

РЕШЕНИЕ

№ 7850

гр. София, 14.12.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 23 състав,
в публично заседание на 02.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Антоанета Аргирова

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **4683** по описа за **2023** 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), вр.чл.68, ал.1 от Закона за защита от дискриминация (ЗЗДискр.).

Образувано е жалба с вх.№60-00-17/09.05.2023 година по регистъра на Комисията за защита от дискриминация (КЗД), подадена от Народното събрание на Република България, представлявано от председателя Р. Ж., чрез пълномощника-гл. юрисконсулт И. С., срещу Решение № 153/20.04.2023 г., постановено по преписка № 399/2021 г. по описа на КЗД, с което, V-ти специализиран постоянен заседателен състав: 1. Установява на основание чл.65, т.5 от ЗЗДискр., че разпоредбата на 5, ал. 1 от Закона за бюджета на НЗОК (ЗБНЗОК) за 2021 г. в редакцията преди изменението и допълнение на ЗБНЗОК (Обн. ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.) създава неравенство в третирането по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по признак „обществено положение“ спрямо магистър - фармацевтите, които са изключени от приложното поле на разпоредбата на 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. относно възможността да получават допълнително трудово възнаграждение за срока на извънредната епидемична обстановка; 2. Установява на основание чл. 65, т. 5 от ЗЗДискр., че с прилагането на разпоредбата на чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. в редакцията преди изменението и допълнение на ЗБНЗОК (Обн, ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.) от страна на НЗОК е създадено неравенство в третирането по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по признак „обществено положение“ спрямо магистър - фармацевтите и дискриминация по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по

признак „обществено положение“ спрямо М. Ц. Ч. от [населено място] П. и Д. П. Т. от [населено място]; 3. Остава жалбата без уважение, в частта относно искането за преустановяване на нарушението, считано с изменение и допълнение на ЗБНЗОК (Обн. ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.) с което е разширен кръга на лицата имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение, като в т.2 (нова) към чл.5, ал. 1 от ЗБНЗОК изрично са посочени магистър фармацевтите, които работят в аптека по чл.222, ал.4, т. 1 и т.2 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина и 4. Препоръчва на основание чл.47, т.8 от ЗЗДискр. на Народно събрание на Република България и Национална Здравноосигурителна каса да предприемат мерки по чл.10 и чл.11 от ЗЗДискр. за необходими за спазване на равенството в третирането и да не допуска бъдещи нарушения на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. и чл.6 от ЗЗДискр.

Решението, в частта му по т.1, т.2 и т.4, е оспорено Народното събрание на Република България, чрез процесуалния му представител- юрк. И. С., с искане да бъде отменено. Релевираните с жалбата основания за оспорване са за допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните норми и несъответствие с целта на закона-чл.146, т.3, т.4 и т.5 АПК. Тяхното осъществяване е аргументирано с доводи, че при постановяване на решението си, КЗД е трябвало да изследва дали магистър-фармацевтите, работещи в аптека в болнично лечебно заведение, от една страна и лекарите и медицинските сестри в самите лечебни заведения, от друга страна, се намират в същото или сходно положение по отношение на правото на получаване на допълнително трудово възнаграждение. В тази връзка сочи, че за да се обоснове извод за наличие на дискриминация по някой от признаците по чл. 4, ал. 1 ЗЗДискр. следва да се направи сравнение между начина, по който лицето, което твърди, че спрямо него е осъществена дискриминация, се третира, било е третирано или би било третирано и начина на третиране на други лица, които са в същото или сходно положение, т.е. по отношение на които са налице сравними сходни обстоятелства. В случая не били налице основания сравнението да се извършва между магистър - фармацевтите, от една страна, с лекарите и медицинските сестри, от друга страна, тъй като различните режими на работа, функции и задължения в болничните заведения са съществени обстоятелства, които различават условията, при които сравняваните групи от лица работят. При извършване на преценката за наличието на сравними положения трябвало да бъдат взети предвид принципите и целите в областта, към която се отнася разглежданата правна уредба, установяваща разлика в третирането. Оспорва се направения от КЗД извод, че разпоредбата на 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г., в редакцията преди изменението и допълнение на ЗБНЗОК (Обн. ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.), създава неравенство в третирането по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по признак „обществено положение“ спрямо магистър – фармацевтите. Заявява искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание пред Административен съд София-град, жалбоподателят не се представлява.

