Р Е Ш Е Н И Е
№ 4278

гр. София, 25.06.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **Второ отделение 23 състав,** в публично заседание на 24.03.2014 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Антоанета Аргирова

при участието на секретаря Ина Андонова, като разгледа дело номер **801** по описа за **2014** 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/.

С Решение №322/20.12.2013 г., постановено по преписка №299/2011 г. по описа на Комисията за защита от дискриминация /КЗД/ е: 1.Установено по жалба на Й. Д. Б. от [населено място], [улица] вх. А, ап. 13, че Национална здравноосигурителна каса /НЗОК/, представлявана в процесния период от управителя д-р П. Ц., с адрес [населено място], [улица] допуснала непряка дискриминация по смисъла на чл. 4 ал.3 от ЗЗДискр. посредством въвеждане на възрастов критерий като отрицателно условие поемане стойността на лечение на заболяването „ендометриоза" с лекарството „L. D.' 3.75 милиграма; 2. Препоръчано на НЗОК за в бъдеще да се въздържа от въвеждане па формални критерии, свързани с признаците по чл. 4 ал.1 от ЗЗДискр. в Н. в случаите, за които ЗЗО предвижда извършване на експертиза.

Решението е оспорено изцяло с жалба, подадена от НЗОК, с искане да бъде отменено.

Наведените в жалбата основания за оспорването му следва да се квалифицират, като съществени нарушения на административно-производствените правила, поради постановяването му в противоречие със събраните по преписката доказателства и нарушение на материалния закон-чл.146, т.3 и т.4 от АПК. Конкретните твърдения и доводи за осъществяването им от ответния колективен административен орган са, че отпускането на лекарствения продукт „L. D.' 3.75 мг. се извършва съгласно

„Изисквания на НЗОК за провеждане на лечение на ендометриоза с аналози на гонадотропин-рилизинг хормон в извънболничната помощ /по-дола за краткост Изискванията/. Определящият критерий за започването и провеждането на лечение бил „Клинична диагноза ендометриоза при жени в репродуктивна възраст и данни за наличен стерилитет /първичен или вторичен/. Тези изисквания били изработени от консултантите на НЗОК по специалността „Акушерство и гинекология“. Предвиденият изключващ критерий за лечение-„възраст над 40 години“ касаел само жени в репродуктивна възраст и наличен стерилитет, а не за всички жени, страдащи от ендометриоза. Установяването на възрастов критерий, в случая обслужвало законен интерес, тъй като това било направено съгласно Правилата за добра медицинска практика с оглед здравето на пациентите. В решението неправилно били приети за доказани твърденията на жалбоподателката, като се приемало изцяло, че единствената причина е именно възрастта. Изцяло погрешен бил извода, че наличието на дигноза „ендометриоза“ е „без значение за решаване на въпроса дискриминационна ли е била третирана жалбоподателката, защото причината за отношението към нея не е била самата диагноза“. В съответствие с разпределението на доказателствената тежест по чл.9 от ЗЗДискр., НЗОК опровергала твърденията на жалбоподателката в административното производство, като доказала, че не е налице заболяване „ендометриоза“ и жалбоподателката всъщност не се е нуждаела от такова лечение. От заключението на вещото лице в административното производство се установявало, че в конкретния случай при Й. Б., която е била на 43 години към момента на предписване на L. D.' 3.75 м, лечението с този продукт е било рисково за нейното здраве.

В с.з. пред АС-София град жалбоподателят се представлява от юрисконсулт И., която поддържа жалбата и моли за уважаването ѝ по съображения, изложени в писмени бележки, депозирани на 24.03.2014 г.

Ответната комисия се представлява от служител с юридическо образование С., която оспорва жалбата и моли за отхвърлянето ѝ, като излага, че несъбирането от КЗД на доказателства за предпоставките за липса или наличие на протокол за установяване на съответното заболяване, не можело да промени крайния извод относно дискриминационния елемент-възраст, с оглед на обстоятелството, че НЗОК е отхвърлила искането за предоставянето на процесния медикамент именно с този критерий. Оспореното решение се основавало именно на този фактор, като били пренебрегнати несъществените елементи за наличието или липсата на състава на дискриминация. В този смисъл твърденията за допуснато нарушение на процесуалните правила било неоснователно, тъй като и при недопускането му, КЗД не би променила крайния си извод. Безспорно било, че нямало други критерии за отхвърлянето на искането на Б..

Заинтересованата страна /ЗС/-Й. Д. Б. се явява лично и оспорва жалбата.

ЗС-Министерство на здравеопазването /МЗ/ се представлява от юрисконсулт К., която изразява становище за основателност на жалбата.

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

АС-София град, II-ро отделение, 23-ти състав АС-София град намери жалбата за частично допустима-срещу решението в частта му, с която е установено осъществяването на непряка дискриминация.

В тази ѝ част, жалбата е подадена срещу акт, който може да бъде оспорен по съдебен

реди и от надлежна страна с правен интерес от оспорването--страна, участвала в административното производство като ответник, спрямо която КЗД с постановеното от нея решение, в тази му част, е установила нарушение на изискванията за равно третиране. Подадена е в преклузивния 14-дневен срок-решението е съобщено на НЗОК на 30.12.2013г., а жалбата до съда, подадена чрез административния орган на 13.01.2014 г.

В останалата й част-срещу решението, с което на оспорващия е дадена препоръка на основание чл.47, т.6 от ЗЗДискр., жалбата е недопустима и следва да бъде оставена без разглеждане, а производството по делото, в същата част, прекратено-чл.159, т.1 от АПК.

Препоръката не е административен акт по смисъла на чл. 21 АПК и съдебното производство, в тази част, няма предмет. За разлика от задължителните предписания, които представляват принудителни административни мерки, препоръките по чл. 47, т.6, т.8 и т.11 от ЗЗДискр., не са правнообвързващи и изпълнението им не е скрепено с държавна принуда. / 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.; Решение № 10497 от 10.07.2013 г. на ВАС по адм. д. № 13347/2012 г., 5-членен с-в Определение № 3527 от 12.03.2012 г. на ВАС по адм. д. № 6023/2011 г., VII о. Решение № 125 от 5.01.2012 г. на ВАС по адм. д. № 3569/2011 г., VII о./

За да се произнесе по съществото на жалбата, в допустимата й част, съдът съобрази следното от фактическа и правна страна:

Производството пред КЗД е било образувано по жалба с вх. № 44-00-3529/12.10.2011 г. на Й. Б. срещу НЗОК за осъществена спрямо нея дискриминация по признаци „увреждане" и „възраст". Жалбоподателката е изложила в жалбата и е поддържала в хода на административното производство, че през 2010 г. е диагностицирана с кистозно образувание в яйчник. Била лекувана медикаментозно 3-4 месеца без резултат, след което в болница „Св. И. Р.“- [населено място] били извършени операции на двата яйчника, след което и била поставена диагноза „ендометриоза" и назначено лечение с лекарство „L. D." 3,75 мг. Твърди, че трябвало да приема лекарството в продължение на 6 месеца, но лекуващият лекар обяснил, че от НзОК е въведен възрастов критерий за заплащане на лечение с това лекарство - до 40 години, поради което не бил издаден и протокол за предписване на лекарството. Твърди, че предвид цената на лекарството „L. D." 3,75 мг., която е 220 лева, при доходи от заплата в размер на 500 лева е била фактически лишена от възможността да се лекува с него, понеже нямала финансова възможност да го купува. По този начин била лишена от правото свободно да избере лекарството, с което да се лекува, което било дискриминация по признаци „увреждане"' и „възраст", защото лечението на заболяването „ендометриоза" с лекарството „L. D." 3,75 мг. за жени под 40 годишна възраст се поемало от НЗОК, а за жени над тази възраст - не.

В изпълнение на чл.55 и сл. от ЗЗДискр., КЗД е спазила предвидената в специалния закон процедура по проучване, като е изискала 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. Съобразно чл.60-чл.63 от ЗЗдискр. са насрочени и проведени открити с.з., за участие в които страните са редовно призовани.

След анализ на доказателствения материал по преписката и изложените от страните

доводи, КЗД е приела за установено от фактическа и правна страна, че към 2010 г. жалбоподателката Й. Б. е била диагностицирана с киста на десния яйчник. На 15.07.2010 г. кистата е била отстранена оперативно. Извършено е хистологично изследване, в резултат на което е поставена диагноза „серозна киста". Лапароскопията, извършена при отстраняването на кистата, не е констатирала ендометриоза и такава не е записана в протокола. По-малко от година по-късно е установено кистозно образувание и в левия яйчник на жалбоподателката. На 23.06.2011 г. е предприето оперативно отстраняване и на това образувание. От лапароскопията и хистологичното изследване са установени симптоми на ендометриоза. Тази именно диагноза е поставена на Й. Б., като и е назначено лечение с „L. D." 3,75 мг. Към момента на поставяне на диагнозата ендометриоза жалбоподателката е била на 43 години. Диагнозата е основана на обективните находки при лапароскопията - сраствания на самата киста и на десния яйчник към задният лист на широката връзка /сраствания в малкия таз/ В съответствие със заключението на проф. д-р А. Д. и поясненията му по време на изслушването му в открито заседание се установявало, че тези симптоми косвено сочат заболяване „ендометриоза", но не гарантират стопроцентова сигурност на диагнозата. Същевременно е имало достъпно изследване, което би могло да потвърди или опровергае по категоричен начин диагнозата - хистологично изследване на тъкани от самата матка, което не се твърдяло и нямало доказателства да е извършено. Въпреки така поставената диагноза и назначеното лечение е „L. D.", на жалбоподателката не е бил съставен протокол за отпускане на лекарството по реда, предвиден по раздел V от Националния рамков договор за медицинските дейности за 2011 г. /Н., обн., ДВ, бр.3 от 2011 г. / . Не е извършена експертиза по реда, предвиден в чл. 78, т.2 ЗЗО. Няма доказателства жалбоподателката да е била информирана преди или по време на предписването на препарата „L. D.", че няма възможност нейното лечение с това лекарство да бъде заплащано за сметка на нейните здравни осигуровки. Наличието на пречка - предвидената възрастова граница, като - публикувано на интернет страницата на НЗОК,и следвало да е известно на специалиста /специалистите/, ангажирани с лечението на Й. Б.. Нямало данни тя да е била информирана по някакъв начин за рискове за нейното здраве при прилагане на това лекарство или за наличие на друго лечение, по-ефективно или свързано е по-малък риск при нейното състояние. Нямало никакви данни и не се твърдяло към момента на отказа за съставяне на протокол за предписване на лекарството да е коментирана липсата на стопроцентова сигурност на диагнозата ендометриоза. В този смисъл нямало никакви доказателства какви са били конкретните мотиви за отказа за съставяне на протокол и съответно за поемане стойността на предписаното на жалбоподателката лечение от ответника. С оглед доказателствената тежест-чл.9 от ЗЗДискр. и неопровергаването твърденията на жалбоподателя от ответника в административното производство-НЗОК, КЗД приела, че твърденията на жалбоподателката са доказани и че единствената причина за отказа е именно възрастта й. Затова дори да се приемело за доказано от заключението на вещото лице в административното производство, че поставената на жалбоподателката диагноза „ендометриоза" не е била категорично установена, това било без значение за решаване на въпроса дискриминационно ли е била третирана жалбоподателката, защото причината за отношението към нея не е била самата диагноза и в частност доколко сигурна е доказана тази диагноза. НЗОК в качеството си на орган по чл.78, т.2 ЗЗО е съобразило именно диагнозата „ендометриоза"'

и свързаният с това заболяване възрастов критерий, установен в Н.. От друга страна липсата на изследване, което можело да потвърди или опровергае диагнозата /което поставяло и много по-съществения въпрос за потенциално увреждане здравето на жалбоподателката, посредством назначаване на лечение, от което тя не се нуждае вместо на лечението, от което потенциално има нужда не било част от отношението на НЗОК към жалбоподателката и поради тази причина било извън спора, предмет на производството пред КЗД.

Въз основа на фактическите установявания и по конкретно т.6 от приетото в административното производство заключение, КЗД извела извод, че възприемането на възрастов критерий като условие за заплащане на лечението с „L. D." от НЗОК обслужва законен интерес – лечението следва да е в интерес на здравето на пациента. Прилагане на лечение, което няма да подобри състоянието на пациента и дори носи риск от влошаване на същото не бива да се прави дори и при изрично настояване от страна на последния. Когато обаче не било ясно дали наистина лечението е в интерес на пациента, какъв е действителният риск от еветуално утежняване на състоянието му и съществува начин тези въпроси да се решат на база обективно изследване и преценка за действителното състояние на организма и оттам да се направи обоснована прогноза за ползите и рисковете от предлаганото лечение, не можело да се възприеме тезата, че въвеждане на формален възрастов критерий е подходяща мярка. ЗЗО изрично предвижда извършване на експертиза. Чл. 78 от ЗЗО не уреждал право, а задължение на НЗОК. Всъщност, ако ответникът бил извършил експертизата, която законът го задължавал, щели да се установят пропуските при поставянето на диагнозата, което би следвало да доведе до поставяне на обоснована диагноза, провеждане на изследване за яйчниковите резерви на жалбоподателката, ако това се налага и евентуално да се стигне до обоснован отказ да се поеме от НЗОК заплащането на лечението предвид неговата ненужност или дори вредност. Ето защо, при наличната възможност законовата цел да се постигне в значително по-голяма степен с друга мярка, която вече е предвидена в ЗЗО като задължение на ответника /експертиза по чл. 78, т.2 от ЗЗО/, КЗД приела, че поставянето на възрастова граница като условие за заплащане на лечение с „L. D." била дискриминационна практика, основана на неутрална норма - нарушение на забраната за дискриминация по чл. 4 ал.3 от ЗЗДискр. Тази мярка била дискриминационна както по отношение на жалбоподателката, така и по отношение на всички пациентки, диагностицирани със заболяване „ендометриоза", независимо дали са навършили или им предстои да навършат 40 годишна възраст.

Фактическите и правни изводи на КЗД, изложени в останалата част на решението са извън дължимия от съда контрол за законосъобразност, тъй като касаят жалбата, в частта, приета за недопустима по изложените по-горе съображения.

Административен съд-София град, след като обсъди релевираните с допустимата част на жалбата основания, доводите на страните в съдебно заседание, прецени събраните по делото доказателства по реда на чл.235 от ГПК, врчл.144 от АПК и служебно, на основание чл.168, ал.1 от АПК, провери изцяло законосъобразността на обжалвания акт на основанията по чл.146 от АПК, намира следното:

Решението е издадено от компетентен орган и в предвидената от закона форма.

Спазени са и административно-производствените правила, които обезпечават валидността и законосъобразността на решението. Комисията е изпълнила регламентираната в закона процедура, като е осигурила упражняването на правото на

защита на страните. Органът е изяснил релевантните за случая факти, при спазване на формулираното в чл.9 от ЗЗДискр. правило за разпределение на доказателствената тежест в производството за защита от дискриминация, а именно страната която твърди, че е жертва на дисксириминация, следва да докаже факти, от които може да се направи prima facie /убедителен на пръв поглед/ извод, че е налице дискриминация, ответната страна трябва да докаже, че правото на равно третиране не е нарушено. Установените в административното производство факти и направените фактически изводи се подкрепят от становищата на страните и доказателствения материал. В Решението са изложени съображенията, обосноваващи постановения правен резултат.
Решението, обаче, е постановено в нарушение на материалния закон, поради неправилно изведени правни изводи при приетите от КЗД фактически установявания-отменително основание по чл.146, т.4 от АПК, по следните съображения:
1. Твърдяното деяние неправилно е квалифицирано от КЗД като непряка дискриминация по смисъла на чл.4, ал.3 от ЗЗДискр. Въведеното от НЗОК изискване възраст-до 40 години /Изисквания на НЗОК за провеждане на лечение ендометриоза с аналози на гонадотропин-рилизнг хормон в извънбончина помощ, приети по реда на чл.54 от Н./, като условие за заплащане на лечението с „L. D.", пряко въвежда основана на възраст разлика в третирането на жените, с доказано заболяване ендометриоза, на които този лекарствен продукт е предписан от лекуващия лекар. Съгласно чл.4, ал.2, вр.ал.1 от ЗЗДискр., пряка дискриминация е всяко по-неблагоприятно третиране на лице на основата на признаците по ал. 1 /сред които е и „възраст“/, отколкото се третира, било е третирано или би било третирано друго лице при сравними сходни обстоятелства.
2. Така допуснатото нарушение е безпредметно да бъде отстранявано от съда чрез изменение на оспореното решение в частта относно квалификацията на извършеното нарушение-чл.172, ал.2, предл.4-то от АПК, тъй като е налице и друго нарушение на материалния закон, обуславящо изцяло отмяната на решението, в частта му, оспорената с допустимата част на жалбата:
а/. Производството пред КЗД е образувано по конкретна жалба- на Й. Б., поради което и конкретно спрямо нея е следвало да бъде установено по-неблагоприятно третиране на основана на признак „възраст“, като неблагоприятното третиране е елемент от фактическия състав на чл.4, ал.2, вр.ал.1 от ЗЗДискр.
б/ Установените от КЗД факти не сочат, че конкретно Й. Б. е била третирана по-неблагоприятно:
-Първо, защото липсват доказателства, които да установяват по безспорен начин наличието на заболяване „ендометриоза“. Видно от заключението на вещото лице по извършената по искане на ответника в съответствие с носената от него доказателствена тежест по чл.9 от ЗЗДискр., диагнозата „ендометриоза“ се поставя със сигурност, когато на хистологичното изследване на тъканен материал извън матката се намерят ендометриални жлези и строма. Хистологично изследване с такъв резултат липсва в медицинската документация на Й. Б., което не е резултат от поведението на НЗОК, а се дължи на пропуск на лекаря, извършил хирургичната интервенция. По време на изслушването му в открито заседание, вещото лице уточнява, че

данните в наличната медицинска документация са индиректни. Същевременно съмнителен се явявал факта, че при направена 1 година по-рано лапороскопия не били установени данни за ендометриоза. Появата за една година на голяма киста клинично сочела със степен на голяма вероятност на разкъсване на съд в яйчника, който с времето е заприличал на „шоколадова киста“;

- Второ, защото, видно от същото заключение, „препаратът „L. D." 3.75 mg спада към групата на гонадотропин рилизинг хормоните антагонисти /G. antagonist/. Те подтискат стимулацията на яйчника и той престава да произвежда яйцеклетки и типичните за жената хормони. Състоянието наподобява това при менопауза. След спиране на лечението обикновено яйчниковата функция се възстановява при млади жени. К. опит е показал, че при жени след 35-40 годишна възраст може да не се възстанови яйчниковата функция и жената да навлезе в изкуствена менопауза в ранна възраст. За да има сигурност, че яйчниковата функция след лечението ще се възстанови е желателно преди да започне лечението да се изследва яйчниковия резерв с нивото но фоликуло стимулиращия хормон /F./, каквото изследване отново липсва в медицинската документация на Б.. Когато в ранна фоликуларна фаза стойностите на F. са над 15 IU/ 1 е възможно да се получат неблагоприятни последици от лечение с „L. D.". Този лекарствен препарат поставя в риск от рецидив на кистозните образувания, загуба на самите яйчници и преждевременно навлизане в менопауза, защото самото лечение води до същия ефект. При липса на изследване на яйчниковия резерв в интерес на самите жени е да се избегне лечение с препарат, който подтиска функциите на яйчниците и носи значителен риск от преждевременно необратимо преустановяване на тяхното функциониране.

-Отделно от това, изцяло липсват доказателства от НЗОК да е поискано заплащане на лечението с „L. D." на Й. Д. Б. и същото да е било отказано на каквото и да било основание. Неблагоприятното третиране на конкретно лице и причинната за него не се презюмират, а следва да се докажат. Във връзка с това, следва да се посочи, че и самият жалбоподател в административното производство не е твърдял и не е доказал друго /поне убедително на пръв поглед-чл.9 от ЗЗДискр./.

Липсата на елемент от дискриминациониня фактически състав-по-неблагоприятно третиране на основата на признак „възраст“ на жалбоподателя в административното производство-Й. Б., обуславя основателността на жалбата на НЗОК, в частта й, приета от съда за разглеждане по същество.

При този изход на спора, с решението разноски не следва да се възлагат-от жалбоподателя и заинтересованата страна-МЗ не е поискано присъждането им за защитата, осъществена от юрисконсулт, а на жалбоподателя и заинтересованата страна-не се дължат и не са поискани.

Мотивиран така, Административен съд-София град, II-ро отделение, 23-ти състав

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ БЕЗ РАЗГЛЕЖДАНЕ, на основание чл.159, т.1 от АПК, жалбата на

НАЦИОНАЛНАТА ЗДРАВНООСИГУРИТЕЛНА КАСА срещу Решение №322/20.12.2013 г. по преписка №299/2011 г.на Комисията за защита от дискриминация, **в частта му,** с която е препоръчано на жалбоподателя за бъдеще да се въздържа от въвеждане па формални критерии, свързани с признаците по чл. 4 ал.1 от ЗЗДискр. в Н. в случаите, за които ЗЗО предвижда извършване на експертиза.

ОТМЕНЯ, **на основание чл.172, ал.2, предл.3-то от АПК,** по жалба на НАЦИОНАЛНАТА ЗДРАВНООСИГУРИТЕЛНА КАСА, Решение №322/20.12.2013 г. по преписка №299/2011 г. на Комисията за защита от дискриминация, **в останалата му част**-с която е установено по жалба на Й. Д. Б. от [населено място], [улица] вх. А, ап. 13, че Национална здравноосигурителна каса /НЗОК/, представлявана в процесния период от управителя д-р П. Ц., с адрес [населено място], [улица] допуснала непряка дискриминация по смисъла на чл. 4 ал.3 от ЗЗДискр. посредством въвеждане на възрастов критерий като отрицателно условие поемане стойността на лечение на заболяването „ендометриоза" с лекарството „L. D.' 3.75 милиграма.

Решението е постановено с участието на заинтересованите страни: Й. Д. Б. и Министерство на здравеопазването.

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

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

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: