosków dowodowych i składania wyjaśnień – w terminie 14 dni od daty doręczenia niniejszego zawiadomienia.

Postanowieniem z dnia 25.05.2020 roku uzupełniono postanowienie z dnia 18.11.2019 r. dotyczące przeprowadzenia dowodów poprzez dopuszczenie dowodu z „Regulaminu uczestnictwa aptek w programie dotyczącym [...] organizowanym przez [...] sp. z o.o.” – na okoliczność treści w nim zawartych.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

Pismem z dnia 22.06.2020 r. Strona została poinformowana, że Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zamierza wydać decyzję kończącą postępowanie administracyjne i równocześnie poinformowano, że przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie administracyjne Stronie postępowania służy prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, ewentualnie złożyć nowe wnioski dowodowe w przedmiotowej sprawie.

Do dnia 20.07.2020 roku Strona nie wypowiedziała się w przedmiotowej sprawie.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym organ zważył, co następuje.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i nie kwestionowany przez Stronę postępowania pozwala na uznanie, że:

- od marca 2019 roku [...] Sp. z o.o. z siedzibą w [...] prowadzi tzw. „Program [...]” dotyczący jak w nim zapisano - poprawy dostępności do [...]
- program ma w swoim założeniach [...]
- do programu może zostać włączona apteka, która w ocenie [...] spełnia warunki uczestnictwa w Programie – został opracowany Regulamin Programu
- na terenie województwa małopolskiego do programu zostało włączonych 68 aptek ogólnodostępnych (na ok. 1100 aptek ogólnodostępnych działających terenie województwa małopolskiego)
- pacjent [...] w dużo niższej cenie.

W trakcie prowadzonego postępowanie (na jego początku) ustalono, że następujące apteki biorą udział w programie:

Lp.	Nazwa apteki	Adres apteki	Podmiot prowadzący
1	[...]	[...]	[...]
2	[...]	[...]	[...]
3	[...]	[...]	[...]
4	[...]	[...]	[...]
5	[...]	[...]	[...]

6	[...]	[...]	[...]
7	[...]	[...]	[...]
8	[...]	[...]	[...]
9	[...]	[...]	[...]
10	[...]	[...]	[...]
11	[...]	[...]	[...]
12	[...]	[...]	[...]
13	[...]	[...]	[...]
14	[...]	[...]	[...]
15	[...]	[...]	[...]
16	[...]	[...]	[...]
17	[...]	[...]	[...]
18	[...]	[...]	[...]
19	[...]	[...]	[...]
20	[...]	[...]	[...]
21	[...]	[...]	[...]
22	[...]	[...]	[...]
23	[...]	[...]	[...]
24	[...]	[...]	[...]
25	[...]	[...]	[...]
26	[...]	[...]	[...]
27	[...]	[...]	[...]
28	[...]	[...]	[...]
29	[...]	[...]	[...]
30	[...]	[...]	[...]
31	[...]	[...]	[...]
32	[...]	[...]	[...]
33	[...]	[...]	[...]
34	[...]	[...]	[...]
35	[...]	[...]	[...]

36	[...]	[...]	[...]
37	[...]	[...]	[...]
38	[...]	[...]	[...]
39	[...]	[...]	[...]
40	[...]	[...]	[...]
41	[...]	[...]	[...]
42	[...]	[...]	[...]
43	[...]	[...]	[...]
44	[...]	[...]	[...]
45	[...]	[...]	[...]
46	[...]	[...]	[...]
47	[...]	[...]	[...]
48	[...]	[...]	[...]
49	[...]	[...]	[...]
50	[...]	[...]	[...]
51	[...]	[...]	[...]
52	[...]	[...]	[...]
53	[...]	[...]	[...]
54	[...]	[...]	[...]
55	[...]	[...]	[...]
56	[...]	[...]	[...]
57	[...]	[...]	[...]
58	[...]	[...]	[...]
59	[...]	[...]	[...]
60	[...]	[...]	[...]
61	[...]	[...]	[...]
62	[...]	[...]	[...]
63	[...]	[...]	[...]
64	[...]	[...]	[...]
65	[...]	[...]	[...]

66	[...]	[...]	[...]
67	[...]	[...]	[...]
68	[...]	[...]	[...]

