

РЕШЕНИЕ

№ 445

гр. София, 21.01.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 35 състав, в публично заседание на 19.01.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Миглена Недева

при участието на секретаря Даниела Иванова, като разгледа дело номер **7235** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 – чл.178 от Административно – процесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба от Медицински университет - С. срещу Решение № 124 от 08.07.2011 г. на Комисията за защита от дискриминация – 5-ти специализиран постоянен заседателен състав с което на основание чл.65, във връзка с чл.40, ал.1 и ал.2 и чл.47, т.1-6 от Закона за защита срещу дискриминацията (ЗЗД):

1. **УСТАНОВЯВА** извършено нарушение на чл. 4, ал. 1 и 2 и чл.12 от ЗЗсД, изразяващо се в това, че Медицински университет - С. не е направил необходимото за приключване на конкурс за заемане на длъжността „асистент” от издържалия конкурса кандидат Р. П. К. единствено поради факта на навършената от нея възраст, което пряка дискриминация на основата на признак „възраст” по отношение на достъпа до заетост;

2. за преустановяване на нарушението и за предотвратяване и остраняване на вредните последици от него **ДАВА ЗАДЪЛЖИТЕЛНО ПРЕДПИСАНИЕ** на Медицински университет - С. в едномесечен срок от постановяване на решението да направи необходимото за приключване на процедурата по провеждане на конкурса, като предприеме мерки за недопускане в бъдеще на дискриминация по признак „Възраст” при достъпа до заетост, за което да уведоми КЗД.

Жалбоподателят Медицински университет – С., представляван от ректора му проф.

Д-р В.М., чрез процесуален представител адв. С., твърди, че решението е незаконосъобразно, като излага подробни съображения, както за неговата материална незаконосъобразност, така и твърди наличието на съществени процесуални нарушения в процедурата. Моли да бъде отменено.

Ответникът Комисията за защита от дискриминация, не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Заинтересована страна, Р. П. К., чрез процесуален представител адв. Г., оспорва жалбата, като излага аргументи в подкрепа на издаденото решение.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена, не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Жалбата е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА.

Насочена е срещу подлежащ на обжалване административен акт, от активно легитимирано лице и в срок.

Разгледана по същество жалбата е ОСНОВАТЕЛНА.

Административен съд София – град, II а.о., 35 състав, като взе предвид доводите на страните и прецени доказателствата по делото в тяхната съвкупност, въз основа на наведените в жалбата основания и като извърши служебна проверка относно законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания, предвидени в чл.146 от АПК, приема за установено от ФАКТИЧЕСКА и ПРАВНА страна следното:

Оспореното решение е издадено в предписаната от закона форма и е постановено от компетентния за това административен орган, предвид което не са налице основания за обявяване на неговата нищожност по чл.146, т.1 и т.2 от АПК.

В същото време, съдът установява, че при издаването на решението са налице както съществени нарушения на административно – производствените правила, така и на материалния закон, представляващи основания за отмяната му, съгласно чл.146, т.3 и т.4 от АПК.

Правилно е съображението на жалбоподателя, че след като Решение № 74 от 31.03.2010 г. на Комисията за защита от дискриминация е било отменено с Решение № 2098 от 10.02.2011 г. по а.д. № 5897 / 2010 г. на ВАС и делото е върнато като преписка на административния орган за ново произнасяне по жалбата на Р. К., това означава, че административният орган следва да спазва всички нормативни изисквания при произнасянето си, вкл. и провеждане на открито съдебно заседание. Още повече, че в случая е била налице и хипотезата на чл.14, ал.2 от Правилника за производство пред КЗД, тъй като е бил променен състава на комисията, което налага връщане за разглеждане в открито съдебно заседание от променения състав с призоваване на страните.

Съдът счита, също така, че в решението незаконосъобразно не е установявана и не е посочена дата на извършване на нарушението. След като с решението се установява извършването на конкретно нарушение, то то е свързано с конкретни фактически обстоятелства, едно от основните от които е именно датата на извършването му. В подкрепа на това обстоятелство е и разпоредбата на чл.78, ал.1 от ЗЗДискр., съгласно която всеки акт на дискриминация е и административно нарушение, а е възможно в някои случаи да бъде и престъпление по НК.

Датата на нарушението следва да бъде установена и посочена в решението, тъй като от нея зависи и възможността за прилагане, съответно за проверка са спазване на разпоредбата на чл.52, ал.1 от ЗЗДискр., предвиждаща погасителна давност за

преследването, а именно: „Не се образува производство, а образуваното се прекратява, ако са изтекли три години от извършване на нарушението.”

Съдът не споделя съображенията на заинтересованата страна, че датата на нарушението не е посочена, тъй като става въпрос за продължаващо нарушение, а д-р К. въобще не е уведомена за резултатите от конкурса и той не е приключил.

Предвид горното, съдът счита, че и самите фактически обстоятелства, в които се изразява нарушението, отразени в оспорения административен акт са неправилно установени, тъй като нарушението не се изразява в това, че „не е приключен конкурс” за заемане на длъжността, тъй като, този конкурс е приключил като административна процедура, макар да не е завършил с възникване на трудово правоотношение между Медицинския университет и д-р К..

Това е така по следните съображения:

Съгласно чл.54, ал.4 от Закон за висшето образование, трудовите правоотношения между висшето училище и лицето, спечелило конкурса, възникват от деня на утвърждаване на избора, като ректорът сключва трудовия договор постфактум, в едномесечен срок от утвърждаването на избора. Следователно, конкурсът приключва с един административен акт, който в случая е на Факултетния съвет при Медицинския университет, според отм. Закон за научните степени и звания и съответно Правилника за прилагане на Закон за научните степени и звания, утвърден с Разпореждане № 303 на Бюрото на МС от 29.07.1972 г., отм., бр. 75 от 24.09.2010 г., но действащи към момента на започване на конкурса, е следвало да се извърши от Факултетния съвет на съответното заведение, в случая на Медицинския университет. Този орган следва да се произнесе изрично с решение, но в случай, че не го направи в установения за това срок, съгласно правилата на чл.57 от АПК, отново е налице административен акт, който представлява мълчалив отказ.

Според т.43 от правилника комисията, провела конкурса, седем дни след приключване на изпита, представя писмен доклад в научния съвет, като в заключението си дава мотивирано предложение за избор.

Видно от доказателствата по делото в процесния случай комисията по избора е приключила работата си с Протокол от 23.05.2008 г., изх. № 23 / 27.05.2008 г., в заключението на който предлага на Декана на Медицинския факултет и на Факултетния съвет на МФ при МУ – С. да бъде избран за асистент единствения подал предложение кандидат и издържал конкурса с успех Отличен / 5.50/ д-р Р. К. и Доклад изх. № 24 / 27.05.2008 г. до Декана на Медицинския факултет, който е и председател на Факултетния съвет.

Съгласно т.45.1. от правилника научният съвет, в случая Факултетният съвет е следвало да вземе решение „в едномесечен срок от представянето на доклада”, което е станало според горните документи на 27.05.2008 г. и това решение е окончателно / т.45.2/.

Съгласно чл.57, ал.6 от АПК, когато органът е колективен, въпросът за издаване на акта се решава най – късно на първото заседание след изтичане на срока. Едномесечният срок по т.45 от правилника е изтекъл на 27.06.2008 г., а Факултетният съвет заседава поне веднъж месечно.

Административният орган не е установявал тази дата, но на практика, с липсата на произнасяне на Факултетния съвет на първото му заседание след 27.06.2008 г. е постановен и приключващият конкурса административен акт, представляващ мълчалив отказ за утвърждаване на избора на комисията да бъде избрана за асистент

д-р Р. К..

Както бе споменато по-горе, сключването на трудовия договор с ректора на университета е само един последващ факт, зависим от начина, по който ще приключи административната процедура на конкурса, т.е. от решението на Факултетния съвет.

Като не е установила каква е датата, на която следва да се приеме наличието на мълчаливия отказ на Факултетния съвет, КЗД е издала незаконосъобразно решение при непълнота на доказателствата и несъответстващо на конкретните фактически обстоятелства.

От една страна, след като оспореното решение на КЗД е постановено на 08.07.2011 г., а е възможно Факултетният съвет да е заседавал в периода от 27.06.2008 г. до 08.07.2008 г., то не е изключено решението за установяване на нарушението да е постановено след изтичане на предвидената в чл.52, ал.1 от ЗЗДискр. тригодишна давност, при което КЗД е била длъжна да прекрати образуваното производство, тъй като произнасянето му е недопустимо.

Незаконосъобразната липсата на посочване в решението на дата на извършване на нарушението препятства съда от възможността за проверка в тази насока.

От друга страна, предвид неточно установените факти и обстоятелства, неправилни и незаконосъобразни са както обстоятелството, в което се изразява самото нарушение, осъществено според КЗД в неизвършване на необходимото за приключване на конкурса, т.е. в неприключване на конкурса, така и даденото задължително предписание за Медицинския университет – С. „в едномесечен срок от постановяване на решението да направи необходимото за приключване на конкурса”.

При горните аргументи, съдът счита, че оспореното решение е незаконосъобразно и следва да бъде отменено на основание чл.146, т.3 и т.4 от АПК.

Водим от горното и на основание чл.172, ал.2 от АПК, Административен съд София – град, II а.о., 35 състав,

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба от Медицински университет - С. Решение № 124 от 08.07.2011 г. на Комисията за защита от дискриминация – 5-ти специализиран постоянен заседателен състав.

Препис от решението, на основание чл.138 от АПК, да се изпрати на страните.

Решението подлежи на касационно обжалване в 14-дневен срок от деня на съобщаването му чрез настоящия съд пред Върховен административен съд.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: