Tribunale Alessandria, 21/03/2018, n. 96

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI ALESSANDRIA

in composizione monocratica, in funzione di Giudice del Lavoro, nella persona del Giudice dr.ssa Chiara Monteleone, ha pronunciato la seguente
SENTENZA
nella causa iscritta al n. R.G.L. 761/2017, avente ad oggetto "altre ipotesi ", promossa da:
GI. EL., residente in Acqui Terme, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Becce e Roberta Carrea, elettivamente domiciliato in Alessandria, Corso Roma 110 presso lo studio dell'avv. Becce
ATTORE
Contro
AZIENDA OSPEDALIERA SS. AN. E BI. DI ALESSANDRIA, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Alessandria Via (omissis), rappresentata e difesa ai sensi dell'art. 416 bis c.p.c. dal dott. Fa. Fe., dal dott. Giuseppe Licata e dall'avv. Roberta Ricagni, elettivamente domiciliata presso la S.S. Affari Ge. e Legali dell'azienda sita in Alessandria, Via (omissis)
CONVENUTO
CONCLUSIONI: come in atti

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.Con ricorso depositato il 13.6.2017 Gi. El. ha esposto: - che l'azienda convenuta, con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 96 del 15.12.2009, con scadenza 14.01.2010, indisse concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura a tempo indeterminato di n. 10 posti di operatore socio sanitario - Cat. BS (omissis) doc. 1 ric.);
- che, tra i requisiti richiesti per accedere al concorso, era richiesto "il possesso, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande di ammissione, dei requisiti previsti dal DPR 220/2001, ed in particolare: (….), b) idoneità fisica all'impiego.
L'accertamento dell'idoneità fisica all'impiego sarà effettuato a cura dell'Azienda prima dell'immissione in servizio;
- di essere stata ammessa al concorso collocandosi al 211° posto della graduatoria di merito;
- che, con lettera 14.04.2017, prot. N. 0007904, fu convocata dalla Azienda Ospedaliera SS. An. e Bi. di Alessandria per l'assunzione a tempo indeterminato nel profilo professionale di operatore socio sanitario e fu invitata a "produrre il certificato di idoneità rilasciato dal medico competente dell'Azienda Ospedaliera (…), dal quale risulti l'incondizionata idoneità fisica allo svolgimento di tutte le mansioni proprie della qualifica". (doc. 2 ric.);
- di essersi pertanto sottoposta a visita medica preventiva all'esito della quale, con giudizio 09.05.2017 del Medico Competente Dott.ssa Al. Co., venne dichiarata idonea con limitazioni;
- di essere stata riconosciuta invalida con riduzione permanente della capacità lavorativa in misura pari al 46%, con l'ulteriore indicazione che "l'inserimento al lavoro deve realizzarsi lontano da macchine semoventi, carichi pendenti, pericoli di precipitazione", come risulta dal verbale di visita medica collegiale dell'ASL di Venosa in data 04.09.2000 (doc. 4 ric.);
- di aver subito, nel novembre 2012, un infortunio sul lavoro che le provocò una lesione alla spalla destra che, nel giugno 2013, venne trattata chirurgicamente (doc. 5 ric.), infortunio che le provocò una limitazione del movimento della spalla;
- che, con deliberazione immediatamente esecutiva n. 551 in data 19.05.2017 del (omissis) dell'Azienda Ospedaliera resistente, a lei comunicata con lettera 23.05.2017 prot. N. 0010274 (doc.6 ric.), venne deliberato di non procedere alla sua assunzione poiché, preso atto delle risultanze del certificato del

medico competente, non fu considerata in possesso dei requisiti per lo svolgimento delle mansioni ascrivibili al profilo di operatore socio-sanitario;
- di essere stata assunta, a tempo indeterminato e pieno, a far data dal 01.12.2009, alle dipendenze dell'Azienda ospedaliero universitaria "S. Ma. della Misericordia" di Udine, per lo svolgimento delle mansioni di operatore socio sanitario - cat. (omissis), livello economico Bs (doc. 7 ric.); che, all'esito della Visita Medica Periodica presso l'Ambulatorio per la sorveglianza sanitaria del lavoratori dell'Azienda ospedaliero-universitaria "S. Ma. della Misericordia" di Udine Il Medico Competente espresse il giudizio: "IDONEO CON LIMITAZIONE - Evitare il sovraccarico funzionale delle spalle.
In caso di MMC eseguire sempre il collaborazione con altro operatore e con l'utilizzo di ausili. Può svolgere turno notturno occasionale - Consentita la movimentazione di carichi con l'uso di ausili in collaborazione con altro operatore e seguendo procedure corrette"(doc. 8 ric.);
-che, infine, in data 28.10.2015, avendo trasferito la propria residenza ad Alice Bel Colle (AL), al fine di avvicinarsi a casa, acconsentì di essere assunta presso l'Azienda Sanitaria Locale n. 4 Ch., con la quale venne

stipulato un contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato, con decorrenza dal 23.11.2015, ed inquadramento nella posizione funzionale di operatore socio - sanitario - (omissis).
- Livello BS (doc. 9 ric.);
- di essersi quindi sottoposta, in data 10.11.2015, presso l'ASL 4 Ch., alla visita medica preventiva all'esito della quale venne dichiarata "Id. con limitazioni".
Le limitazioni consistono in:
"Esclusi turni notturni. Esclusi lavori a braccia alzate al di sopra del piano delle spalle. Può movimentare pazienti con l'utilizzo di ausili o in collaborazione con altro operatore" (doc. 10 ric.);
- che il rapporto di lavoro presso l'ASL 4 Ch. è tuttora in essere, essendo lei perfettamente in grado di svolgere compiutamente le mansioni proprie del profilo professionale di operatore socio sanitario - cat. (omissis) e di occuparsi, in particolare: in assoluta autonomia, dell'igiene dei pazienti, della pratica di semplici medicazioni e bendaggi, di interventi presso i pazienti quando suonano i campanelli di emergenza, di preparare i pazienti per la sala operatoria, di procedere alla pulizia e alla disinfezione delle apparecchiature medicali e al ripristino dei carrelli, di svuotare le sacche di lavaggio, di intrattener rapporti con pazienti e parenti; insieme ad un altro operatore, di mobilizzare pazienti non autosufficienti (ovvero da sola, con l'utilizzo di sollevatore), del rifacimento dei letti e della ricomposizione delle salme.
Ha concluso chiedendo che venisse dichiarato illegittimo il rifiuto della ASL di procedere all'assunzione con conseguente condanna della stessa ad assumere la ricorrente a tempo indeterminato e pieno.
In subordine, la condanna della datrice di lavoro al risarcimento del danno subito, in ogni caso con vittoria delle spese.
Costituendosi in giudizio, l'Azienda Ospedaliera SS. An. e Bi. rilevava, in estrema sintesi, che il bando di gara prevedeva espressamente tra i requisiti di ammissione al concorso "l'idoneità fisica all'impiego", ossia l'idoneità" di cui all'art. 41 co.9 lett. a) d.lgs 81/2008 e non quella "parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni" di cui alla successiva lett.b), disponendo che il relativo accertamento sarebbe stato effettuato prima dell'immissione in servizio;
che con la deliberazione di approvazione della graduatoria veniva precisato che il contratto di lavoro sarebbe stato sottoscritto dalla data di effettiva assunzione in servizio;
che la ricorrente non aveva mai impugnato né il bando, né il giudizio medico che statuiva la sua idoneità alla mansione con prescrizioni;
che il proprio operato è stato pertanto legittimo, avendo rispettato la condizione esplicitata nel bando deliberato per far fronte a carenze di personale OS. in reparti di media-alta intensità di cure, dove la movimentazione del paziente costituisce attività prioritaria e richiede il possesso di una idoneità fisica completa.
Ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato, con vittoria di spese.
2. Il ricorso non è fondato.
È documentalmente provato e comunque pacifico tra le parti che tra i requisiti del bando in esame vi fosse "l'idoneità fisica all'impiego" (doc. n. 1 ric. e doc. 3 mem.) e che la ricorrente fosse stata ritenuta, a seguito della visita del medico competente, "ID. PARZIALMENTE: TEMPORANEAMENTE, CON LIMITAZIONI",

limitazioni consistenti in: "può movimentare pazienti con utilizzo di ausili o in collaborazione con altro operatore" (doc. 3 ric. e doc. 3 mem.) Non è in discussione tra le parti l'esito di tale giudizio medico ed è altrettanto pacifico (perché non contestato dalla ricorrente), che l'attività degli operatori socio sanitari

fosse ripartita su tre turni (mattino, pomeriggio e notte) nell'arco delle 24 ore e che tra i compiti rientranti nelle loro competenze vi fossero i seguenti: assistenza diretta all'utente, in particolare per quanto concerne l'assistenza alla persona non autosufficiente o allettata, nelle attività quotidiane o di igiene; mobilizzazione del paziente a letto per il cambio posturale prescritto oppure su richiesta del paziente quando necessita di aiuto; mobilizzazione del paziente per il passaggio letto/carrozzina oppure letto/barella e viceversa; mobilizzazione e sostegno della corretta postura del paziente sottoposto ad indagini diagnostiche a letto oppure medicazioni a cura dell'infermiere; trasporto del paziente in modo adeguato utilizzando carrozzina (autonomamente) oppure barella e letto (due operatori); collaborazione ad attività finalizzate al mantenimento della capacità psicofisiche residue, alla rieducazione, riattivazione, recupero funzionale del paziente, aiutandolo nella deambulazione; collaborazione con il personale sanitario nell'assistenza del malato anche terminale e morente, collaborando alla cura della salma; pulizia quotidiana e terminale dell'unità di degenza comprensive di cambio del materasso; chiusura ed allontanamento dei contenitori dei rifiuti speciali; posizionare il paziente sul lettino operatorio e poi, al termine dell'intervento, mobilizzarlo sulla barella; muovere carrelli (di piccole dimensioni fino ai c.d. "scaffali correlati"); muovere attrezzature; muovere container e strumenti chirurgici (pp. 11-13 memoria di parte resistente).
È allora di tutta evidenza che le prescrizioni impartite alla ricorrente le avrebbero impedito di svolgere la maggior parte delle mansioni di operatore socio sanitario, le quali comportano normalmente il sollevamento pesi, ad esempio per curare l'igiene personale dei pazienti, per cambiare la loro posizione, per trasferirli dalla carrozzina al letto e viceversa, o anche solo per rifare i letti. D'altronde, è la stessa ricorrente ad affermare che attività quali mobilizzare pazienti non autosufficienti, rifare i letti e ricomporre le salme, sono da lei svolte solo "insieme ad un altro operatore" (p. 5 ricorso). Ma, essendo il bando espressamente condizionato ad un'idoneità fisica (senza limitazioni) proprio perché l'azienda aveva necessità di coprire i posti resisi vacanti con operatori che fossero in grado di svolgere le mansioni, all'occorrenza, anche in autonomia (ovviamente quelle che lo consentono e che lavoratori senza limitazioni sono quindi in grado di svolgere autonomamente), non può dirsi che la ricorrente avesse i requisiti richiesti.
Sul punto la giurisprudenza, che questo giudice ritiene di condividere, ha chiarito che "Il controllo giurisdizionale relativo allo svolgimento delle procedure concorsuali di assunzione del personale è limitato alla verifica che il datore di lavoro, nell'esercizio del potere di gestione concernente l'assunzione di nuovi lavoratori - rientrante nella libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost.
- sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede (i quali si traducono, fra l'altro, sia nell'obbligo di adottare regole concorsuali che pongano i candidati in una condizione di assoluta parità sia nell'obbligo di imparzialità dei criteri valutativi) e non ponga in essere comportamenti manifestamente inadeguati o irragionevoli (come, ad esempio, la sottoposizione dei candidati a prove palesemente incongruenti rispetto alle mansioni di destinazione).
Anche l'accertamento del requisito dell'idoneità psicofisica dell'aspirante all'assunzione, al pari dei controlli sull'idoneità del lavoratore previsti dall'art. 5, della L. n. 300 del 1970, è suscettibile di riesame in sede giudiziale, con la conseguenza che, al fine di esaminare la correttezza del comportamento dell'imprenditore nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, i requisiti di idoneità fisica vanno verificati con riguardo alle mansioni previste nella definizione del profilo professionale cui si riferisce il bando, idoneità da riferirsi a tutte le mansioni previste nella qualifica di assunzione, non essendo sufficiente l'idoneità solo ad alcune di esse" (Cass. Sez. L, Sentenza n. 12637 del 28.8.2003). Applicando tali principi al caso di specie, non può dirsi che la mancata assunzione della ricorrente sia stata irragionevole, attese le oggettive

limitazioni della stessa allo svolgimento di diverse mansioni che un operatore fisicamente idoneo è in grado di svolgere autonomamente.

Il bando, lo si ribadisce, richiedeva infatti "l'idoneità fisica", con la conseguente esclusione dei candidati che sarebbero risultati (come la ricorrente) idonei solo parzialmente.
Il fatto che l'azienda abbia poi espressamente menzionato un'idoneità fisica "incondizionata" non rende illegittima la richiesta come affermato dalla ricorrente, atteso che la stessa non può che essere riferita all' "idoneità fisica" prevista dal bando, a nulla rilevando che il termine "incondizionata" non sia utilizzato dall'art. 41 co.9 lett. a) d.lgs 81/2008: tale norma, infatti, prevede proprio l'ipotesi di "idoneità" senza limitazioni (così differenziandosi da quella "parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni" di cui alla successiva lett.b), ossia quella a cui evidentemente si riferisce il bando in esame. Né, ancora, è irragionevole la richiesta di una siffatta idoneità, alla luce di quanto spiegato dall'azienda circa la necessità che ogni operatore neo assunto assicuri la propria specifica funzione, secondo competenza e profilo professionale, in autonomia o in collaborazione.
Infatti, un operatore che non è in condizione di svolgere anche solo alcune delle attività richieste non può soddisfare le esigenze (far fronte a carenze di personale OS. in reparti di media-alta intensità di cure, dove la movimentazione del paziente costituisce attività prioritaria) che hanno spinto l'azienda a condizionare l'assunzione alla completa idoneità fisica, atteso che egli andrebbe sempre o aiutato o sostituito con altro operatore fisicamente idoneo dello stesso profilo. Neppure la presenza di ausili quali i c.d. alzamalati è condizione sufficiente a ritenere in astratto idoneo un operatore OS. con limitazioni come quelle della ricorrente, perché non può dirsi con certezza che tutti i pazienti possano essere sempre movimentati con tali ausili.
Si aggiunga che in data 4.2.2015, all'esito della Visita Medica Periodica presso l'Ambulatorio per la sorveglianza sanitaria del lavoratori dell'Azienda ospedaliero- universitaria "S. Ma. della Misericordia" di Udine, il Medico Competente espresse il giudizio: "IDONEO CON LIMITAZIONE - Evitare il sovraccarico funzionale delle spalle".
In caso di MMC eseguire sempre il collaborazione con altro operatore e con l'utilizzo di ausili. Può svolgere turno notturno occasionale - Consentita la movimentazione di carichi con l'uso di ausili in collaborazione con altro operatore e seguendo procedure corrette".
Il fatto di poter svolgere il lavoro notturno solo occasionalmente rende ancora più evidente l'impossibilità, per la Gi., di assicurare lo svolgimento delle mansioni previste dal bando che, coma sopra visto, dovevano articolarsi su tre turni, compreso quello notturno. Addirittura, a seguito della visita medica cui si sottopose, in data 10.11.2015, presso l'attuale datore di lavoro ASL 4 Ch., venne dichiarata "Id. con limitazioni" consistenti in: "Esclusi turni notturni. Esclusi lavori a braccia alzate al di sopra del piano delle spalle. Può movimentare pazienti con l'utilizzo di ausili o in collaborazione con altro operatore" (doc. 10 ric.).
Ciò conferma ulteriormente l'inidoneità a svolgere gran parte delle mansioni richieste dall'azienda convenuta, attesa anche la totale esclusione del lavoro notturno.
Per tutte le ragioni evidenziate circa la legittimità e la non manifesta infondatezza della richiesta idoneità fisica alle mansioni, prive di pregio sono anche le doglianze avanzate in ricorso circa il comportamento discriminatorio tenuto dall'azienda in violazione della direttiva 2000/78/CE e della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.
Anche a prescindere dall'applicabilità in concreto della citata direttiva (che, nella premessa 18, testualmente prevede "La presente direttiva non può avere l'effetto di costringere le forze armate nonché i

servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi"), nessuna discriminazione è stata posta in essere nel caso in esame, attesa la documentata esigenza di coprire posti con operatori OS. che fossero in grado di garantire, sia in autonomia che in collaborazione, l'integrale svolgimento delle mansioni previste, anche nell'interesse dei pazienti. Né, infine, il fatto che la ricorrente abbia svolto (prima presso l'Azienda ospedaliero universitaria "S. Ma. della Misericordia" di Udine,) e svolga tuttora (presso l'ASL 4 Ch.) mansioni di operatore socio sanitario - cat. (omissis), livello economico Bs, muta le conclusioni fin qui raggiunte, rientrando nella discrezionalità del datore di lavoro, che terrà conto delle concrete ed effettive esigenze della propria attività (anche, per esempio, con riferimento al numero di operatori già in servizio in ogni reparto), decidere di assumere comunque un

lavoratore con limitazioni, e dovendo viceversa il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di esclusione essere limitato alla verifica del rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede.
3. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.
Non si ravvisano ragioni per discostarsi dalla regola secondo cui le spese seguono la soccombenza, con la conseguenza che parte ricorrente deve essere condannata a rimborsare per intero alla resistente le spese di lite (che, in ragione della semplicità della controversia, possono determinarsi in misura dei minimi tariffari previsti dal D.M. 55/2014).

P.Q.M.

Il Tribunale di Alessandria in composizione monocratica, in funzione di giudice del lavoro visti gli artt. 429 e ss. c.p.c., definitivamente pronunciando, disattesa ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, 1) rigetta il ricorso;
2) condanna la ricorrente a rimborsare alla convenuta le spese del giudizio nella misura di Euro 3.513,00 oltre spese generali, IVA e c.p.a. come per legge.
3) Fissa il termine di giorni 60 per il deposito della motivazione.

Alessandria, 12.3.2018.

IL GIUDICE