Na wstępie należy podnieść, że Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy aptek, **wskazując jedynie działania, które nimi nie są, czyli informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki**. Sposób rozumienia pojęcia „reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności” został jednak wypracowany w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak:

„Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych” (wyrok z dnia 1 lutego 2008, sygn. VII SA/Wa 1960/07),

„Reklamą działalności apteki jest działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym.[...] Dlatego też 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, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece” (wyrok WSA w Warszawie, sygn.. akt VII SA/Wa 1985/2007),

Oznacza to, że **za reklamę apteki należy uznać każde działanie, niezależnie od sposobu i metody jej przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie 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 ustawy - *Prawo farmaceutyczne*, a to kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Tym samym w ocenie organu Program jest reklamą aptek w nim uczestniczących. Deklarowana intencja programu i jego założenia nie są wystarczające, aby powyższe działania nie należało uznać za reklamę. Nie można go oceniać w oderwaniu od ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, a zakaz ten rozumieć w sposób zawężający. Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Strony, że Program nie ma publicznego charakteru, skoro wykorzystuje infolinię, a to infolinię, która jest formą kierowania informacji do publicznej wiadomości. Informacja o Programie umieszczona była również na ogólnodostępnej stronie [...] w części zatytułowanej „Dla aptek”, gdzie [...] informowało:

„W ramach poprawy dostępności [...], zostanie czasowo obniżona jego cena zakupu od pierwszej zakupionej przez pacjentów paczki leku, w aptekach biorących udział w Programie”.

[...] dzwoniąc na infolinię otrzymuje informację o liście aptek, w której może nabyć lek po dużo niższej cenie ([...]), w stosunku do pozostałych aptekach (maksymalna cena [...]), nie uczestniczących w Programie.

W tym miejscu należy pokreślić, że chociaż Strona w piśmie z dnia 27 stycznia 2020 roku wyjaśniała brak reklamowego charakteru programu stwierdzając, że: „(...) **Nie jest kierowany do publicznej wiadomości (informacje udzielane są reaktywnie, w odpowiedzi na inicjatywę [...])**” to w piśmie z dnia 7 stycznia 2020 roku wyraźnie zostało wskazane, że to

(zazwyczaj) [...] informację o możliwości zadzwonienia na infolinię. Czyni to w formie ustnej lub poprzez przekazanie materiału drukowanego, jakby „wizytówki Programu” z numerem infolinii. Został więc skonstruowany precyzyjny mechanizm mający na celu kierowanie pacjentów [...] do konkretnych aptek sprzedających produkt leczniczy z zachętą w postaci gwarancji niższej ceny we wskazanych aptekach, a informację o tych aptekach można pozyskać w dwojaki, powszechnie dostępny sposób.

Doświadczenie życiowe pozwala mieć pewność, że pacjent uzna apteki uczestniczące w programie, jako apteki z „dobrymi”, bo niskimi cenami, w których warto dokonywać zakupów i w naturalny sposób zrezygnuje z nabycia produktu w innych aptekach. Informacja o niższej cenie właściwie wykluczy skorzystanie z usług aptek nie uczestniczących w Programie. Apteki uczestniczące w programie mogą nie tylko zatrzymać pacjenta na stałe i tym samym zwiększyć sprzedaż, ale istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że pacjent podzieli się swoją opinią z rodziną oraz ze znajomymi i również ich zachęci do zakupów w tych aptekach. Będzie to miało również wpływ na sprzedaż innych produktów leczniczych, nabywanych przy okazji nabycia leku sprzedawanego w ramach prowadzonego Programu. Jednocześnie będzie to prowadzić do zwiększenia sprzedaży produktu leczniczego, co finansowo zrekompensuje obniżenie jego ceny. Finalnie wzrosną korzyści finansowe konkretnej hurtowni i konkretnych aptek dzięki skonstruowaniu i prowadzeniu Programu przez [...].

Program chociaż nie łączy się z kosztami (nakładami) ponoszonymi przez apteki, to zgodnie z Regulaminem Programu nakłada szereg obowiązków na apteki. Ponadto [...] może w każdym czasie i bez podania przyczyny zawiesić lub zakończyć Program. I w tym miejscu trudno zrozumieć tłumaczenie Strony, że „(...) **celem Programu było zapewnienie możliwości najszerzego dostępu do Produktu, przy uwzględnieniu możliwości ekonomicznych i organizacyjnych Spółki**”, skoro nie licząc się z reakcją pacjenta i jego odczuciami Program może być w każdym czasie zawieszony lub zakończony. Znaczenie ma również fakt, że nie każda apteka wyrażająca chęć przystąpienia do Programu, pomimo nawet powtórnych próśb nie zostaje przyjęta do Programu, a dodatkowo nie zostają wskazane konkretne przyczyny. Przykładem może być odpowiedź dla apteki: „**W przypadku państwa apteki, kryteria nie zostały aktualnie spełnione**”.

Niewątpliwie istnieją kryteria o charakterze marketingowym, cały czas kontrolowane i sprawdzane, które pozwalają firmie prowadzącej program na ustalenie, że na określonym terenie na zasadzie bliskości nie występuje odpowiednia ilość pacjentów, a tym samym wprowadzenie konkretnej apteki nie byłoby zasadne, albowiem nie gwarantowałoby szybkiej sprzedaży, produkt zalegałby w aptece. [...] to „*globalna firma farmaceutyczna [...]*”, jak głosi informacja stronie [...]. Bez względu na deklarowaną misję firmy, o której mowa na wskazanej stronie, jak również wskazywany cel Programu mający rzekomo poprawić dostępność produktu leczniczego, zastosowany mechanizm marketingowy ma zwiększyć sprzedaż leku [...]. Jednak zmniejszenie ceny musi być zrekompensowane większą i szybszą sprzedażą. Zwiększa się w ten sposób nie tylko sumaryczny zysk firmy, ale także wskaźnik płynności finansowej. Liczy się wielkość przychodów w czasie, co jest oczywiste pod względem ekonomicznym. Dokonuje się więc wyboru aptek, które gwarantują szybki obrót produktem leczniczym i zamawianie w odpowiednim czasie kolejnych dostaw. Tak więc **nie chodzi o większą dostępność leku po niższej cenie dla większej liczby pacjentów, ale o szybszą i większą sprzedaż produktów [...]. Deklarowany rzekomy cel programu istniałby rzeczywiście, gdyby [...] po prostu obniżył cenę produktu i po takiej obniżonej cenie wszystkie apteki mogłyby nabywać lek w hurtowni. Dla realizacji zwiększenia dostępności leku dla wszystkich pacjentów poprzez**

obniżenie ceny nie trzeba bynajmniej wprowadzać specjalnego programu, bo kryterium ceny jest oczywiste, chyba że zamiarem jest przyspieszenie obrotu lekiem, zwiększenie wskaźników płynności finansowej związanej z produkcją i sprzedażą.

[...] stwierdziła w piśmie z dnia 3 lutego br., że: „**Spółka prowadzi obecnie zaawansowane prace nad pełnym upowszechnieniem Programu dla aptek (każda apteka w Polsce będzie mogła wziąć udział w Programie, przy założeniu spełnienia warunków Programu). Zgodnie z przyjętym harmonogramem, rozszerzenie Programu jest planowane w pierwszej połowie bieżącego roku.**”

I tak, jeszcze przed wydaniem niniejszej decyzji w piśmie z dnia 17 kwietnia br. (data wpływu 22.04.2020 roku) pełnomocnik Strony poinformował, że [...] zakończyła fazę pilotażową programu i „**wdrożyła jego pełną funkcjonalność**”. Każda apteka może wziąć udział w Programie pod warunkiem spełnienia obowiązków wynikających z regulaminu programu. Do pisma został załączony został również nowy regulamin. Z regulaminu tego wynika, co stwierdzone jest w samym piśmie pełnomocnika, że każda apteka posiadająca wymagane prawem zezwolenia może uczestniczyć w Programie pod warunkiem przestrzegania jego warunków „**poprzez akceptację niniejszego Regulaminu**”. Z innych postanowień regulaminu na uwagę zasługuje postanowienie, że o włączeniu apteki do Programu decyduje [...] i nie są podane kryteria, które determinują pozytywną decyzję, jak również postanowienia, że jeżeli apteka przez okres co najmniej 3 kolejnych miesięcy nie sprzedała pacjentowi żadnego opakowania leku, to może ona zostać wyłączona z Programu. Może to być skutecznie kontrolowane poprzez przekazywanie danych o sprzedaży z oprogramowania apteki poprzez OSOZ. Dotyczy to szczegółów sprzedaży i stanów magazynowych. Ponadto aktualnie Program obejmuje również drugi produkt leczniczy produkowany przez [...], a to [...].

Powyższe potwierdza wskazany mechanizm marketingowy, że leki produkowane przez [...] będą dostarczane po niższej cenie do aptek, które gwarantują szybką sprzedaż oraz zamawianie kolejnych dostaw leków. Jeżeli przyjęty sposób monitorowania tych aptek skutkować będzie wprowadzeniem do Programu niewłaściwej apteki, to po stwierdzeniu, że nie sprzedaje ona odpowiednich ilości, apteka taka zostanie wyeliminowana z Programu i nie będzie już mogła nabywać leków po niższej cenie. Nie ma to nic wspólnego ze zwiększeniem dostępności leków dla pacjentów po niższej cenie. Program wyszedł więc z fazy pilotażowej, a innymi słowy okazał się skuteczny dla zwiększenia sprzedaży i zysku pomimo obniżenia ceny. **Program nie zmienił się, co do istoty, nie jest to nowy program, ale zdecydowano się wprowadzić do niego kolejny produkt leczniczy.**

Jednak taki mechanizm marketingowy służący interesowi ekonomicznemu producenta i przez niego kontrolowany jednocześnie wkracza w sferę reklamy aptek i ich działalności. Przekaz reklamowy jest jasny. W konkretnie wskazywanych aptekach pacjent może nabywać leki po niższych cenach, a to już wypełnia znamiona reklamy tych aptek i narusza ustawy zakaz. Cel czy misja Programu ma wymiar wyłącznie finansowy dla [...], ale skutkuje także niedozwoloną reklamą aptek, przysparzając korzyści finansowe tym aptekom, przyciągając do nich pacjentów, zwiększając ich obrót produktami leczniczymi. Zwiększenie liczby pacjentów w związku z dysponowaniem lekami [...], to także zwiększenie obrotów związanych ze sprzedażą innych produktów kupowanych przy okazji zakupu leków [...]. Należy również pamiętać, że Program jest dodatkowo atrakcyjny ze względu na przysługujące aptece rabaty przy zakupie leków.

Podsumowując **Strona postępowania poprzez stosowanie swojego Programu, uzyskała efekt w postaci reklamy tych aptek na terenie województwa małopolskiego, a zapewne też w całej Polsce.** Reklama aptek i ich działalności odbywa się poprzez reklamowanie apteki jako

tej, w której można kupić po wiele niższej cenie produkty lecznicze [...]. Strona tym samym buduje zaufanie pacjentów o charakterze finansowym wobec konkretnych aptek. Po pierwsze w świadomości pacjenta pozostanie, że warto w tych aptekach dokonywać zakupów, ponieważ pacjent nie tylko otrzyma lek (co jest szczególnie istotne w dobie powszechnych braków dostępności wielu produktów leczniczych), ale otrzyma go znacznie taniej w stosunku do innych aptek. Program został rozszerzony i obejmuje dwa produkty lecznicze, a to: [...] oraz [...]. Wynika to z informacji pełnomocnika Strony oraz informacji zawartych na stronie internetowej, co zdeterminowało organ do uzupełnienia swojego postanowienia dowodowego poprzez dopuszczenie w charakterze dowodu z „Regulaminu uczestnictwa aptek w programie dotyczącym poprawy dostępu w Polsce do [...]”, jak również do określenia na nowo przedmiotu postępowania, który początkowo ograniczał się do prowadzenia Programu [...] dotyczącego poprawy dostępności do [...] i uczestnictwem w tym programie aptek ogólnodostępnych na terenie województwa małopolskiego. Postąpienie takie było konieczne, albowiem działania Strony uległy zmianie, rozszerzono Program o kolejny lek, a więc w istocie należy poddawać ocenie sama istotę Programu niezależnie od konkretnych produktów leczniczych, które mogą być nim obejmowane, a nawet ulegać zmianie. Istotny jest sam mechanizm prowadzący do reklamy aptek i ich działalności.

Niewątpliwie należy przyjąć, że Program z założenia zmierza do reklamy aptek w nim uczestniczących, aby zapewnić dużą sprzedaż obu produktów leczniczych. Korzyści finansowe odnosi producent, hurtownia i apteki, a organizatorem jest [...] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i ten podmiot należy uznać, jako prowadzący reklamę aptek. Niewątpliwie w tym łańcuchu działań marketingowych rolę o charakterze informacyjnym odgrywają [...], którzy przekazują [...] o aptekach uczestniczących w programie **„ustnie lub w formie materiału drukowanego otrzymanego wcześniej od [...] o lekach Spółki”** W ten sposób pacjenci otrzymują informacje o infolinii lub stronie internetowej, także poprzez otrzymanie ulotki

Zgodnie z art. 94 ust. 3 Prawa farmaceutycznego w razie stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy aptek i ich działalności wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy. Niewątpliwie Strona na dzień wydania niniejszej decyzji nadal prowadzi Program, w ramach którego występują reklama aptek w nim uczestniczących. Istota działań reklamowych nie uległa zmianie, a jedynie wystąpiło rozszerzenie Programu poprzez objęcie nim następnego leku. Istotą więc orzeczonego zakazu musi być zaprzestanie prowadzenia programu polegającego na reklamowaniu aptek w nim uczestniczących poprzez informowanie za pośrednictwem lekarzy, infolinii i strony internetowej o tych aptekach, jako dysponujących produktami leczniczymi [...] w niższych cenach dla pacjentów.

Jednocześnie wobec pozytywnego ustalenia, że przedsiębiorca prowadzi niedozwoloną reklamę aptek i ich działalności zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 ustawy - Prawo farmaceutycznego. Przepis ten stwierdza, że karze pieniężnej w wysokości do 50 000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich 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.

Wobec ustalenia przez organ, że doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek i ich działalności, Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił ją w wysokości 45 000,00 (czterdzieści pięć tysięcy 00/100 złotych), mając na uwadze nie tylko, że program funkcjonuje od marca 2019 r., a więc od ponad roku, ale nadal jest prowadzony. Program ma charakter bardzo

przemysłany marketingowo i jest nakierowany na zwiększenie korzyści finansowych, które są interpretowane jako zwiększenie dostępności leków. Zważywszy na ogólnokrajową skalę prowadzenia Programu, korzyści z niego wynikające mają o wiele większy rozmiar, niż oceniając to jedynie przez pryzmat działań na terenie województwa małopolskiego. Dotyczy bardzo dużej liczby aptek, których liczba może ulegać zmianie, ale w niczym to nie niweczy jego charakteru mającego poprzez reklamę aptek w nim uczestniczących przysparzać korzyści finansowych wszystkim uczestnikom. Stąd organ uznał, że kara pieniężna musi być zbliżona do górnej granicy przewidzianej ustawą.

Jednocześnie kara pieniężna musi odegrać swoją rolę prewencyjną, aby skłonić Stronę do odstąpienia od dalszego naruszania ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności w tak intensywny i przemysłany sposób. Okoliczność, że jest to pierwszy przypadek prowadzenia przez Stronę reklamy aptek i ich działalności, organ uznał ją za jedyną okoliczność łagodzącą i stąd nie została ona wymierzona w maksymalnej wysokości.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji służy odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie w terminie czternastu dni od daty doręczenia decyzji.

¹ Zgodnie z treścią art. 127a ustawy Kodeks postępowania administracyjnego w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie.

Z dniem doręczenia Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznego w Krakowie oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

W przypadku złożenia przez stronę oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do odwołania od decyzji nie przysługuje prawo do odwołania się ani skargi do sądu administracyjnego.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 3 i art. 129ba ust. 1 ustawy - *Prawo farmaceutyczne* kary pieniężne, uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie, Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków w NBP O/Kraków numer rachunku: **46 1010 1270 0009 4122 3100 0000**.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami ustawowymi, za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Otrzymują:

1. [...]
 2. a/a
- [...]