

Sz. Pan
Jacek Paszkiewicz
Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia

Dotyczy Państwa pisma nr: NFZ/CF/DGL/MBR/2008/075/0055/W/02596 z dnia 2008-02-18

Szanowny Panie Prezesie

Państwa odpowiedź w sprawie możliwości otrzymywania i korzystania przez apteki z rabatów na leki refundowane jest tak dalece niezgodna z naszą interpretacją obowiązującego prawa, że w załączeniu przedstawiam opinię prawną, którą także kieruję do Ministerstwa Zdrowia, Naczelnej Izby Aptekarskiej i Związku Pracodawców Hurtowni Farmaceutycznych, w celu doprowadzenia do konsultacji wszystkich zainteresowanych stron i przedstawieniu interpretacji pozwalającej na spokojne i zgodne z prawem prowadzenie aptek.

Z uszanowaniem
Prezes Rady SIA w Katowicach

dr n. farm. Stanisław Piechula

Opinia prawna

Przedmiot opinii:

1. Czy dopuszczalne jest udzielanie (jak dotychczas) rabatów handlowych przez hurtownie aptekom na leki, w tym leki refundowane.

2. Czy zakup leków refundowanych przez aptekę po obniżonej cenie lub z rabatem w hurtowni upoważnia aptekę do sprzedaży leków z marżą wyższą niż określona w ustawie o cenach.

Akty prawne:

- Konstytucja RP z dnia 02.04.1997r.(Dz.U.97.78.483 z późn. zm.) - *Konstytucja RP*,
- Ustawa z dnia 24.08.2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U.04.210.2135 z późn. zm.) - *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej*,
- Ustawa z dnia 05.07.2001r. o cenach (Dz.U.01.97.1050 z późn. zm.) - *Ustawa o cenach*.

1. Konstytucyjna ochrona prawa własności, oraz gwarancja swobody działalności gospodarczej.

Konstytucja RP gwarantuje swoim obywatelom bezwzględną ochronę ich prawa własności, oraz swobody podejmowania i wyboru zajęć zarobkowych (art. 64 i art. 65 Konstytucji RP). Wskazane prawa składają się na obowiązującą w polskim porządku prawnym swobodę działalności gospodarczej, wyartykułowaną bezpośrednio przez ustawodawcę w art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 02.07.2004r. (Dz.U.04.173.1807 z późn. zm.).

Prawa i wolności konstytucyjne mogą podlegać ograniczeniom wyłącznie w przypadkach i zakresie szczegółowo wskazanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Najistotniejszą okolicznością wynikającą z tej regulacji jest granica postawiona ustawodawcy wprowadzającemu ograniczenia konkretnych praw i wolności konstytucyjnych. Jakiegokolwiek ograniczenia wprowadzone przez ustawodawcę nie mogą mianowicie naruszać istoty ograniczanych praw i wolności.

Powyższe regulacje prawne skutkują wymogiem odpowiedniej wykładni przepisów wprowadzających ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, tak by nie naruszały one istoty tychże praw. Jeżeli bowiem w drodze dopuszczalnej wykładni przepisy te mogą ograniczać prawa konstytucyjne bez niedozwolonej ingerencji w samą istotę tych praw, organy państwowe oraz sądy powinny przy stosowaniu prawa używać takiej właśnie wykładni. Alternatywą dla takiej wykładni jest przyjęcie, iż dane przepisy nie obowiązują jako niezgodne z Konstytucją, konkretnie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

2. Do wstępnych wyjaśnień zawartych w punkcie poprzednim, należy dodać krótkie wyjaśnienie odnoszące się do ustawy o cenach. Wskazany akt prawny przewiduje możliwość ingerencji władzy ustawodawczej i wykonawczej w wolny skądinąd obrót gospodarczy, poprzez ogólną regulację wysokości cen produktów będących przedmiotem tegoż legalnego obrotu. Taka ingerencja stanowi w istocie ograniczenie konstytucyjnej zasady swobody działalności gospodarczej.

Najistotniejszym postanowieniem wskazanego aktu prawnego z punktu widzenia niniejszej opinii, jest zapis art. 9 w zw. z art. 538 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93 z późn. zm.), zgodnie z którym **cenę urzędową i marżę handlową urzędową mają charakter cen i marż handlowych maksymalnych. Uznać należy zatem, iż jedynym ograniczeniem dla uczestników obrotu gospodarczego jest wymóg, by ceny i marże nie przekraczały ustalonych bezpośrednio lub pośrednio przez ustawodawcę.**

3. W celu udzielenia odpowiedzi na pytania będące przedmiotem niniejszej opinii, niezbędne jest wskazanie proponowanej wykładni przepisu art. 63a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, dokonanej w świetle regulacji prawnych opisanych w punktach poprzednich.

W interesującym nas zakresie, treść wzmiankowanego przepisu jest następująca:

"Osoby świadczące usługi farmaceutyczne, nie mogą przyjmować nieuzasadnionej korzyści majątkowej dla siebie, w zamian za wykonanie lub wstrzymanie się od obowiązku służbowego, jeżeli jej uzyskanie jest uzależnione bezpośrednio lub pośrednio:

- od poziomu obrotu lekami lub wyrobami medycznymi podlegającymi refundacji ze środków publicznych,

- od takich działań tych osób, które prowadzą do zwiększenia poziomu sprzedaży leków lub wyrobów medycznych podlegających refundacji ze środków publicznych".

Za nieuzasadnioną korzyść majątkową należy uznać taką, której uzyskanie było uzależnione bezpośrednio lub pośrednio od poziomu obrotu lekami refundowanymi lub od działań prowadzących do zwiększenia poziomu sprzedaży leków refundowanych.

Elementem swobody działalności gospodarczej, wynikającej z praw rządzących gospodarką wolnorynkową, jest udzielanie przez hurtownie farmaceutyczne rabatów i upustów dla aptek za spełnienie określonych warunków handlowych np: płatność gotówką, poziomu obrotów, itp.. Wskazany instrument regulacji wzajemnych powiązań handlowych ma określone zadania i cele, które sprowadzają się do optymalizacji wyniku finansowego obydwu stron umów handlowych, poprzez zacieśnienie współpracy z konkretnymi, wybranymi w opozycji do innych, kontrahentami. Jest też gospodarczo uzasadniony, gdyż np. przy płatności gotówką hurtownia nie musi korzystać z kapitału własnego lub drogiego kredytu bankowego.

Aby ten cel osiągnąć, rabaty i upusty muszą być przyznawane według określonych zasad, promujących zacieśnianie więzi gospodarczej między konkretną apteką a hurtownią udzielającą rabatu. Jedynymi mechanizmami spełniającymi w pełni wskazaną funkcję, są obiektywne reguły oceny współpracy stron obrotu handlowego. Przykładem tego jest uzależnienie wysokości rabatu oraz jego przyznania od wysokości obrotu ogólnego, wypracowanego przez daną aptekę w danej hurtowni, płatność za leki gotówką, etc. Wszystkie te regulacje służą wyłącznie opisanemu powyżej celowi gospodarczemu, nie wykraczając poza relacje między hurtownią a apteką.

Podobne zasady obowiązują przy zakupie leków przez hurtownie od producenta lub importera.

Dopóki zasady współpracy między apteką a hurtownią nie mają na celu sztucznego zwiększania obrotów lekami refundowanymi, bądź też zwiększania sprzedaży leków refundowanych pacjentom i w ten sposób zwiększenia wydatków NFZ, nie sposób przyjąć, by korzyści majątkowe otrzymywane przez apteki w ramach przedmiotowej współpracy handlowej (przykładowo rabaty, upusty), były nieuzasadnionymi korzyściami majątkowymi w rozumieniu art. 63a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

Dodatkowo należy wskazać, że leki refundowane wydawane są na podstawie recepty lekarskiej i apteka nie ma możliwości wpływania na ilość wypisywanych recept i leków, gdyż o tym decyduje lekarz. Natomiast leki wydawane na recepty farmaceutyczne realizowane są za 100% odpłatnością i nie są objęte zakresem art. 63 ustawy o świadczeniach opieki ...

Podsumowując należy podkreślić, iż typowe rabaty i upusty oraz ich wysokość, których udzielenie przez hurtownię uzależnione jest od obrotu danej apteki z tą właśnie hurtownią, terminu płatności za towar, itp., nie może być uznane za uzyskiwanie przez aptekę nieuzasadnionych korzyści majątkowych, o których mowa w art. 63a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

Nie sposób przyjąć odmiennej interpretacji, gdyż stanowiłoby to zbyt daleko idącą ingerencję w swobodę działalności gospodarczej, prowadzącą do naruszenia istoty tegoż konstytucyjnego prawa. Strony obrotu handlowego mają bowiem swobodę w kształtowaniu swych wzajemnych praw i obowiązków tak, aby osiągnąć optymalny wynik finansowy z prowadzonej działalności. Rabaty i upusty, oraz zasady rządzące ich przyznawaniem, są mechanizmami niezbędnymi dla zachowania prawa stron obrotu handlowego do swobodnego regulowania wzajemnych relacji jako podmiotów gospodarczych. Wskazuje na to fakt, iż dla celów ustalenia rabatów brana jest pod uwagę zawsze całość obrotu apteki z hurtownią, bez rozgraniczania wysokości zakupu i dalszej odsprzedaży leków refundowanych oraz innych. Taki stan rzeczy wynika z faktu, iż celem hurtowni nie jest zwiększanie obrotu czy poziomu

dalszej sprzedaży leków refundowanych a zachęcenie konkretnej apteki do zaopatrywania się w tej właśnie hurtowni, a nie u konkurencji. W ten sposób hurtownia dąży do zwiększenia obrotu z aptekami. Z kolei apteka przyjmuje rabaty także nie w celu zwiększenia obrotu lekami refundowanymi czy też poziomu dalszej ich sprzedaży, lecz w celu poprawienia rentowności apteki. Są to zwykłe mechanizmy wolnorynkowe, nie mające żadnego związku, ani bezpośredniego ani pośredniego z chęcią zwiększania obrotów lekami refundowanymi, czy też poziomu ich sprzedaży.

Mając na uwadze powyższe wyrażam pogląd, że dopuszczalne jest w świetle art. 63a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej udzielanie przez hurtownie aptekom rabatów uzależnionych od np: terminu płatności i poziomu obrotu między tymi podmiotami gospodarczymi, ujmowanego całościowo z uwzględnieniem także leków refundowanych.

4. Wobec wskazania, iż dopuszczalne jest udzielanie i przyjmowanie rabatów, pozostaje rozważenie, czy w przypadku zakupu leków refundowanych przez aptekę po obniżonej cenie w hurtowni, apteka jest upoważniona do sprzedaży leków z marżą wyższą niż określona w ustawie o cenach.

Takie jest też stanowisko Ministerstwa Finansów (pismo PG 6630/42/MS/2007/16140 z 14.12.2007).

Ministerstwo Finansów prawidłowo wskazało, że art. 7 ustawy o cenach jest wytyczną dla Zespołu do Spraw Gospodarki Lekami a nie dla aptek.

Równocześnie jednak podkreślić należy, iż wbrew stanowisku wyrażonemu w incydentalnych pismach NFZ, otrzymanie rabatu przy zakupie leku refundowanego nie stwarza konieczności obniżenia jego ceny detalicznej, a tym samym kwoty refundacji należnej ze środków publicznych, a wypłacanej przez NFZ. Pojawiły się bowiem wątpliwości, czy zwiększenie marży handlowej apteki wynikające z uzyskania rabatu i równoczesnego utrzymania ceny sprzedaży leku refundowanego nie stanowi uzyskania przez aptekę nieuzasadnionej korzyści, o której mowa w art. 63a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

Wyrażam pogląd, iż dopóki cena leku nie przekracza ceny urzędowej, marża handlowa apteki wskutek uzyskanego rabatu nie jest objęta regulacją art. 7 ustawy o cenach i apteka nie jest w żaden sposób zmuszona obniżyć ceny sprzedaży leku refundowanego.

Odmienne interpretacja jest niezgodna z zasadami wykładni, o których mowa w punkcie 1 niniejszej opinii i prowadzi do absurdalnych wniosków, byłaby też niezgodna z zasadami współżycia społecznego art. 5 kc.. Apteka uzyskujący rabat na lek refundowany (który jest dopuszczalny - jak wskazano powyżej), może zachować się dwojako: - zmniejszyć cenę sprzedaży leku o uzyskany rabat, lub - zachować cenę sprzedaży, traktując rabat jako dodatkowy przychód prowadzący do optymalizacji wyniku finansowego prowadzonego przedsiębiorstwa.

W przypadku przyjęcia pierwszego rozwiązania, doszłoby do zupełnie nieuzasadnionego ograniczenia prawa swobody działalności gospodarczej, prowadzącej do naruszenia istoty tegoż prawa. Apteka byłaby bowiem zmuszana do rezygnacji z optymalizacji wyniku finansowego, której dokonała w sposób całkowicie legalny, wypracowując go uczciwą pracą i kalkulacją ryzyka prowadzonej działalności gospodarczej. Ponieważ uzyskany rabat w żaden sposób nie wpływa w istocie na zwiększenie obrotu lekami refundowanymi, czy też zwiększenie poziomu sprzedaży tych leków, nie można uznać by takie postępowanie apteki było uzyskaniem nieuzasadnionej korzyści majątkowej, o której mowa w art. 63a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

Przyjęcie odmiennej interpretacji przedmiotowego przepisu, zmuszałoby apteki do obniżenia ceny sprzedaży leku refundowanego. Paradoksalnie, rozwiązanie to jest właśnie niedopuszczalne w świetle wskazanego przepisu. Zmniejszanie odpłatności za lek refundowany prowadziłoby bowiem bezpośrednio do zwiększenia poziomu sprzedaży tegoż leku w danej aptece. Przykładem na to są zwiększone refundacje w wybranych aptekach na leki sprzedawane za 1 grosz zamiast za cenę ryczałtu.

Jak wynika z powyższego, przyjęcie wykładni prawa prezentowanej przez NFZ prowadzi do zaistnienia paradoksu - jakkolwiek zachowałaby się apteka, jej działanie należałoby uznać za niedopuszczalne.

W istocie, oceniając zjawisko udzielanych rabatów należy dokonywać interpretacji cytowanych przepisów w świetle konstytucyjnych zasad swobody działalności gospodarczej. Tak dokonana, poprawna wykładnia art. 63a ust. 1 o świadczeniach opieki zdrowotnej, prowadzi do wniosku, iż ewentualne zwiększenie marży handlowej apteki z tytułu sprzedaży leku refundowanego, wskutek uzyskania rabatu od hurtowni, nie stanowi działania niedopuszczalnego przepisami prawa.

Na marginesie niniejszej opinii należy podkreślić, iż NFZ jest podmiotem cywilnoprawnym, posiadającym takie same prawa i obowiązki jak inni uczestnicy obrotu prawnego. Podmiot ten nie może swobodnie ingerować w stosunki handlowe pomiędzy innymi podmiotami, tj. hurtowniami i aptekami. .

NFZ nie może zatem skutecznie stać na stanowisku, iż apteka nie może uzyskiwać optymalizacji wyniku finansowego w ramach stosunków handlowych z hurtowniami tylko dlatego, iż wiąże się to z obrotem lekami refundowanymi. Ograniczenia swobody kształtowania wzajemnych praw i obowiązków hurtowni i apteki mają zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy te podmioty gospodarcze stosują regulacje mające na celu sztuczne zwiększenie obrotu lekami refundowanymi, czy też zwiększenie poziomu sprzedaży tych leków. Tak długo natomiast, jak regulacje te mają na celu optymalizację wyników finansowych obu stron obrotu gospodarczego, nie można ograniczać ich swobody działalności gospodarczej wyłącznie dlatego, iż podmioty te obracają także lekami refundowanymi. Leki te są bowiem jednym z produktów, którymi podmioty te handlują i czerpią z tego faktu przychody, co jest prawnie dopuszczalne i w żaden sposób nie może zostać uznane za naganne czy sprzeczne z prawem.

Radca prawny ŚIA
Szulc Krystian