Ответникът- КЗД, чрез процесуалния си представител- юрисконсулт И. оспорва допустимостта на жалбата, в частта ѝ, с която се оспорва Решението в частта на дадената с него препоръка, а в останалата ѝ част отрича нейната основателност. Заявява и искане за присъждането на юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованата страна (ЗС) М. Ц. Ч., оспорва депозираната жалба и моли за

отхвърлянето ѝ. Сочи, че КЗД е взела правилното решение по казуса да защити правата на фармацевтите, работещи в болничните аптеки наравно с лекарите, сестрите и санитарите в болничното заведение.

ЗС Д. П. Т., не се явява, не се представлява и не изразява становище по подадената жалба.

ЗС Националната здравноосигурителна каса, чрез пълномощника- юрк. В. И., счита жалба за основателна и моли за уважаването ѝ.

ЗС Българският фармацевтичен съюз, представляван от председателя на УС на Б., не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Прокурор от С. градска прокуратура, редовно уведомена, не взема участие в производството по делото и не дава заключение за законосъобразността на оспореното решение.

Административен съд София- град, II-ро отделение, 23-ти състав намери жалбата за частично недопустима- срещу решението, в частта му по т.4, с която е дадена препоръка на Народното събрание на Република България и Националната здравноосигурителна каса да предприемат мерки по чл.10 и чл.11 от ЗЗДискр. за спазване на равенството в третирането и да не допускат бъдещи нарушения на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. и чл.6 от ЗЗДискр. В тази му част, решението не представлява акт, подлежащ на оспорване-чл.159, т.1 от АПК. КЗД е специализиран държавен орган с компетентност да осъществява контрол по прилагането и спазването на законите, уреждащи равенството в третирането. Една от формите, в които се реализира тази компетентност, е възможността Комисията да прави препоръки до държавните органи. Тези актове на Комисията нямат белезите на индивидуални административни актове. С тях тя не упражняват властнически правомощия за едностранно, независимо от волята на адресата, установяване на дадено правно положение. С тях нито се създават права или задължения за адресата, нито се засягат негови права, свободи или законни интереси. (Определение № 1527 от 5.02.2010 г. на ВАС по адм. д. № 11993/2009 г., VII о.; Определение № 3764 от 22.03.2010 г. на ВАС по адм. д. № 14613/2009 г., VII о.; Определение № 6564 от 15.05.2014 г. на ВАС по адм. д. № 5323/2014 г., VII о.; Определение № 6564 от 15.05.2014 г. на ВАС по адм. д. № 5323/2014 г., VII о.; Решение № 8146 от 13.06.2014 г. на ВАС по адм. д. № 16837/2013 г., VII о. и др.)

В останалата ѝ част-срещу решението, в частта му по т. 1 и т.2, жалбата е допустима:

Подадена е в законоустановения срок и от надлежна страна, участвала в административното производство, като ответник, за който оспореното решение е неблагоприятно (чл.147, ал.1 АПК).

За да се произнесе по съществуващото на жалбата, в допустима ѝ част, съдът съобрази следното от фактическа и правна страна:

Производството пред КЗД е образувано на жалба с вх. № 44-01-100/08.09.2021 г. и допълнения с вх. № 44-01- В103/16.09.2021 г. и вх.44-01-130/06.12.2021 г. по описа на КЗД, подадени от М. Ц. Ч. и Д. П. Т. , с оплакване, че нормата на чл. 5, ал. 1 от Закона за бюджета на Националната здравноосигурителна каса (ЗБНЗОК) за 2021 г. създава основание за дискриминационно третиране по признак „обществено положение“ на магистър-фармацевтите, които по реда на чл. 222, ал.4 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (ЗЛПХМ) са ръководители или работят в аптеки, разкрити от лечебни заведения за болнична медицинска помощ. Въз

основа на разпоредбата, за срока на обявена извънредна епидемична обстановка чрез трансфер от централния бюджет по бюджета на НЗОК се осигуряват средства на лекари в размер на 600 лв. за изплащане на допълнителни трудови възнаграждения, на специалисти от професионално направление „Здравни грижи“ в размер на 360 лв., а на санитарни - в размер на 120 лв. Нормата е императивна, а изброяването на лицата, имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение - изчерпателно, като сред тях не попадат магистър-фармацевтите, работещи в болнични лечебни заведения. Жалбоподателите допълват, че са придобили образователно-квалификационна степен по специалност „Фармация“ и са назначени на длъжност „магистър-фармацевт в болнична аптека“, съответно „магистър-фармацевт, ръководител на аптека“ в Специализираната болница за активно лечение на онкологични заболявания „Проф. Д-р Марин Мушмов“ ЕООД - [населено място]. От датата на влизане в сила на чл. 5, ал.1 от ЗБНЗОК за 2021 г. от 01.01.2021 г. не са получавали допълнително трудово възнаграждение за месеците на обявена извънредна епидемична обстановка, вкл. и на друго основание. Считат, че изключването на магистър-фармацевтите от обхвата на медицинския персонал, имащ право на допълнително трудово възнаграждение за срока на извънредната епидемична обстановка, е недопустимо, неоснователно, нелогично, не преследва легитимна правна цел и е нецелесъобразно. Във всяко друго отношение правната уредба е последователна и непротиворечива в третирането на магистър-фармацевтите, работещи в болнични лечебни заведения, като медицински специалисти, които са част от болничния медицински персонал. Цитират разпоредбата на чл. 80, ал. 1 от Закона за лечебните заведения (ЗЛЗ), в която е посочено, че магистър-фармацевтите са част от медицинския персонал в лечебните заведения. В чл. 183, ал. 1 от Закона за здравето (ЗЗ) се приема също, че лицата, притежаващи диплома за завършено висше образование по специалности от професионални направления „Фармация“ упражняват медицинска професия и са медицински специалисти. Позовават се и на чл. 29, ал. 3 от Наредба № 5 от 17 юни 2019 г. за утвърждаване на стандарти за финансова дейност, прилагани от държавните и общинските лечебни заведения за болнична помощ и комплексни онкологични центрове, предвиждащ изплащане на допълнителни трудови възнаграждения и на отделни звена, сред които и аптеките, с оглед на което магистър-фармацевтите са медицински специалисти, равнопоставени по квалификация и правила за регулиране на професията. Те работят в аптеките на болничните лечебни заведения при пряк контакт както с пациенти, така и с останалия медицински персонал. Предвиденото допълнително трудово възнаграждение се изплаща ежемесечно на всички лица, изброени в нормата, без оглед дали са пряко ангажирани или не с дейностите по наблюдение, диагностика и лечение на пациенти с потвърдено наличие на COVID-19. Основанието за изплащане на този вид допълнително трудово възнаграждение се свързва с потенциалния риск, на който са изложени всички лица от медицинския персонал, вкл. и немедицински, зает в болничните лечебни заведения. С изключването на магистър-фармацевти от приложното поле на чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК не се отчита, че те са също били толкова застрашени, колкото другите изброени в нормата специалисти. Действащата уредба включва помощник-фармацевти от състава на болничните аптеки-специалисти по здравни грижи със степен „бакалавър“ и право на допълнително трудово възнаграждение от 360,00 лева месечно. В същото време, техните ръководители от аптеката, магистър-фармацевти, остават без допълнително възнаграждение. Заради по-високата

си квалификация магистър-фармацевтите изпълняват дейности, на които помощник-фармацевтите нямат право. Така само магистър-фармацевт може да отпусне лекарствени продукти по лекарско предписание, т.е. магистър-фармацевтът осъществява винаги пряк контакт с пациентите. Наред с това за магистър-фармацевтите, които по реда на чл. 222, ал.4 от ЗЛПХМ са ръководители или работят в аптеки, разкрити от лечебни заведения за болнична медицинска помощ, се осъществява неблагоприятно третиране по смисъла на § 1, т. 7 от ДР ЗЗДискр. от страна на Народното събрание. Нарушен е принципът за забрана за дискриминация, установена в чл. 6, ал. 2 от Конституцията на Република България, доразвит в разпоредбата на чл. 4, ал. 1 ЗЗДискр, с което се забранява всяка пряка или непряка дискриминация, основана на изброените в нея признаци или на всякакви други признаци, установени в закон или в международен договор, по който Република България е страна. Чл.5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. въвежда различно третиране и ограничаване правото на допълнително трудово възнаграждение на магистър-фармацевтите, работещи в болнични лечебни заведения, с което се осъществява съставът на пряка дискриминация, уреден в разпоредбата на чл. 4, ал. 2 от ЗЗДискр. Ограничаването на възможността за получаване на допълнително трудово възнаграждение се осъществява въз основа на защитен признак: „обществено положение“. Тези лица работят при сходни условия в болничните лечебни заведения, изложени на същия потенциален риск от зараза, като привилегираният медицински персонал, изброен в чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК. Създава се различие в третирането, което няма обективно и разумно оправдание, т.е. не преследва законна цел и отсъства разумно отношение на пропорционалност между използваните средства и преследваната цел. Считат, че нормата на чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК се намира в противоречие с принципа за равенство в трудовото възнаграждение, закрепен в чл. 14, ал. 1 ЗЗДискр. Отбелязват, че равностойният труд е от различен характер, но със същата стойност на работната сила. В тази връзка жалбоподателите твърдят, че са лишени от възможността да получават допълнителното трудово възнаграждение, защото законодателят не е отчел, че те са изложени на същия риск, както лекарите, работещи в онкологичния диспансер - пряк контакт с „пациентите и с целия медицински персонал в онкологичния диспансер. В сегашната си редакция нормата на чл. 5, ал. 1 от Збнзок за 2021 г. водела до непропорционално накърняване на трудови права. Сочат колизия и с нормата на чл. 1, в от Конвенция № 111 относно дискриминацията в труда и професиите, 1958 г., ратифицирана от България с Указ № 205 от 3 юни 1960 г. на Президиума на Народното събрание, съгласно който терминът „дискриминация“ включва всяко друго различие, изключване или предпочитание, което води до премахване или нарушаване на равенството във възможностите или в третирането в областта на труда и професиите. Допълват, че се нарушава принципът за равенство на гражданите пред закона по чл. 6, ал. 2 от Конституцията - общ за цялата правна система, чрез който се забранява „произволното неравнопоставяне и представлява повеля за равно третиране“ (Решение № 1 от 2005 г. по к. д. № 8 от 2004 г.).

Предвид оплакванията за дискриминация по признак „обществено положение“ по чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., както и претенцията за нарушение на чл.14 от ЗЗДискр., преписка № 399/2021 г. е разпределена за разглеждане от Четвърти специализиран постоянен заседателен състав на КЗД.

В изпълнение на чл.55 и сл. от ЗЗДискр., КЗД е провела предвидената в

специалния закон процедура по проучване, като е изисквала и приложила по преписката становища и доказателства от участниците в производството. В изпълнение на чл.59, ал.3 от ЗЗДискр. на страните е предоставена възможност да се запознаят с приложените по преписката материали.

Постъпило е становище от Народното събрание на Република България, чрез процесуалния представител гл. юрисконсулт И. С., в което се сочи, че с изменението и допълнението на ЗБНЗОК (Обн., ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 1.10.2021 г.) е разширен кръгът на лицата, имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение, като в т. 2 (нова) към чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК изрично са посочени магистър-фармацевтите, работещи в болнични лечебни заведения. Така отпадал правният интерес на жалбоподателите да искат от КЗД да постанови предотвратяване и преустановяване на твърдяното в жалбата нарушение, доколкото нормата на чл. 5, ал. 1, т. 2 ЗБНЗОК изрично включва магистър-фармацевтите в категорията лица, имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение, а производството следвало да се прекрати поради отпадналия правен интерес и липса на предмет (исканите от жалбоподателите промени били извършени).

Получено е и становище от НЗОК, в което се сочи, че обстоятелството, определящо кръга на увредените лица, за които се твърди, че е осъществена дискриминация, представлявала възможността, предвидена в чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. за срока на обявена извънредна епидемична обстановка, чрез трансфер от централния бюджет по бюджета на НЗОК, на посочените лица да се осигуряват средства за изплащане на допълнителни възнаграждения за работа при COVID. Нормата урежда осигуряването на средства за неопределен, но определяем срок, на изпълнителите на болнична медицинска помощ за определена цел, а именно: за изплащане на допълнителни трудови възнаграждения на изрично изброени лица от медицинския персонал, с които лица посочените изпълнители са в трудови правоотношения. С Решение № РД-НС-04-105/20.10.2020 г., НС на НЗОК одобрил проект на ЗБНЗОК за 2021 г., в който не са предвиждани финансови средства под формата на допълнителни трудови възнаграждения за медицински специалисти за работа по време на обявена епидемична обстановка поради разпространението на заразна болест по чл. 61, ал. 1 от ЗЗ. Наред с това във внесения от управителя на НЗОК, чрез министъра на здравеопазването и одобрен от Министерския съвет проект на ЗБНЗОК за 2021 г. не фигурира спорният в случая чл. 5, а законопроекът приключва само до чл. 4 в основната си част. Относно твърдението за противоречие на чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. с принципа за равенство на трудовото възнаграждение, закрепен в чл. 14, ал. 1 от ЗЗДискр., отбелязва, че посочената разпоредба регламентирала задължението на работодателя да осигури равно възнаграждение за еднакъв или равностоен труд и се явява неотнормисима към предмета на жалбата, доколкото чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. регламентира императивно осигуряването на средства, чрез трансфер от централния бюджет по бюджета на НЗОК, за срока на обявена извънредна епидемична обстановка поради епидемично разпространение на заразна болест по чл. 61, ал. 1 от ЗЗ. Относно твърдението за наличие на колизия с чл. 1, т. 1 б. „б" от Конвенция №111 относно дискриминация в областта на труда и професиите на Международната организация на труда (Конвенцията), излага,

че предвид поставената законова цел, с осигуряването на средства по чл. 5 от ЗБНЗОК за 2021 г. не се накърняват трудови права, така както са установени от Конвенцията и следователно не се нарушава принципът за равенство на гражданите пред закона по чл. 6, ал. 2 от Конституцията на Република България.

Българският фармацевтичен съюз (Б.) е представил становище, в което се отбелязва, че Б. е съсловна професионална организация, която по силата на закона представлява и защитава правата и интересите на магистър - фармацевтите, които упражняват професия на територията на България. Условие за упражняване на професия като магистър - фармацевт е членството в Б., т.е. всички магистър - фармацевти, които упражняват професия на територията на България, са членове на Б.. Сочи се, че в тази обща категория, попадат две групи членове на Б.: магистър - фармацевти, които упражняват професия магистър – фармацевт и работят в аптеки на болнични лечебни заведения по чл.222, ал.4 от ЗЛПХМ и магистър - фармацевтите, които работят в т.нар. „открити“ аптеки за обслужване на населението по чл.222, ал.1 от ЗЛПХМ, които имат сключени договори с Националната здравноосигурителна каса по реда на чл.45, ал.17 от Закона за здравното осигуряване (ЗЗО) за отпускане на лекарствени продукти, заплащани напълно или частично от НЗОК. Посочените две групи били третираны неравноправно, доколкото не са получавали допълнително възнаграждение за рисковете за живота и здравето им от лечението на пациенти, които страдат от коронавирус - остро вирусно заболяване с диагноза М. код U07.1, при съпоставими еднакви условия спрямо други медицински специалисти (лекари и специалисти по здравни грижи), които са получили целево допълнително възнаграждение. Първата група, към която спадат и жалбоподателите по преписката, полагат грижи и имат потенциален контакт с такива пациенти в лечебните заведения по чл.222, ал.4 от ЗЛПХМ, като действащото законодателство предвижда заплащане на останалите медицински специалисти по силата на чл.5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021г. След изменението на чл.5, ап.1 от ЗБНЗОК в сила от 01.10.2021 г., в обхвата на лицата, които получават допълнително възнаграждение, по неизвестни причини не са включени магистър - фармацевтите, които работят в аптеки на лечебни заведения по чл.222, ал.4, т.3 и т.4, а за тези магистър - фармацевти, които работят в аптеки на лечебни заведения по чл.222, ал.4, т. 1 и т.2 допълнително възнаграждението се предвидило след 01.10.2021 г., докато останалите медицински специалисти са получавали такова преди това - от 01.01.2021 г. Считат, че закъснялата законодателна промяна (в сила от 01.10.2021 г.) показва, че в първоначалната си редакция уредбата е третирила дискриминационно посочената категория медицински специалисти, изключвайки ги неоснователно от обхвата на лицата, имащи право да получат допълнително възнаграждения за срока на обявената извънредна епидемична обстановка.

Изготвен е доклад заключение. На основание Заповед №12-11-2191 от 02.11.2022 г. на председателя на КЗД, Н. А. замества Баки Х. като председател в първото открито заседание по преписката, проведено на 10.11.2022 г., в което са конституирани страните, като е взето решение да

бъде конституиран като заинтересована страна и Българският фармацевтичен съюз, а разглеждането на преписката е отложено за 26.01.2023 г.

На второто открито заседание на 26.01.2023 г., съставът е изслушал становищата на страните и е преценил, че преписката е изяснена от фактическа страна и я е обявил за решаване. По преписката е постановено е Решение № 153/20.04.2023 г., с което, V-ти специализиран постоянен заседателен състав е приел за установено че: разпоредбата на 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г., в редакцията преди изменението и допълнение на ЗБНЗОК (Обн. ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.), създава неравенство в третирането по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по признак „обществено положение“ спрямо магистър - фармацевтите, които са изключени от приложното поле на разпоредбата на 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. относно възможността да получават допълнително трудово възнаграждение за срока на извънредната епидемична обстановка; 2 с прилагането на разпоредбата на чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г., в редакцията преди изменението и допълнение на ЗБНЗОК (Обн, ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.), от страна на НЗОК е създадено неравенство в третирането по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по признак „обществено положение“ спрямо магистър - фармацевтите и дискриминация по смисъла на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. по признак „обществено положение“ спрямо М. Ц. Ч. от [населено място] П. и Д. П. Т. от [населено място]. Жалбата е оставена без уважение, в частта ѝ относно искането за преустановяване на нарушението, считано с изменението и допълнението на ЗБНЗОК (Обн. ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.), с което е разширен кръга на лицата имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение, като в т.2 (нова) към чл.5, ал. 1 от ЗБНЗОК изрично са включени магистър фармацевтите, които работят в аптека по чл.222, ал.4, т. 1 и т.2 от ЗЛПХМ. Препоръчано е на Народното събрание на Република България и Националната Здравноосигурителна каса да предприемат мерки по чл.10 и чл.11 от ЗЗДискр. за спазване на равенството в третирането и да не допускат бъдещи нарушения на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. и чл.6 от ЗЗДискр.

За да достигне до този извод КЗД е посочила, че разпоредбата на чл.5, ал. 1 от ЗБНЗОК за 2021 г. изрично изброява лица от медицинския персонал за изплащане на допълнителни трудови възнаграждения за работа по време на обявена епидемична обстановка, поради разпространение на заразна болест по чл.61, ал. 1 от Закона за здравето. В случая става въпрос за пряка дискриминация, тъй като е формулирано правило, което диференцира пряко определени групи на основата на признаците по чл. 4, ал. 1 от ЗЗДискр., в настоящия случай- „обществено положение“. Признакът „обществено положение“ най - общо може да се определи като място, което едно лице заема в структурата на даден социум и е израз на отношението, оценката което са дава на това лице във връзка с неговото социално поведение и функции. Следователно за елемент от общественото положение по смисъла на закона могат да се определят професията на индивида, мястото, в което работи, заеманата длъжностна позиция, а различното третиране по признак „обществено положение“ в процесния случай, за да не представлява дискриминация, следва да бъде обективно оправдано за

постигане на законна цел и да е пропорционално. В тази връзка КЗД е приела, че медицинските специалисти от професионално направление „Фармация“ са поставени в по-неблагоприятно положение с оглед на възможността да получат допълнително трудово възнаграждение, което се изплаща по повод пандемията от COVID - 19 съгласно ЗБНЗОК за 2021 г., в сравнение с лицата, които са посочени в разпоредбата на чл. 5, ал. 1 от ЗБНЗОК. Магистър фармацевтите следва да бъдат третирани наравно с лицата посочени в с.н., а именно лекарите, професионалистите по здравни грижи, сред които са помощник фармацевтите и санитарите. Посочено е, че магистър - фармацевтите са медицински специалисти съгласно ЗЗ, които са равнопоставени, като квалификация и правила за регулиране на професията с изброените в чл.5, ал.1 от ЗБНЗОК за 2021 г. други специалисти. Установило се, че магистър фармацевтите работят в аптеките на болничните лечебни заведения, имат пряк контакт както с пациенти, така и с останалия медицински персонал, който полага грижи за лечението на пациентите, боледуващи от COVID - 19, получават и осигуряват движението на всички лекарствени продукти за лечението на тези пациенти, както и отговарят за правилното им съхранение, като тези които са с Клинична фармация участват и във визитацията на пациенти и определянето на лекарствената терапия.

В оспореният акт е посочено, че Народното събрание на Република България и Националната здравноосигурителна каса не са представили в производството по преписката каквито и да било доказателства, от които може да се заключи, че съществуващото неравенство е обективно оправдано, нито са представили доказателства, които да отговорят на въпроса по какъв начин е формиран кръгът на лицата, имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение, работещи в лечебни заведения, без да са посочени магистър - фармацевтите. Обоснован е извод, че след изменението и допълнението на ЗБНЗОК (Обн. ДВ, бр. 77 от 2021 г., в сила от 01.10.2021 г.) , с което е разширен кръга на лицата имащи право да получат допълнително трудово възнаграждение, в т.2 (нова) към чл.5, ал.1 от ЗБНЗОК, е възстановен принципът на равенството в третирането на магистър - фармацевтите. Въпреки това е прието, че като последица е изтекъл период на доказано неравно третиране спрямо магистър - фармацевтите вследствие на ненавременни и неправилни действия от страна на НС и НЗОК.

Административен съд-София град, след като обсъди релевираните с жалбата основания и доводите на страните в съдебно заседание, прецени събраните по делото доказателства и служебно на основание чл.168, ал.1 от АПК провери изцяло законосъобразността на обжалвания акт, намира жалбата за основателна.

Съдът дължи преценка на законосъобразността на оспореното решение на всички основания по чл. 146 от АПК. Съдът не се ограничава само с обсъждането на основанията, посочени от оспорващия, като следва да обяви нищожността на акта, дори да липсва искане за това (чл. 168, ал. 2, вр. ал. 1 АПК).

Последователна е съдебната практика, че издаването на акт от некомпетентен административен орган обуславя неговата нищожност. Установяването на този порок е предпоставка да бъде прогласена

нищожността на решението на КЗД, а преписката - върната за ново произнасяне от компетентния административен орган по реда и условията на производството за разглеждане на жалби и сигнали пред КЗД, при отчитане на действително осъществилата се фактическа обстановка, съотнесена към приложимия по време, място и лица материален закон и целта, която е инкорпорирал чрез него законодателят с оглед осигуряването правото на равенство пред закона на равенство в третирането и във възможностите за участие в обществения живот, както и на ефективна защита срещу дискриминацията, на всяко лице по смисъла на чл. 2 от ЗЗДискр.

В случая производството по административна преписка № 399/2022 г. на КЗД е образувано с Разпореждане № 1210/30.09.2021 г. на председателя на КЗД (л. 90 от делото) с вх. № 44-01-100/08.09.2021 г., и допълнения с вх. № 44-01- В103/16.09.2021 г. и 44-01-130/06.12.2021 г. по описа на КЗД, подадени от М. Ц. Ч. от [населено място] П. и Д. П. Т. от [населено място]. На основание чл. 48, ал. 3 от ЗЗДискр., във връзка с чл. 9, т. 4 от Правилника за устройството и дейността на КЗД (ПУДКЗД), издаден на основание чл. 46, ал. 1 ЗЗДискр., са определени за членове на Четвърти специализиран постоянен състав: П. К. (докладчик), Баки Х. (председател) и О. К.. Проведени са две открити заседания на 10.11.2022 г. и на 26.01.2023 г., за които са изготвени протоколи, приложени в преписката и приети делото. На проведеното на 10.11.2022 г. заседание не присъстват всички първоначално определени членове на състава, като на основание чл. 11, ал. 4 от Правилата за производство пред Комисията за защита от дискриминация, изд. на основание чл. 7, т. 6 от Правилника за устройство и дейността на Комисията за защита от дискриминация, председателят на КЗД с нарочно издадена заповед нарежда да бъде извършено заместване, както следва: на Баки Х. от Н. А. (Заповед № 12-11-2191 от 02.11.2022 г. - л. 156 от делото).

На последното открито заседание (протокол от 26.01.2023 г. - л. 270 и сл. от делото) присъстват определените с Разпореждане № 1210/30.09.2021 г. от председателя на КЗД членове на състава: П. К. (докладчик), Баки Х. (председател) и О. К.. Въз основа на събраните по преписката становища, информация и писмени доказателства, съставът приема, че преписката е изяснена от фактическа страна и дава ход по съществото на спора. Решение № 153/20.04.2023 г. обаче е постановено от З. Д.-председател и членове: П. К. и О. К., положили подписите си в него.

На основание чл. 64 от ЗЗДискр., вр. чл. 35, ал. 2 от ППКЗД, решенията се вземат с обикновено мнозинство от членовете на заседателния състав и се подписват от него, като при несъгласие на член от състава с решението на мнозинството последният го подписва с особено мнение, което мотивира.

В случая е налице несъответствие между лицата, които са присъствали на проведеното последно заседание с тези, които са се подписали под крайния за производството акт. Разминаването се отнася за Баки Х., определен като председател на заседателния състав с разпореждане №12-11-3053/08.10.2021 г. на председателя на КЗД, присъствал в заседанието по съществото, когато преписката е обявена за решаване. Не може да се приеме (а то е и недопустимо по съображения, които съдът ще изложи по-долу), че същият е бил заместен при писменото обективизиране на решението от З. Д., съгласно

Заповед № 12-11-2118/08.06.2021 г. на председателя на КЗД, посочена под линия на стр.1-ва от оспореното пред съда решение. Тази заповед не само не е приложена по преписката, съотв. приета по делото, но е посочено, че касае и друга преписка- преписка №464/2020 година, а процесното решение е постановено по преписка 399/2021 година. Не са представени и доказателства, установяващи необходимостта от подобна замяна на член на състава с друг член на КЗД.

Съществено е, че Баки Х. е участвал в състава, провел заседанието, в което преписката е приета за изяснена и е даден ход по същество, видно от протокола за заседанието на 26.01.2023 година. Протоколът се ползва с обвързваща материална доказателствена сила в качеството на официален удостоверителен документ. Протоколът е съставен по установените форма и ред (чл.179, ал.1 ГПК, вр. чл.144 АПК)-воден е при спазване на правилата на чл. 25 от ПУДКЗД и чл. 33 от ППКЗД, подписан е от председателя на състава и стенограф протоколист. В съотв. с обвързващата му доказателствена сила съдът е длъжен да приеме за верни отразените в него обстоятелства. В случая, че вместо Баки Х., при постановяването и подписването на решението е участвала З. Д., посочено в уводната част на решението, удостоверено и с подписа й под него.

Съгласно чл.14, ал.1 и ал.2 от Правилата за производство пред Комисията за защита от дискриминация, съставът, извършил проучването и обявил преписката за решаване, не може да бъде променян до произнасяне на решението. При невъзможност за участие в произнасянето на решението поради смърт, лишаване от права, поставяне под запрещение, трайно заболяване или загубване качеството си на член на КЗД, преписката се връща за разглеждане в открито заседание от променения състав с призоваване на страните.

За така допуснатото нарушение, изразяващо се в разглеждането и завършването на преписката от един състав и произнасянето и подписването на решението от друг състав, в съдебната практика трайно и непротиворечиво се приема, че решението е нищожно, като постановено от незаконен състав.

При този изход на спора, правото на разноска е възникнало за жалбоподателя-чл.143, ал.1 АПК. То е своевременно упражнено, като е поискано присъждането им преди приключването на устните състезания по делото (чл.81 ГПК, вр.чл.144 АПК). Защитата на ответника е осъществена от юрисконсулт, чието възнаграждение при съобразяване с предмета на делото и реално осъществената защита, съдът определя в минималния установен размер-100 лева, съгл. чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от гореизложеното и на основание чл. 172, ал. 2, чл. 173, ал. 2 и чл. 174 от АПК, Административен съд София-град, Второ отделение, 23-ти състав,

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ, на основание чл.159, т.1 АПК, жалбата на Народното събрание на Република България, в частта й срещу Решение № 153/20.04.2023 г., постановено по преписка № 399/2021 г. по описа на КЗД, с

което на основание чл.47, т.8 от ЗЗДискр. на Народното събрание на Република България и Националната здравноосигурителна каса е дадена препоръка да предприемат мерки по чл.10 и чл.11 от ЗЗДискр. за спазване на равенството в третирането и да не допускат бъдещи нарушения на чл.4, ал.2 от ЗЗДискр. и чл.6 от ЗЗДискр, **И ПРЕКРАТЯВА** производството по делото в същата част.

ОБЯВЯВА Решение № 153/20.04.2023 г., постановено по преписка № 399/2021 г. по описа на КЗД **ЗА НИЩОЖНО**, в останалата му част.

ИЗПРАЩА преписката на Комисията за защита от дискриминация за ново произнасяне по жалба с вх.№60-00-17/09.05.2023 година от законен състав.

ОСЪЖДА Комисията за защита от дискриминация да заплати на Народното събрание на Република България сумата в размер на 100 (сто) лева, разноски за първоинстанционното съдебно производство.

Решението, в прекратителната му за производството част, е с характера на определение и може да бъде оспорено в 7-модневен срок от съобщаването му. В останалата му част, решението може да бъде оспорено чрез Административен съд София-град пред Върховния административен съд на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на преписк от него по реда на чл.137 от АПК.

СЪДИЯ: