

BAB II

TANGGUNG JAWAB HUKUM BAGI PEJABAT PEMBUAT KOMITMEN ATAS WANPRESTASI PIHAK KETIGA DALAM PENGADAAN BARANG/ JASA PEMERINTAH

2.1 Peranan Pejabat Pembuat Komitmen dalam Pengadaan Barang dan Jasa

Pengadaan barang/jasa pemerintah dalam kehidupan berbangsa dan bernegara mempunyai peranan yang sangat penting dalam melaksanakan pembangunan nasional untuk meningkatkan pelayanan publik dan mengembangkan perekonomian nasional dan daerah. Pihak yang terlibat dalam pengadaan barang/jasa yaitu pemerintah sebagai pihak pembeli atau pengguna barang dan penyedia barang/jasa sebagai pihak penjual. Pemerintah sebagai pembeli atau pengguna barang/jasa adalah pihak yang membutuhkan barang/jasa sehingga meminta kepada penyedia barang/jasa untuk menyediakan atau membuat barang atau melaksanakan suatu pekerjaan tertentu. Untuk mendapatkan suatu barang atau jasa tertentu, maka pemerintah melakukan kerjasama dengan pihak ketiga yang diikat dengan perjanjian pengadaan barang/jasa atau adanya hubungan berdasarkan kontrak.

Pengadaan barang/jasa pada dasarnya adalah usaha pengguna untuk memperoleh barang atau jasa yang diinginkannya dengan menggunakan cara dan proses tertentu untuk mencapai kesepakatan mengenai harga, waktu, dan hal-hal tertentu lainnya. Sebagaimana pembeli pada umumnya, Pemerintah sebagai pihak

pengguna barang/jasa juga ingin mendapatkan barang dan jasa dengan harga semurah-murahnya, sedangkan pihak penyedia barang/jasa ingin mendapatkan keuntungan setinggi-tingginya namun masih dalam koridor yang sesuai dengan kepentingan dan keinginan pengguna barang/jasa. Oleh karena itu, diperlukan kebijakan mengenai etika, norma, dan prinsip pengadaan barang/jasa agar dapat dicapainya kesepakatan diantara Pemerintah dan Penyedia. Pelaksanaan kegiatan Pengadaan barang dan jasa pemerintah diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 21 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Secara implisit pada pasal 1 Peraturan Presiden Nomor 21 Tahun 2021 berbunyi Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan Pengadaan Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/ Perangkat Daerah yang dibiayai, oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan.

Pembahasan mengenai pengadaan barang/jasa sangat berhubungan dengan KUH Perdata yang memberikan pengertian mengenai perjanjian, syarat sahnya perjanjian, dan asas-asas perjanjian. Pada dasarnya perjanjian diawali dengan adanya perbedaan atau ketidaksamaan kepentingan para pihak. Perbedaan tersebut diakomodasi dan dibingkai dengan perangkat hukum sehingga mengikat para pihak.¹⁷ Landasan pokok hukum kontrak di Indonesia ada pada Buku III KUH Perdata. Pada Bab II Buku Ketiga KUH Perdata menyatakan bahwa perikatan lahir

¹⁷ Vindi Arista, Penerapan Asas Keseimbangan Dalam Perjanjian Kredit Rumah, *Jurnal Justici* Vol 14 No 1, 2022, hlm. 43

dari Kontrak atau Perjanjian, sehingga dapat disimpulkan bahwa pengertian antara kontrak dan perjanjian adalah sejajar atau lebih kurang sama. Dengan demikian semua ketentuan yang mengatur hukum perjanjian, berlaku juga untuk hukum kontrak. Pasal 1313 KUH Perdata memberikan pengertian perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Berdasarkan Pasal 1233 KUH Perdata, perjanjian dan undang-undang merupakan sumber perikatan. Perikatan adalah suatu hubungan hukum yang terjadi diantara dua pihak, dengan posisi pihak pertama berhak menuntut suatu prestasi dan pihak lainnya berkewajiban untuk melaksanakan suatu prestasi. Kedudukan antara para pihak yang mengadakan perjanjian adalah sama dan seimbang.¹⁸ Namun beberapa pakar hukum menambahkan “Perjanjian harus dibuat secara tertulis” untuk membedakan istilah perjanjian dengan kontrak.

Walaupun berbeda secara etimologis, namun dalam kebiasaan sehari-harinya, ketika menyebut perjanjian maka secara tidak langsung adalah mengacu kepada kontrak atau perikatan, karena perjanjian merupakan alasan diadakannya suatu kontrak.¹⁹ Sedangkan pengertian kontrak yang terdapat dalam Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dalam Pasal 1 angka 44 menyebutkan bahwa Kontrak Pengadaan Barang/Jasa yang selanjutnya disebut Kontrak adalah perjanjian tertulis antara PA/KPA/PPK dengan Penyedia atau

¹⁸ Solahuddin, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Acara Pidana dan Perdata*, Visimedia, Jakarta, 2008, hlm. 46

¹⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Perdata tentang Persetujuan-persetujuan Tertentu*, Sumur, Bandung, 1991, hlm 45

pelaksana Swakelola. Perjanjian-perjanjian yang dibuat secara sah menurut undang-undang tidak dapat dibatalkan secara sepihak. Sepihak disini maksudnya tanpa persetujuan pihak lain. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa perjanjian tersebut dapat dibatalkan atas persetujuan kedua belah pihak. Apabila dalam kaitannya dengan pasal 1338 terdapat unsur “dilakukan secara sah” dan “mengikat secara hukum”, berarti perjanjian itu memenuhi seluruh syarat-syarat yang ditentukan dalam pasal 1320 dan tidak dapat dibatalkan secara sepihak karena ditandatangani secara sah.

Pada proses Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah terdapat beberapa pihak yang berperan baik yang terlibat langsung maupun tak langsung yakni diantaranya PA/KPA PPK, Pejabat Pengadaan dan Panitia/Pejabat Penerima Hasil Pekerjaan. Salah satu pihak yang memegang peran fundamental adalah Pejabat Pembuat Komitmen atau yang biasa dikenal dengan PPK. Secara Yuridis, PPK mempunyai beberapa tugas pokok dan kewenangan yang diamanatkan oleh Hukum, dari awal penyusunan perencanaan pengadaan sampai dengan menyimpan dan menjaga keutuhan seluruh dokumen pelaksanaan kegiatan serta menilai kinerja Penyedia. PPK dilarang mengadakan ikatan perjanjian atau menandatangani Kontrak dengan Penyedia, dalam hal belum tersedia anggaran belanja atau tidak cukup tersedia anggaran belanja yang dapat mengakibatkan dilampauinya batas anggaran belanja yang tersedia untuk kegiatan yang dibiayai APBN/APBD.²⁰

²⁰ Naony Fenti Istiqlallia, Raissa Ardelia, Pramudya Ramadhanti, *Pertanggungjawaban Hukum Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) Dalam Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*, Volume 25 Nomor 2 Tahun 2020 Edisi Mei Hal. 130

Keberadaan PPK dalam suatu Pengadaan Barang/ Jasa memang ada karena jabatan dalam suatu struktur kelembagaan di suatu instansi Pemerintahan. Namun, PPK adalah orang yang dipilih oleh atasannya yang dalam hal ini ialah PA/KPA, hal ini diatur tegas di dalam Peraturan Presiden tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah. Adapun bunyi dari ketentuan ini yaitu: "PPK merupakan Pejabat yang ditetapkan oleh PA/ KPA untuk melaksanakan Pengadaan Barang/ Jasa". Keberadaan PPK berfungsi untuk melakukan Pengadaan Barang/Jasa saja, tidak diperuntukkan untuk melakukan kegiatan selain ini dan biasanya apabila segala hal tentang Pengadaan Barang/Jasa telah selesai maka ia dibebastugaskan sepanjang tidak ada pelanggaran atau penyimpangan terhadap hukum yang berlaku. Orang yang dapat ditunjuk sebagai PPK bukanlah orang sembarangan apalagi serta merta ditunjuk tanpa pertimbangan, namun haruslah orang yang sesuai dengan tugas yang diembannya. Seseorang yang dapat ditunjuk sebagai PPK haruslah mempunyai kriteria tersendiri. Syarat minimum agar seseorang dapat melaksanakan beberapa fungsi yang sebagaimana kita tahu melibatkan uang negara.

Bahwa berdasarkan Pasal 11 ayat (1) Peraturan Presiden Nomor 16 tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan peraturan presiden Nomor 12 Tahun 2021 PPK dalam pengadaan barang dan jasa memiliki tugas :

- a. menyusun perencanaan pengadaan;
- b. menetapkan spesifikasi teknis/Kerangka Acuan Kerja (KAK);
- c. menetapkan rancangan kontrak;
- d. menetapkan HPS;
- e. menetapkan besaran uang muka yang akan dibayarkan kepada Penyedia;

- f. mengusulkan perubahan jadwal kegiatan;
- g. menetapkan tim pendukung;
- h. menetapkan tim atau tenaga ahli;
- i. melaksanakan E-purchasing untuk nilai paling sedikit di atas Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah);
- j. menetapkan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa;
- k. mengendalikan Kontrak;
- l. melaporkan pelaksanaan dan penyelesaian kegiatan kepada PA/ KPA;
- m. menyerahkan hasil pekerjaan pelaksanaan kegiatan kepada PA/ KPA dengan berita acara penyerahan;
- n. menyimpan dan menjaga keutuhan seluruh dokumen pelaksanaan kegiatan; dan
- o. menilai kinerja Penyedia
- p. menetapkan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa.

Kemudian dalam Pasal 11 ayat (2) menyebutkan selain melaksanakan tugas sebagaimana dimaksud pada ayat (1), PPK melaksanakan tugas pelimpahan kewenangan dari PA/ KPA, meliputi:

- a. melakukan tindakan yang mengakibatkan pengeluaran anggaran belanja; dan
- b. mengadakan dan menetapkan perjanjian dengan pihak lain dalam batas anggaran belanja yang telah ditetapkan.

Kemudian dalam Pasal 11 ayat (3) menyebutkan Dalam hal tidak ada penetapan PPK pada Pengadaan Barang/Jasa yang menggunakan anggaran belanja

dari APBD, PA/KPA menugaskan PPTK untuk melaksanakan tugas PPK sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a sampai dengan huruf m.

Tahapan pemilihan Pejabat Pembuat Komitmen harus sesuai Pasal 5 Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 15 Tahun 2018 Tentang Pelaku Pengadaan Barang/Jasa menyebutkan:

1. PA/KPA menetapkan PPK pada Kementerian/Lembaga/ Perangkat Daerah.
2. Persyaratan untuk ditetapkan sebagai PPK yaitu:
 - a) memiliki integritas dan disiplin;
 - b) menandatangani Pakta Integritas;
 - c) memiliki Sertifikat Kompetensi sesuai dengan bidang tugas PPK;
 - d) berpendidikan paling rendah Sarjana Strata Satu (S1) atau setara; dan
 - e) memiliki kemampuan manajerial level 3 sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
3. Dalam hal persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c tidak dapat terpenuhi, Sertifikat Keahlian Tingkat Dasar dapat digunakan sampai dengan 31 Desember 2023.
4. Dalam hal persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf d tidak dapat terpenuhi, persyaratan Sarjana Strata Satu (S1) dapat diganti dengan paling rendah golongan III/a atau disetarakan dengan golongan III/a.
5. Persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dapat ditambahkan dengan memiliki latar belakang keilmuan dan pengalaman yang sesuai dengan tuntutan teknis pekerjaan.

Hal ini sudah diubah dengan Pasal 5 Peraturan LKPP Nomor 19 Tahun 2019 yang berisi:

4.1 Pengangkatan dan pemberhentian PPK berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.

5.1 PA/KPA menetapkan PPK pada Kementerian/ Lembaga/ Perangkat Daerah.

6.1 PPK dapat dijabat oleh:

- a) Pengelola Pengadaan Barang/Jasa, Analis Pengelolaan Keuangan APBN, Pranata Keuangan APBN Mahir, Pranata Keuangan APBN Penyelia atau Aparatur Sipil Negara di lingkungan Kementerian/Lembaga /Perangkat Daerah;
- b) Aparatur Sipil Negara/Tentara Nasional Indonesia/Kepolisian Republik Indonesia di lingkungan Kementerian Pertahanan dan Kepolisian Republik Indonesia; atau
- c) personel selain yang dimaksud dalam huruf a dan huruf b.

7.1 PPK tidak boleh dirangkap oleh :

- a) Pejabat Penandatangan Surat Perintah Membayar (PPSPM) atau Bendahara;
- b) Pejabat Pengadaan atau Pokja Pemilihan untuk paket Pengadaan Barang/Jasa yang sama; atau
- c) PJPHP/PPHP untuk paket Pengadaan Barang/Jasa yang sama.

8.1 Dalam hal terjadi pergantian PPK, dilakukan serah terima jabatan kepada pejabat yang baru

Pemenuhan tanggungjawab PPK melahirkan batasan tanggungjawab hukum yang berbeda, yaitu tanggungjawab bidang hukum pidana, hukum perdata, dan hukum administrasi. Dalam hal tanggungjawab pidana, hal ini timbul karena ada hubungan hukum antara PPK dengan pihak kedua atau penyedia barang/jasa yang dimulai dari tahap persiapan sampai dengan serah terima hasil pekerjaan kemudian dilakukan prestasi oleh PPK.

Salah satu asas baru sebagai akibat dari perkembangan hukum perjanjian adalah asas keseimbangan. Namun, pada perjanjian pengadaan barang/jasa pemerintah, asas keseimbangan ini sulit untuk diwujudkan. Keseimbangan ini mulai dari proses pembuatan perjanjian baik mengenai isi perjanjian maupun pada pelaksanaan perjanjian. Ketidakseimbangan dapat disebabkan salah satunya adalah posisi pemerintah dengan rekanan dalam kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah menurut mekanisme yang diatur oleh Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tidak berada dalam kedudukan yang sama. Pemerintah selaku pembuat peraturan untuk kontrak pengadaan barang/jasa mempunyai kedudukan yang lebih tinggi. Walaupun seharusnya menurut Pasal 1338 KUH Perdata kedudukan para pihak pada kontrak adalah sama. Hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dan swasta pada Perjanjian Pengadaan barang/jasa bukan merupakan murni hubungan kontraktual, melainkan terdapat juga unsur hukum administrasi negara. Hal tersebut terjadi karena pejabat

pemerintah yang terlibat dalam Perjanjian Pengadaan barang/jasa bertindak untuk dan atas nama jabatannya pada pemerintahan.²¹

Selain itu, kekayaan negara berupa uang yang berasal dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara/Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBN/APBD) adalah objek dari perjanjian pengadaan barang/jasa tersebut. Oleh karena itu, sistem yang baik dalam pengadaan barang/ jasa sangat diperlukan. Penyedia barang/jasa menghadapi situasi *take it or leave it*. Setelah kontrak diterima, syarat dan ketentuannya akan berlaku dan mengikat, meskipun kontrak tersebut bersifat sepihak. Artinya kontrak dibuat atas persetujuan kedua belah pihak, namun dalam praktiknya pemerintah dapat saja membuat peraturan yang mungkin dapat merugikan penyedia. Tunduk pada Pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata, suatu perjanjian mengikat secara hukum para pihak yang membuat perjanjian tersebut. Oleh karena itu, hakikat suatu perjanjian adalah adanya kekuatan mengikat, dengan menaati perjanjian berarti para pihak telah sama dengan menaati undang-undang.

2.2 Pihak Ketiga dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah

Penyedia barang/jasa yang telah ditunjuk memang diperbolehkan untuk menyerahkan sebagian dari pekerjaan kepada pihak ketiga melalui subkontrak. Penyerahan sebagian pekerjaan kepada pihak ketiga melalui subkontrak biasanya dilakukan dengan persetujuan dari PPK selaku pemberi pekerjaan akan tetapi persetujuan yang dimaksud bukan sebagai bentuk keterikatan atau masuknya PPK

²¹ Ahmad, Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm 113.

sebagai pihak dalam perjanjian subkontrak yang dibuat penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Penyedia barang/jasa dalam mengalihkan sebagian kontrak dilarang mengalihkan pekerjaan utama yang telah diatur di dalam kontrak pengadaan antara PPK dengan penyedia barang/jasa, sesuai ketentuan dalam Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2021 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Melalui Penyedia. Dengan demikian tidak dibenarkan mengalihkan seluruh kontrak.²²

Salah satu alasan munculnya subkontrak adalah untuk memenuhi syarat-syarat dan standar dalam pekerjaan konstruksi yang kompleks. Dengan demikian pengalihan sebagian pekerjaan oleh penyedia pekerjaan konstruksi kepada pihak lain (subkontraktor) harus dengan persetujuan dari PPK hal ini dikarenakan penyedia pekerjaan konstruksi yang telah memenangkan lelang pada saat pemilihan penyedia barang jasa tersebut termasuk dalam kategori penyedia yang memenuhi kualifikasi, sedangkan subkontraktor yang dibebani pengalihan sebagian pekerjaan oleh penyedia pekerjaan konstruksi belum tentu memenuhi kualifikasi seperti penyedia pekerjaan konstruksi tersebut. Sehingga PPK harus mengetahui siapa pihak ketiga yang akan menjadi subkontraktor dalam pekerjaan konstruksi dan sekurang-kurangnya memenuhi syarat dan standar seperti penyedia pekerjaan konstruksi agar dalam melaksanakan pekerjaan tidak memicu adanya kerugian negara.

²² Dea Putri Fajarini, Subkontrak dalam Pengadaan Barang dan Jasa, *Jurnal Mimbar Keadilan* Vol. 12 No 1 2019, hlm 70.

Pada tahap pelaksanaan perjanjian, para pihak harus melaksanakan apa yang telah dijanjikan dan apa yang telah menjadi kewajibannya dalam perjanjian tersebut. Persoalan tanggung gugat dalam hubungan kontraktual merupakan fokus utama dalam kaitan dengan subkontrak. Dalam kontrak pengadaan muncul hubungan hukum antara PPK dengan penyedia barang/jasa, sedangkan dalam subkontrak hubungan hukum yang muncul adalah antara subkontraktor dengan penyedia barang/jasa. Tanggung gugat dalam hubungan kontraktual yang tertuang dalam subkontrak adalah antara subkontraktor dengan penyedia barang/jasa, dengan kata lain subkontraktor tidak berhubungan langsung dengan PPK melainkan dengan penyedia barang/jasa termasuk dalam hal pembayaran. Subkontraktor tidak dapat menuntut pembayaran langsung kepada PPK melainkan kepada penyedia barang/jasa sekalipun dalam hal ini PPK lalai dalam melakukan pembayaran. Hal ini sesuai dengan prinsip *priviti of contract* yang tertuang dalam Pasal 1340 BW yang menyatakan bahwa perjanjian-perjanjian yang dibuat hanya berlaku diantara para pihak yang membuatnya. Sehingga perjanjian tersebut akan mengikat dan melahirkan perikatan bagi para pihak yang membuatnya.

Dalam kontrak pengadaan, kolaborasi antara beberapa pihak dalam pelaksanaan suatu pekerjaan merupakan kelaziman. Pelaksanaan pekerjaan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah memang dimungkinkan adanya pengalihan sebagian pekerjaan bukan pekerjaan utama dari penyedia barang/jasa kepada pihak ketiga melalui perjanjian baru atau yang dikenal dengan istilah subkontrak. Adapun pengertian subkontrak tidak dapat ditemukan dalam beberapa literatur di Indonesia. Subkontrak secara sederhana dapat dipahami perjanjian antara kontraktor utama

dengan subkontraktor untuk menyelesaikan suatu pekerjaan yang menjadi tanggungjawab kontraktor utama. Kontraktor utama dalam pengadaan barang/jasa pemerintah adalah penyedia barang/jasa yang telah ditunjuk oleh PPK untuk melaksanakan pengadaan barang/jasa.

Subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah dapat dimaknai sebagai perjanjian antara penyedia barang/jasa pemerintah dengan pihak ketiga untuk melaksanakan pekerjaan yang bukan pekerjaan utama dalam pengadaan barang/jasa pemerintah. Mengenai adanya keterlibatan pihak ketiga atau subkontraktor dalam pengadaan barang/jasa pemerintah pada dasarnya diperbolehkan akan tetapi terdapat pula larangan untuk mengalihkan pekerjaan melalui subkontrak. Sebagian besar perjanjian antara PPK dengan Penyedia barang/jasa di Indonesia selain yang tegas melarang pengalihan pekerjaan melalui subkontrak, tidak mengatur mengenai diperbolehkannya subkontrak. Disatu sisi, hal ini dapat dimaknai bahwa sebagian pekerjaan dalam pengadaan tersebut dapat dialihkan melalui subkontrak. Akan tetapi di sisi yang lain, hal ini juga dapat diartikan penyedia barang/jasa pemerintah dalam pelaksanaan pengadaan tidakdiperbolehkan untuk mengalihkan sebagian pekerjaan melalui subkontrak.²³

Apabila kontrak pengadaan antara PPK dengan Penyedia barang/jasa tidak menentukan dengan tegas mengenai diperbolehkannya pengalihan pekerjaan melalui subkontrak akan menimbulkan permasalahan hukum karena para pihak memiliki penafsiran yang berbeda. Demi terciptanya kepastian hukum dalam proses

²³Ibid hlm 81

pengadaan barang/jasa pemerintah maka subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah dapat dilakukan apabila terdapat klausul yang memperbolehkan subkontrak dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Dengan syarat adanya klausul subkontrak dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah maka dalam pelaksanaan subkontrak tidak akan terjadi permasalahan hukum karena penafsiran yang berbeda. Pihak ketiga yang menerima pengalihan pekerjaan juga tidak akan dirugikan karena dasar perjanjian subkontrak sudah jelas dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Syarat ini pada dasarnya akan memberikan perlindungan hukum kepada pihak ketiga yang menerima pelimpahan pekerjaan dari penyedia barang/jasa pemerintah. Dengan syarat adanya klausul subkontrak dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah maka dalam pelaksanaan subkontrak tidak akan terjadi permasalahan hukum karena penafsiran yang berbeda. Pihak ketiga yang menerima pengalihan pekerjaan juga tidak akan dirugikan karena dasar perjanjian subkontrak sudah jelas dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Syarat ini pada dasarnya akan memberikan perlindungan hukum kepada pihak ketiga yang menerima pelimpahan pekerjaan dari penyedia barang/jasa pemerintah. Persetujuan PPK dalam perjanjian subkontrak antara penyedia barang/jasa pemerintah dengan pihak ketiga sangat penting dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah. termasuk dalam hal terdapat pengalihan pekerjaan melalui subkontrak. Persetujuan PPK merupakan sarana kontrol terhadap Penyedia barang/jasa pemerintah supaya tidak secara bebas dalam mengalihkan pekerjaan kepada pihak ketiga.

Apabila dalam perjanjian subkontrak yang dilakukan Penyedia barang/jasa dengan pihak ketiga dalam pengadaan barang/jasa tidak mewajibkan adanya persetujuan PPK maka sangat terbuka kemungkinan adanya permainan antara Penyedia barang/jasa dengan pihak ketiga. Pihak ketiga yang telah dimasukkan dalam daftar hitam pun akan sangat dimungkinkan terlibat dalam pengadaan barang/jasa melalui perjanjian subkontrak. Guna menghindari timbulnya kerugian dalam pengadaan barang/jasa pemerintah karena keterlibatan pihak ketiga yang tidak kompeten maka persetujuan PPK dalam subkontrak sangatlah penting untuk dijadikan sebagai syarat keabsahan subkontrak.²⁴

Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan perjanjian tertulis antara PPK sebagai wakil dari pemerintah dengan penyedia barang/jasa. Berdasarkan pengertian tersebut hubungan kontraktual yang muncul akibat kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah adalah PPK dengan penyedia barang/jasa. Hanya kedua pihak inilah yang secara hukum saling terikat pada kontrak. Melakukan pengalihan pekerjaan atau subkontrak dalam kontrak pengadaan barang/jasa merupakan hal yang diperbolehkan Ketika memenuhi syarat-syarat tertentu yang telah penulis jelaskan sebelumnya. Subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan perjanjian tertulis yang berisi pengalihan pekerjaan dari penyedia barang/jasa kepada pihak ketiga atau subkontraktor. Hubungan hukum antara para pihak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah yang di dalamnya melibatkan subkontraktor memang akan cenderung akan menimbulkan permasalahan hukum khususnya dari segi perlindungan hukum bagi subkontraktor.

²⁴ Ibid hlm 83.

Pengadaan barang/jasa pemerintah yang melibatkan subkontraktor akan melahirkan hubungan hukum baru antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Dengan lahirnya hubungan hukum baru tersebut maka dalam pengadaan barang/jasa pemerintah yang melibatkan subkontraktor terdapat 2 (dua) hubungan hukum dalam satu pekerjaan sebagaimana dimaksud dalam kontrak induk atau kontrak pengadaan.

Hubungan hukum antara PPK selaku pengguna barang/jasa, penyedia barang/jasa dan subkontraktor tunduk pada pembatasan yang diatur dalam Pasal 1340 BW. Ketentuan Pasal 1340 BW dikenal pula dengan asas *privity of contract*. Asas *privity of contract* secara sederhana dapat dipahami bahwa perjanjian yang dibuat para pihak hanya mengikat dan menimbulkan akibat hukum bagi para pihak yang membuatnya saja. Asas *Privity Of Contract* yang termaksud dalam Pasal 1340 BW menyatakan bahwa perjanjian hanya berlaku bagi para pihak yang membuatnya. Dengan adanya asas *privity of contract* tersebut memperjelas hubungan hukum yang lahir dari kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah dengan subkontrak, dimana dalam kontrak pokok yang terikat hanya PPK dan penyedia barang/jasa saja sedangkan dalam subkontrak hanya penyedia barang/jasa dengan subkontraktor.

Adanya 2 (dua) hubungan hukum dalam satu pekerjaan pengadaan barang/jasa pemerintah pada dasarnya memiliki hubungan dalam konteks pekerjaannya akan tetapi tidak memiliki hubungan hukum dari konteks perjanjian antara para pihak. Hubungan hukum para pihak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah yang melibatkan subkontraktor sangat rumit dan cenderung merugikan

subkontraktor. Perjanjian subkontraktor antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor tidak akan memberikan dampak apapun terhadap perjanjian induknya atau kontrak pengadaan akan tetapi kontrak induk dapat menimbulkan akibat hukum pada subkontraktor. Hal inilah yang cenderung dianggap merugikan atau menimbulkan ketidakadilan bagi subkontraktor. Dengan adanya subkontrak, subkontraktor tidak berhubungan langsung dengan pengguna barang/jasa melainkan dengan kontraktor sekalipun syarat dan ketentuan yang terdapat dalam kontrak pokok (*prime contract*) harus diberlakukan pada subkontrak.

Mengenai hubungan hukum yang lahir dari perjanjian subkontrak antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor akan menimbulkan pertanyaan baru yakni mengenai ketentuan dalam perjanjian induk yang berlaku dalam perjanjian subkontrak dan adanya persetujuan PPK sebagai syarat dalam pembuatan perjanjian subkontrak. Ketentuan dalam perjanjian induk berlaku dalam perjanjian subkontrak memang suatu keharusan yang tidak dapat dihindari oleh subkontraktor maupun penyedia barang/jasa. Ada 2 (dua) hal yang menyebabkan ketentuan dalam kontrak induk berlaku dalam perjanjian subkontrak yakni penyedia barang/jasa terikat pada ketentuan dalam kontrak induk dan objek perjanjian dalam subkontrak induk merupakan bagian dari objek perjanjian induk. Perjanjian subkontrak juga tidak dapat melepaskan diri dari kontrak induk karena objek perjanjian dalam subkontrak induk merupakan bagian dari objek perjanjian induk. Terhadap pekerjaan dengan objek perjanjian yang sama maka sangat tidak mungkin apabila ketentuannya berbeda.

Persetujuan PPK sebagai syarat dalam pembuatan perjanjian subkontrak oleh sebagian orang dianggap pula sebagai bentuk pengikatan diri PPK terhadap perjanjian subkontrak sehingga sudah seharusnya PPK juga memiliki hubungan hukum dengan subkontraktor. Pandangan ini merupakan sebuah kekeliruan karena persetujuan tersebut hanya merupakan suatu syarat prosedural yang harus dilalui oleh penyedia barang/jasa yang memperoleh pekerjaan dari PPK. PPK selaku pemberi pekerjaan tentu memiliki kepentingan untuk mengetahui kepada siapa penyedia barang/jasa mengalihkan Sebagian pekerjaannya. Ini hanya sebagai sarana kontrol atau pengawasan yang diberikan kepada PPK agar jangan sampai pengalihan pekerjaan tersebut menimbulkan kerugian bagi PPK. Di samping itu, dalam pengadaan barang/jasa pemerintah melibatkan uang Negara sehingga pengawasan yang dilakukan oleh PPK juga harus maksimal. Hal yang paling utama adalah, PPK tidak memiliki hak dan kewajiban dalam perjanjian subkontrak antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor sehingga tidak terdapat alasan untuk menyatakan persetujuan tersebut sebagai bentuk pernyataan lahirnya hubungan hukum antara PPK dengan subkontraktor.

2.3 Tanggung jawab Pejabat Pembuat Komitmen atas wanprestasi pihak ketiga

Pengertian tanggung jawab dalam arti liability menurut Peter Mahmud Marzuki adalah tanggung gugat yang diterjemahkan dari kata liability/aansprakelijkheid merupakan bentuk spesifik dari tanggung jawab. Istilah tanggung gugat berada dalam ruang lingkup hukum privat.²⁵ Pendapat yang

²⁵ Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prenada, Jakarta, 2008, hlm. 258

dikemukakan oleh Peter Mahmud Marzuki tersebut dilatarbelakangi adanya perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh seseorang dan telah menimbulkan kerugian bagi orang lain. Liability merupakan bagian dari hukum privat sesuai pendapat Peter Mahmud Marzuki tersebut dapat dibenarkan karena titik berat dalam liability adalah penggantian kerugian atas kerugian yang timbul akibat perbuatan melanggar hukum. Pandangan yang dikemukakan oleh Peter Mahmud Marzuki sejalan dengan pendapat J.H. Nieuwenhuis yang mengemukakan bahwa tanggung gugat merupakan kewajiban untuk menanggung ganti rugi sebagai akibat pelanggaran norma yang terjadi karena perbuatan melawan hukum atau wanprestasi. Pada prinsipnya tanggung gugat melekat pada orang atau pihak yang melakukan kesalahan dan menimbulkan atau mengakibatkan kerugian bagi orang lain. Orang yang tidak melakukan kesalahan pada prinsipnya juga tidak dapat diajukan atau dimintai pertanggungjawaban atas kerugian yang telah timbul.

Tanggungjawab secara perdata, muncul dari adanya hubungan hukum antara PPK dengan penyedia barang/jasa sejak penandatanganan kontrak sampai dengan berakhirnya kontrak. Apabila terjadi perselisihan antara PPK dengan penyedia barang/jasa misalnya penyedia melakukan wanprestasi maka diselesaikan dengan mekanisme hukum perdata.

Bahwa ketentuan wanprestasi dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah diatur dalam Pasal 78 ayat (3) Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang menyatakan dalam hal penyedia :

- a. tidak melaksanakan Kontrak, tidak menyelesaikan pekerjaan, atau tidak melaksanakan kewajiban dalam masa pemeliharaan ;
- b. menyebabkan kegagalan bangunan ;
- c. menyerahkan Jaminan yang tidak dapat dicairkan;
- d. melakukan kesalahan dalam perhitungan jumlah/volume hasil pekerjaan berdasarkan hasil audit;
- e. menyerahkan barang/jasa yang kualitasnya tidak sesuai dengan Kontrak berdasarkan hasil audit; atau
- f. terlambat menyelesaikan pekerjaan sesuai dengan Kontrak

bahwa kemudian berkaitan dengan wanprestasi yang dilakukan oleh pihak ketiga dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah dikenakan sanksi administrasi yang meliputi :

- a. sanksi digugurkan dalam pemilihan;
- b. sanksi pencairan jaminan;
- c. Sanksi Daftar Hitam;
- d. sanksi ganti kerugian; dan/atau
- e. sanksi denda

Perbuatan wanprestasi yang dilakukan oleh pihak penyedia dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah menimbulkan tanggung gugat para pihak untuk ikut berkewajiban memikul beban ganti rugi sebagai akibat dari adanya wanprestasi atau perbuatan melanggar hukum. Pada prinsipnya tanggung gugat melekat pada pihak yang bersalah atau pihak yang menanggung resiko sebagai akibat adanya

wanprestasi atau perbuatan melanggar hukum yang telah menimbulkan kerugian bagi orang lain. Pengertian tanggung gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum yang harus membayar suatu bentuk kompensasi atau ganti rugi setelah adanya peristiwa hukum atau tindakan hukum. Misalnya seseorang atau badan hukum telah melakukan perbuatan melanggar hukum sehingga menimbulkan kerugian bagi orang atau badan hukum lain tersebut.

Tanggung gugat dalam kontrak pokok dan subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan hal yang perlu diperhatikan. *Prinsip privity of contract* sebagaimana nampak dari Pasal 1340 BW membawa implikasi bahwa subkontraktor tidak dapat secara langsung menuntut kepada pengguna barang/jasa sekalipun terjadinya subkontrak itu atas persetujuan pengguna barang/jasa, demikian sebaliknya.²⁶ Penyedia barang/jasa bertanggung jawab penuh kepada PPK atas pelaksanaan pekerjaan termasuk pekerjaan yang dilakukan oleh subkontraktor. Tanggung gugat adalah kewajiban memikul beban ganti rugi sebagai akibat dari adanya wanprestasi atau perbuatan melanggar hukum. Pada prinsipnya tanggung gugat melekat pada pihak yang bersalah atau pihak yang menanggung resiko sebagai akibat adanya wanprestasi atau perbuatan melanggar hukum yang telah menimbulkan kerugian bagi orang lain. Pengertian tanggung gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum yang harus membayar suatu bentuk kompensasi atau ganti rugi setelah adanya peristiwa hukum atau tindakan hukum.

²⁶ Simamora, *Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Litbang : Surabaya, 2013, hlm 34.

Misalnya seseorang atau badan hukum telah melakukan perbuatan melanggar hukum sehingga menimbulkan kerugian bagi orang atau badan hukum lain tersebut.

Tanggung gugat antara para pihak dalam kontrak induk dan subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah perlu memperhatikan hubungan hukum antara para pihak. Hubungan hukum para pihak menentukan ada atau tidaknya hak untuk mengajukan tuntutan hukum kepada pihak lain. Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa dalam kontrak induk dan subkontrak terdapat hubungan hukum yang terputus yakni PPK selaku pengguna barang/jasa dengan Penyedia barang/jasa dan Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Hubungan hukum yang terbatas/terputus tersebut menimbulkan konsekuensi hukum yakni PPK tidak memiliki hubungan hukum dengan subkontraktor, demikian pula sebaliknya sehingga kedua belah pihak tidak memiliki hak untuk mengajukan gugatan atau tuntutan hukum satu sama lain.

PPK dan subkontraktor yang tidak memiliki hak untuk mengajukan tuntutan hukum apabila subkontraktor atau PPK melakukan wanprestasi yang berdampak pada kedudukan masing-masing pihak akan menimbulkan pertanyaan siapa yang bertanggungjawab atas kesalahan PPK atau subkontraktor tersebut. Sebagai contoh apabila subkontraktor dalam melaksanakan pekerjaan tidak sesuai dengan spesifikasi teknis yang telah ditentukan dalam kontrak induk maka akan menimbulkan tidak terlaksananya pengadaan barang/jasa dengan baik. Demikian pula sebaliknya, apabila PPK tidak melakukan pembayaran maka penyedia barang/jasa tentu tidak akan melakukan pembayaran kepada subkontraktor.

Secara hukum memang penyedia barang/jasa bertanggung gugat dan bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan oleh subkontraktor sehingga ia tidak dapat beralasan kesalahan tersebut dilakukan oleh subkontraktor. Tanggung jawab dan resiko kesalahan oleh subkontraktor memang sangat tepat apabila dibebankan kepada penyedia barang/jasa karena penyedia barang/jasa sendirilah yang menunjuk subkontraktor dan subkontraktor melakukan pekerjaan dalam pengadaan barang/jasa untuk dan atas nama penyedia barang/jasa bukan untuk dan atas nama diri sendiri. Akan tetapi perlu dibuat suatu terobosan hukum baru yakni subkontraktor yang tidak melaksanakan pengadaan barang/jasa pemerintah dicantumkan dalam daftar khusus. Daftar khusus dimaksud tidak sama dengan daftar hitam karena pihak yang masuk dalam daftar khusus masih dapat mengikuti proses pengadaan barang/jasa pemerintah sebagai penyedia barang/jasa.

Berkaitan dengan Pasal 78 ayat (3) Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang mengatur tentang wanprestasi oleh pihak penyedia ataupun pihak ketiga maka menurut kitab undang-undang hukum perdata unsur wanprestasi pokoknya adalah sama sekali tidak memenuhi prestasi, tidak tunai memenuhi prestasi, terlambat memenuhi prestasi dan keliru memenuhi prestasi.

Tanggung jawab Pejabat Pembuat Komitmen / PPK apabila dalam pengadaan barang dan jasa terdapat wanprestasi yang dilakukan oleh pihak ketiga dituangkan secara jelas dalam Pasal 78 Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 Tentang

Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang menyatakan :

- 1) Pengenaan Sanksi Daftar Hitam sebagaimana dimaksud dalam Pasal 78 ayat (5) huruf a ditetapkan oleh PA/ KPA atas usulan Pejabat Pengadaan/Pokja Pemilihan/Agen Pengadaan.
- 2) Pengenaan Sanksi Daftar Hitam sebagaimana dimaksud dalam Pasal 78 ayat (5) huruf b ditetapkan oleh PA/ KPA atas usulan Pejabat Pengadaan/ Pokja Pemilihan/Agen Pengadaan.
- 3) Pengenaan Sanksi Daftar Hitam sebagaimana dimaksud dalam Pasal 78 ayat (5) huruf c dan Pasal 78 ayat (5) huruf d, ditetapkan oleh PA/ KPA atas usulan PPK.
- 4) Pengenaan sanksi denda keterlambatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 78 ayat (5) huruf f ditetapkan oleh PPK dalam Kontrak sebesar 1%0 (satu permil) dari nilai kontrak atau nilai bagian kontrak untuk setiap hari keterlambatan.
- 5) Nilai kontrak atau nilai bagian kontrak sebagaimana dimaksud pada ayat (4) tidak termasuk Pajak Pertambahan Nilai (PPN).
- 6) Sanksi Daftar Hitam sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sampai dengan ayat (3) berlaku sejak ditetapkan.

Bahwa berdasarkan uraian tersebut diatas menurut penulis apabila dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah kemudian terdapat wanprestasi yang dilakukan oleh pihak ketiga maka Pejabat Pembuat Komitmen / PPK memiliki tanggung jawab untuk membuat penetapan berkaitan dengan pemberian sanksi

sesuai dengan ketentuan Pasal 78 Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Penerapan sanksi sesuai Pasal tersebut ialah pengenaan sanksi daftar hitam, pengenaan sanksi denda keterlambatan, sanksi pencairan jaminan dan sanksi ganti kerugian yang dalam prosesnya harus terlebih dahulu harus melalui mekanisme ditetapkan oleh Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), sanksi tersebut dikenakan kepada pihak yang terlibat langsung dalam perjanjian pengadaan barang dan jasa sesuai dengan asas *Privity Of Contract* yang termaksud dalam Pasal 1340 BW menyatakan bahwa perjanjian hanya berlaku bagi para pihak yang membuatnya, bisa saja dikenakan kepada pihak penyedia saja apabila tidak diatur dalam perjanjian pokok ataupun sanksi tersebut bisa dikenakan kepada pihak ketiga (subkontraktor) apabila dalam perjanjian pengadaan pihak ketiga tersebut juga masuk dalam pihak yang terlibat dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah.