

Kedudukan Hukum Bagi Pemerintah dalam Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Biloka Tanggahma¹

¹Fakultas Hukum Universitas Cenderawasih Jayapura-Papua

ARTICLE INFO

Article history:

Received November 15, 2023

Revised November 22, 2023

Accepted November 25, 2023

Available online November 27, 2023

Kata Kunci:

Kedudukan Hukum Pemerintah, Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa.

Keywords:

Legal Position of the Government, Contracts for Procurement of Goods and Services.



This is an open access article under the [CC BY-SA](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/) license. Copyright © 2023 by Author. Published by Yayasan Daarul Huda

ABSTRAK

Penelitian ini dengan tujuan untuk mengetahui kedudukan hukum bagi pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa serta pembebanan tanggung gugat pemerintah dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa. Tipe penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif, yaitu mengkaji konsep-konsep hukum terkait dengan kontrak pada umumnya dan kontrak komersial pada khususnya. Dalam hal ini yang menjadi objek dalam penelitian ini berkaitan dengan status dan wewenang pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa. Hasil penelitian mengungkapkan bahwa kadang-kadang pemerintah terlibat dalam lalu lintas pergaulan keperdataan dalam kedudukan yang sama dengan pihak swasta sebagaimana dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, tanpa kedudukan spesifikasinya sebagai institusi untuk melindungi kepentingan umum. Pembebanan tanggung gugat pemerintah dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa dapat ditinjau dari dua segi dalam hal tindakan pemerintah sebagai salah satu pihak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa yaitu perbuatan yang melekat pada lembaga pemerintahan maupun pribadi (individu) aparatur pemerintahan, sehingga dapat dimintakan pertanggung jawaban berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdara. Oleh sebab itu, panitia

lelang/ tender dan atau pejabat yang berwenang dalam mengeluarkan keputusan baik dalam pembuatan kontrak pengadaan barang dan jasa maupun dalam pelaksanaan kontrak tersebut harus didasarkan pada nilai-nilai dasar atau prinsip-prinsip adil dan bertanggung jawab secara rasional.

ABSTRACT

This research aims to determine the legal position of the government in contracts for the procurement of goods and services as well as the burden of responsibility for the government in implementing contracts for the procurement of goods and services. The type of research used is normative juridical, namely examining legal concepts related to contracts in general and commercial contracts in particular. In this case, the object of this research is related to the status and authority of the government in contracts for the procurement of goods and services. The research results reveal that sometimes the government is involved in civil relations in the same position as private parties as in contracts for the procurement of goods and services, without its specific position as an institution to protect the public interest. The imposition of government responsibility in implementing contracts for the procurement of goods and services can be viewed from two aspects in terms of the government's actions as one of the parties to the contract for the procurement of goods and services, namely actions that are inherent in government institutions and private (individual) government officials, so that they can be held accountable based on Article 1365 Civil Code. Therefore, the auction/tender committee and/or authorized officials in issuing decisions both in making contracts for the procurement of goods and services and in implementing these contracts must be based on basic values or principles of justice and rational responsibility.

PENDAHULUAN

Seiring dengan perkembangan kenegaraan dan pemerintahan berdasarkan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*), pemerintah dituntut dalam penyelenggaraan pemerintahan untuk memajukan kesejahteraan umum. Untuk mengemban kewajiban negara tersebut, pemerintah mempunyai kewajiban menyediakan kebutuhan rakyat dalam berbagai bentuk, baik berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Selain menyediakan berbagai kebutuhan rakyat, pemerintah juga memerlukan barang dan jasa dalam penyelenggaraan kegiatan-kegiatan pemerintahan.

Hal ini pun diatur dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa: "...Negara Republik Indonesia bertujuan untuk melindungi segenap

*Corresponding author

E-mail addresses: bilokatanggahma78@gmail.com

bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa....". Rumusan ini tentunya sesuai dengan tujuan yang ingin diharapkan dari konsep negara kesejahteraan.

Tuntutan negara kesejahteraan memunculkan kewajiban pemerintah untuk mencampuri kehidupan sosial ekonomi dan sosial masyarakat sebagai langkah untuk mewujudkan kesejahteraan umum. Dalam kaitan dengan pemenuhan kebutuhan inilah, maka pembuatan kontrak menjadi praktek yang rutin yang membutuhkan kerjasama antara pemerintah dengan pihak swasta melalui transaksi komersil. Menurut Chales Tiefer, pelaksanaan transaksi komersial baik oleh pemerintah maupun pemerintah daerah karenanya menjadi suatu kelaziman.

Sebagai konsekuensi dari tujuan negara kesejahteraan (*welfare state*), maka pemerintah ikut turut campur tangan dalam berbagai tindakan pemerintahan untuk kepentingan rakyat. Berkenaan dengan campur tangan pemerintah, ada 3 (tiga) tugas pokok negara (pemerintah), yakni: 1) tugas menjaga keamanan dan ketertiban (*security and order*); 2) tugas menegakkan keadilan (*justice enforcement*); dan 3) tugas membangun sarana dan prasarana atau infrastruktur Publik (*public infrastructure development*).

Berkaitan dengan hal itu pula, Rudhi Prasetya¹ menyatakan bahwa: alasan utama mengapa pemerintah perlu campur tangan dalam kehidupan sosial ekonomi rakyatnya, karena negara berkepentingan dalam memakmursejahterakan warganya, kiranya tiada suatu negara yang tidak memikirkan kesejahteraan seluruh rakyatnya, dalam hubungan inilah pada umumnya timbul campur tangan pemerintah atas kehidupan perekonomian dalam negara yang bersangkutan yang selama ini memberikan perlindungan yang lebih kepada warga negaranya sendiri. Oleh Wolfgang Friedman² dikemukakan sebagai persoalan negara hukum dan ekonomi campuran (*mixed economy*) dimana negara memiliki 4 (empat) fungsi, yakni: (1) fungsi penyedia (*provider*); (2) fungsi pengatur (*regulator*); (3) fungsi pengusaha (*enterpreneur*); dan (4) fungsi wasit (*empire*).

Adanya pelibatan negara dalam transaksi komersial mengharuskan pemerintah untuk mengikatkan diri dengan pihak lain (pihak swasta) dalam suatu hubungan kontraktual. Dalam hal pemerintah terlibat dalam hubungan kontraktual, pemerintah mengikatkan diri dengan pihak swasta dalam suatu kontrak pengadaan barang dan jasa.

Pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah melibatkan jumlah uang yang sangat besar. Itulah sebabnya dikatakan pemerintah merupakan pembeli yang terbesar (*the largest buyer*) di suatu negara. Dalam kaitan ini pemerintah mempunyai tanggung jawab agar kebijakan dalam bidang pengadaan mampu mendukung tujuan ekonomi dan merupakan instrumen-instrumen dalam rangka mencapai tujuan tersebut. Salah satu strategi yang dapat digunakan oleh pemerintah dalam kaitan dengan bidang pengadaan ini adalah dengan membuat kebijakan pemberdayaan berskala kecil, menengah dan makro, misalnya dengan menetapkan sistem pengadaan yang relatif lebih mudah, khususnya pada proses tender.³

Dalam perspektif Indonesia, kontrak pengadaan juga mempunyai fungsi penting dalam pembangunan perekonomian negara karena di samping bersifat rutin dan melibatkan keuangan negara dalam jumlah yang sangat besar, kebijakan di sektor pengadaan merupakan bagian dari strategi pembangunan ekonomi. Kontrak pengadaan yang dibuat oleh pemerintah Indonesia selalu dikaitkan dengan kebijakan yang bertujuan untuk meningkatkan penggunaan produksi dalam negeri. Pengadaan barang oleh pemerintah dengan demikian tidak saja untuk mencukupi tersedianya barang dan jasa atau pembangunan fisik, tetapi juga berfungsi untuk mendorong laju pertumbuhan industri dalam negeri. Kontrak pengadaan di Indonesia juga diarahkan guna peningkatan peran serta usaha kecil dan koperasi, misalnya dengan memberi peluang melalui subkontrak. Kontrak pengadaan dengan demikian dapat pula digunakan sebagai instrumen penerapan kebijakan pemerintah dalam rangka pemberdayaan usaha kecil sebagaimana dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1995 tentang Usaha Kecil.

Kontrak yang dibuat oleh pemerintah bersifat multi aspek dan mempunyai karakter yang sangat khas. Sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya adalah hubungan kontraktual, tetapi di dalamnya terkandung tidak saja hukum privat, tetapi juga hukum publik. Adanya warna hukum publik dalam jenis kontrak ini merupakan ciri yang khas yang membedakan dengan kontrak komersil pada umumnya. Apabila dalam kontrak komersil para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka, maka dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah, kebebasan itu tidak sepenuhnya berlaku sebab terhadap kontrak ini berlaku rezim hukum khusus. Karakter yang khas dari kontrak pengadaan oleh pemerintah ini di samping menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam

¹ Rudhi Prasetya, Analisis Ekonomi Terhadap Hukum Kontrak Dalam Menyongsong Era Globalisasi, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 2, Jakarta, 1997, h. 2.

² Wolfgang Friedman, The State and The Rule Of Law in A Mixed Economy, Steven and Sons, London, 1971.

³ Simamora, Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa, PT. Aditya Bakti, Bandung, 2009, h. 4.

pengadaannya. Prinsip dan norma dalam kontrak privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah karena kewajiban pembayaran melibatkan keuangan negara.

Sumber pembiayaan dalam kontrak pengadaan pada umumnya berasal dari keuangan negara dalam hal ini APBN/APBD, di samping dana yang berasal dari pinjaman/hibah luar negeri (PHLN). Bahwa dana-dana ini banyak diselewengkan dalam proyek pengadaan barang dan jasa sudah menjadi pengetahuan umum. Fenomena inilah yang kemudian menjadi alasan Bank Dunia dalam mendukung program pemerintah di berbagai negara dalam memerangi korupsi. Dari hasil penelitian yang dilakukan oleh Bank Dunia bersama-sama dengan *Corruption and Fraud Investigations Unit* (CFIU) pada November 2000, ditemukan jenis-jenis penyimpangan atas kontrak pengadaan yang didanai oleh Bank Dunia yakni :

- a. Penyimpangan kontrak dan pelanggaran pedoman pengadaan Bank Dunia;
- b. Kecurangan tender;
- c. Kolusi oleh pelaku tender;
- d. Penyelewengan tender;
- e. Penyelewengan dalam kontrak;
- f. Penyelewengan dalam pemeriksaan audit;
- g. Penggantian produk;
- h. Cacat dalam pemberian harga atau barang;
- i. Ketidakwajaran dalam penerapan ongkos biaya/ kerja;
- j. Penyuaian dan penerimaan komisi;
- k. Penyalahgunaan dana atau jabatan Bank Dunia;
- l. Perjalanan fiktif;
- m. Pencurian dan penggelapan;
- n. Ganjaran; dan
- o. Penghamburan dana Bank Dunia.

Keterlibatan pemerintah dalam transaksi komersil berarti pemerintah mengikat diri dalam suatu hubungan kontraktual. Pada dasarnya kontrak dapat dibedakan menjadi 2 (dua) jenis, yakni kontrak komersial (*comercial contract*) dan kontrak kebijakan (*beleidssoevereenkomst*)⁴. Kontrak komersial dibedakan menjadi 2 (dua) jenis, yakni kontrak pengadaan barang dan jasa (*procurement contract*) dan kontrak non pengadaan (*non procurement contract*).

Dalam penulisan ini, yang menjadi fokus pembahasan adalah menyangkut kontrak pengadaan barang dan jasa. Para pihak dalam kontrak tersebut terdiri atas penyedia barang dan atau jasa serta pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan atau jasa (pemerintah). Sebagai pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan atau jasa secara otomatis akan terlibat dalam suatu hubungan kontraktual. Hal ini merupakan fenomena yang lazim dan universal. Inilah yang disebut kontraktualisasi (*contractualization*), yakni pemanfaatan kontrak sebagai instrumen dalam menjalankan fungsi pemerintahan.

Kontrak pengadaan yang melibatkan pemerintah sebagai salah satu pihak di dalamnya (*state as a buyer*) membawa konsekuensi terhadap karakter hukum kontrak. Kontrak pengadaan tidak selalu berbicara mengenai hukum privat, tetapi dengan keterlibatan pemerintah yang mengakibatkan terjadinya pengeluaran uang negara di dalamnya, maka otomatis akan melibatkan hukum publik.

Secara umum, adanya hubungan keperdataan dengan mengikat diri dalam perjanjian-perjanjian didasarkan pada Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang meletakkan prinsip-prinsip hukum kontrak. Dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa, perikatan yang terjadi dalam hubungan keperdataan antara pemerintah dengan pihak swasta didasarkan pada Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang dan Jasa sebagaimana yang telah dirubah dengan Keputusan Presiden Nomor 61 Tahun 2004 jo. Peraturan Presiden Nomor 32 Tahun 2005 jo. Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2005 jo. Peraturan Presiden Nomor 8 Tahun 2006 jo. Peraturan Presiden Nomor 79 Tahun 2006 jo. Peraturan Presiden Nomor 85 Tahun 2006 jo. Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2007 dan Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010.

Dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, selain peraturan perundang-undangan di atas, juga dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah didasarkan pada Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi; Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara; Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara; dan Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2005 tentang Pengelolaan Keuangan Daerah.

Belum tersedianya instrumen hukum yang secara khusus mengatur kontrak komersial oleh pemerintah juga merupakan faktor lemahnya sistem pengadaan (Bappenas). Secara teoritik, terdapat berbagai isu hukum tentang pengadaan oleh pemerintah yang dapat diajukan untuk memperoleh kajian

⁴ Adrian Sutedi, Berbagai Permasalahan Seputar Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, Jakarta, 2008, h. 11.

lebih lanjut. Dari perspektif hukum kontrak terdapat beberapa isu hukum yang dapat diajukan sebagai bahan untuk dikaji terutama tentang keabsahan dan penerapan berlakunya prinsip umum hukum kontrak dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah. Dengan pemahaman bahwa kontrak merupakan proses, maka perhatian dalam studi tentang kontrak pengadaan disamping difokuskan pada situasi menuju pembentukan kontrak (*pre-contractual fase*) juga pada situasi setelah ditutupnya kontrak (*post-contractual fase*) atau menyangkut pelaksanaan dari kontrak itu. Dalam kaitan ini perlu adanya pemahaman tentang prinsip hukum kontrak berikut penerapannya dalam dua situasi itu.

Keberlakuan prinsip perjanjian baku dalam pengadaan barang/ jasa oleh pemerintah pada hakekatnya dapat terjadi dalam keadaan/ situasi yang digantungkan pada kebutuhan, ketika pemerintah dalam kapasitasnya sebagai pembeli terutama dalam rangka fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik sangat didominasi oleh kontrak-kontrak yang bersifat baku, karena melekatnya prinsip akuntabilitas publik dimana dari sisi penggunaan anggaran ruang lingkupnya adalah penggunaan APBN/ APBD, sehingga hal ini mempengaruhi baik dalam hal pembentukan maupun pelaksanaan kontraktual.

Kaitannya dengan hal ini, Bernard Rudden yang dikutip oleh Sogar Simamora⁵ mengatakan bahwa, substansi kontrak pemerintah sesungguhnya bukan hanya menyangkut pengadaan barang/ jasa. Dalam situasi lain pemerintah dapat juga melakukan hubungan kontraktual sekalipun tujuannya bukan dalam rangka pengadaan barang/ jasa. Ini dapat kita lihat ketika pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai penjual atau pemasok (*the state as supplier*) terutama dalam fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik (*public utilities*). Dari uraian tersebut terdapat makna bahwa dalam hal kebutuhan yang lahir dari penggunaan anggaran dalam kerangka pengadaan barang/ jasa yang menimbulkan pembayaran, pemerintah juga melakukan kontrak-kontrak yang bersifat non pengadaan yang tujuannya menimbulkan pemasukan dalam rangka untuk kepentingan umum. Sehingga dapat disimpulkan bahwa dari segi tujuan pembuatan kontrak oleh pemerintah terdapat dua hal yaitu kontrak pemerintah yang menimbulkan pengeluaran dan kontrak yang menimbulkan pendapatan. Berkaitan dengan hal yang kedua keberlakuan kontrak baku/ *adhesive* tidak sepenuhnya dapat diberlakukan, mengingat kedudukan pemerintah dalam hal ini tidak dalam posisi tawar yang dominan, hal ini dikarenakan kapasitas pemerintah sebagai penjual (*seller*).

Di Indonesia belum terdapat undang-undang yang secara khusus mengatur tentang kontrak komersial oleh pemerintah. Selama ini landasan hukum dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan atau jasa hanya diatur dalam bentuk Keputusan Presiden dan Peraturan Presiden sebagaimana telah disebutkan di atas. Substansi yang diatur dalam aturan hukum tersebut hanya mengenai mekanisme dan prosedur pengadaan yang lebih terfokus pada aspek administrasi, sedangkan aspek kontrak sangat minim. Walaupun dalam aturan hukum tersebut mengatur syarat dan ketentuan yang bersifat baku bagi kontrak pengadaan, tetapi sifatnya sangat sumir dan berlaku bagi setiap jenis kontrak pengadaan dengan tidak membedakan objeknya.

Dalam beberapa kasus sengketa kontrak pengadaan terdapat juga isu yang terkait dengan kompetensi absolut. Pangkal tolaknya terletak pada perbedaan pandangan apakah perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dengan mengikatkan diri ke dalam hubungan kontraktual itu merupakan perbuatan keperdataan atau bukan. Hal ini dapat menimbulkan persoalan karena kontrak yang dibuat oleh pemerintah selalu didahului dengan keputusan tata usaha negara⁶.

Dalam penelitian ini difokuskan pada hubungan kontraktual antara pemerintah dengan pihak swasta dalam kontrak pengadaan barang dan jasa. Adanya hubungan kontraktual ini didasarkan pada keputusan tata usaha negara dan pemerintah selaku jabatan yang menjadi dasar bagi kontrak pengadaan barang dan jasa. Terlibatnya pemerintah dalam jabatan pemerintahan dalam kontrak pengadaan barang dan jasa harus dibedakan dalam kedudukan sebagai wakil dari jabatan maupun wakil dari badan hukum publik. Hal ini diupayakan untuk membatasi adanya tindakan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh pemerintah itu sendiri. Isu penelitian ini adalah kedudukan hukum pemerintah dan pihak swasta dalam kontrak pengadaan barang dan jasa belum jelas yang berakibat pada tidak adanya keseimbangan hak dan kewajiban antara para pihak dalam kontrak. Tidak adanya keseimbangan tersebut tentunya menimbulkan kerugian bagi para pihak lain dan hal ini harus mendapatkan perlindungan hukum.

METODE

Metode yang digunakan adalah yuridis normatif, yaitu mengkaji konsep-konsep hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku terkait dengan kontrak pada umumnya dan kontrak

⁵ Yohanis Sogar Simamora, Yohanis Soggar Simamora, Harmonisasi Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Terhadap Sistem Perdagangan Global, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 18, No. 3, Jakarta, 2003, h. 40.

⁶ Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, h. 117.

komersial pada khususnya. Dalam hal ini yang menjadi objek dalam penelitian ini berkaitan dengan status dan wewenang pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Dalam perspektif hukum publik negara adalah organisasi jabatan. Di antara jabatan-jabatan kenegaraan ini terdapat jabatan pemerintahan, yang menjadi objek hukum administrasi negara. Ada beberapa ciri yang terdapat pada jabatan atau organ pemerintahan yaitu:

- a) Organ pemerintahan menjalankan wewenang atas nama dan tanggung jawab sendiri, yang dalam pengertian modern diletakkan sebagai pertanggung jawaban politik dan kepegawaian atau tanggung jawab pemerintah sendiri dihadapan Hakim. Organ pemerintah adalah pemikul kewajiban tanggung jawab.
- b) Pelaksanaan wewenang dalam rangka menjaga dan mempertahankan norma hukum administrasi, organ pemerintahan dapat bertindak sebagai pihak tergugat dalam proses peradilan, yaitu dalam hal ada keberatan, banding atau perlawanan.
- c) Di samping sebagai pihak tergugat, organ pemerintahan juga dapat tampil menjadi pihak yang tidak puas, artinya sebagai penggugat.
- d) Pada prinsipnya organ pemerintahan tidak memiliki harta kekayaan sendiri. Organ pemerintahan merupakan bagian (alat) dari badan hukum menurut hukum privat dengan harta kekayaannya. Jabatan Bupati atau Walikota adalah organ-organ dari badan umum "Kabupaten". Berdasarkan aturan hukum badan umum inilah yang dapat memiliki harta kekayaan, bukan organ pemerintahannya.

Meskipun jabatan pemerintahan ini dilekati dengan hak dan kewajiban atau diberi wewenang untuk melakukan tindakan hukum, namun jabatan tidak dapat bertindak sendiri. Jabatan dapat melakukan perbuatan hukum, yang dilakukan melalui perwakilan yaitu pejabat.

Antara jabatan dengan pejabat memiliki hubungan yang erat, namun di antara keduanya sebenarnya memiliki kedudukan hukum yang berbeda atau terpisah dan diatur dengan hukum yang berbeda. Jabatan diatur oleh hukum tata negara dan hukum administrasi, sedangkan pejabat diatur dan tunduk pada hukum kepegawaian. Di samping itu, tampak bahwa pejabat menampilkan dirinya dalam dua kepribadian yaitu selaku pribadi dan selaku personifikasi dari organ, yang berarti selain diatur dan tunduk pada hukum kepegawaian juga tunduk pada hukum keperdataan khusus dalam kapasitasnya selaku individu atau pribadi. Tindakan hukum jabatan pemerintah dijalankan oleh pemerintah. Dengan demikian, kedudukan hukum pemerintah berdasarkan hukum publik adalah wakil dari jabatan pemerintahan.

Telah disebutkan bahwa negara dalam perspektif hukum perdata adalah sebagai badan hukum publik. Bila berdasarkan hukum public negara adalah organisasi jabatan atau kumpulan dari organ-organ kenegaraan, yang di dalamnya terdapat organ pemerintahan, maka berdasarkan hukum perdata, negara adalah kumpulan dari badan-badan hukum, yang di dalamnya terdapat badan pemerintahan.

Tindakan hukum badan pemerintahan dilakukan oleh pemerintah sebagaimana manusia dan badan hukum privat terlibat dalam lalu lintas pergaulan hukum. Pemerintah menjual dan membeli, menyewa dan menyewakan, menggadai dan menggadaikan, membuat perjanjian, dan mempunyai hak milik. Dalam kedudukannya yang spesifik, pemerintah menggunakan berbagai ketentuan hukum privat dalam pergaulannya. Kadang-kadang mereka terlibat dalam lalu lintas pergaulan keperdataan dalam kedudukan yang sama dengan pihak swasta, tanpa kedudukan spesifiknya sebagai pemerintah dan yang melindungi kepentingan umum dalam hal terjadi sengketa.

Ketika pemerintah bertindak dalam lapangan keperdataan dan tunduk pada peraturan hukum perdata, pemerintah bertindak sebagai wakil dari badan hukum, bukan wakil dari jabatan. Oleh karena itu, kedudukan pemerintah dalam pergaulan hukum keperdataan tidak berbeda dengan seseorang atau badan hukum privat, tidak memiliki kedudukan yang istimewa, dan dapat menjadi pihak dalam sengketa keperdataan dengan kedudukan yang sama dengan seseorang atau badan hukum perdata dalam peradilan umum.

Menurut kamus umum bahasa Indonesia, tanggungugat mengandung makna keadaan wajib menanggung segala sesuatunya kalau ada sesuatu hal, boleh dituntut, dipersalahkan, diperkarakan, dan sebagainya. Di dalam kamus hukum ada 2 (dua) istilah yang menunjuk pada pertanggung jawaban, yakni *liability* dan *responsibility*.

Liability merupakan istilah hukum yang luas, didalamnya mengandung makna bahwa; "*liability*" menunjuk pada makna yang paling komprehensif, meliputi hampir setiap karakter resiko atau tanggung jawab, yang pasti yang bergantung, atau yang mungkin. *Liability* didefinisikan untuk menunjuk; semua karakter hak dan kewajiban. Di samping itu *liability* juga merupakan "kondisi tunduk pada kewajiban secara aktual atau potensial; kondisi bertanggung jawab terhadap hal-hal yang aktual atau mungkin

seperti kerugian, ancaman, kejahatan, biaya, atau beban; kondisi yang menciptakan tugas untuk melaksanakan undang-undang dengan segera atau pada masa yang akan datang”.

Responsibility berarti; “hal yang dapat dipertanggung jawabkan atau suatu kewajiban, dan terhadap putusan, keterampilan, kemampuan, dan kecakapan. *Responsibility* juga berarti kewajiban bertanggung jawab atas undang-undang yang dilaksanakan, dan memperbaiki atau sebaliknya memberi ganti rugi atas kerusakan apapun yang telah ditimbulkan. Dari *responsibility* ini muncul istilah *responsible government*. Istilah ini umumnya menunjukkan bahwa jenis-jenis pemerintahan dalam hal mana pertanggung jawaban terhadap ketentuan atau undang-undang publik dibebankan pada departemen atau dewan eksekutif, yang harus mengundurkan diri apabila penolakan terhadap kinerja mereka dinyatakan melalui mosi tidak percaya, di dalam majelis legislatif, atau melalui pembatalan terhadap suatu undang-undang penting yang harus dipatuhi mereka.

Dalam istilah hukum Belanda, sebagai perbandingan dikenal ada dua istilah yaitu *aansprakelijk* dan *verantwoordelijk*. *Aansprakelijk* berarti “*verbonden*”, *verantwoordelijk*, *in rechte gehouden voor enige schuld of voor de gevolgen van enig feit of enige handeling*” (terikat, bertanggung jawab, bertanggung jawab menurut hukum atas kesalahan atau akibat suatu perbuatan. Kewajiban untuk memikul tanggung jawab untuk menanggung kerugian yang muncul (jika diperlukan), baik dalam hukum maupun dalam hubungan pemerintahan.

Dalam pengertian dan penggunaan praktis, istilah *liability* menunjukkan pada pertanggung jawaban hukum, yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subjek hukum, sedangkan istilah *responsibility* menunjukkan pada pertanggung jawaban politik. Dalam istilah hukum Belanda, penggunaan istilah *verantwoordelijk* menunjuk pada pertanggung jawaban hukum dan pertanggung jawaban pemerintahan. Dalam ensiklopedi administrasi, *responsibility* adalah keharusan seseorang untuk melaksanakan selayaknya apa yang telah diwajibkan kepadanya. Disebutkan pula bahwa pertanggung jawaban mengandung arti; meskipun seseorang mempunyai kebebasan dalam melaksanakan sesuatu tugas yang dibebankan kepadanya, namun dia tidak dapat membebaskan diri dari hasil atau akibat kebebasan perbuatannya, dan ia dapat dituntut untuk melaksanakan secara layak apa yang diwajibkan kepadanya.

Sebagaimana telah diuraikan pada bagian terdahulu bahwa pemerintah adalah subjek hukum, sebagai pendukung hak dan kewajiban hukum, yang memiliki dua kedudukan hukum yaitu sebagai wakil dari badan hukum dan wakil dari jabatan pemerintahan. Sebagai subjek hukum pemerintah dapat melakukan perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang ada relevansinya dengan hukum atau perbuatan yang dapat menimbulkan akibat hukum. Dengan demikian, setiap bentuk dari perbuatan hukum, secara pasti akan menimbulkan akibat hukum, baik yang positif maupun yang negatif. Akibat hukum yang bersifat positif tidak relevan dalam kaitannya dengan tanggung gugat. Akibat hukum yang negatif memiliki relevansi dengan tanggung gugat karena dapat memunculkan tuntutan dari pihak yang terkena akibat hukum yang negatif. Kerugian yang dialami seseorang atau pelanggaran hak-hak warga negara adalah contoh akibat hukum yang negatif, yang umumnya lahir karena pemerintah mengabaikan hukum yang seharusnya dijalankan atau karena pemerintah melakukan larangan yang seharusnya ditinggalkan. Dalam negara hukum, setiap subjek hukum baik itu pemerintah maupun warga negara yang melanggar hukum atau subjek hukum yang tindakannya menimbulkan akibat hukum bagi negara, maka subjek hukum itu harus mengembalikan pada keadaan semula (*herstel in den vorige toestand*).

Kedudukan pemerintah selaku badan hukum dan wakil dari jabatan, dengan kedua kedudukan ini akan muncul dua bentuk perbuatan hukum, yaitu perbuatan hukum publik dan perbuatan hukum perdata. Perbuatan hukum publik, merupakan suatu perbuatan yang diatur dan tunduk pada ketentuan hukum publik, sedangkan perbuatan hukum perdata diatur dan tunduk pada ketentuan hukum perdata. Karena adanya dua jenis perbuatan pemerintahan ini dalam kaitannya dengan tanggung gugat maka ada dua jenis pula tanggung gugat yang dipikul oleh pemerintah, yaitu tanggung gugat publik dan tanggung gugat perdata. Selain kedua jenis perbuatan hukum itu acap kali pula pemerintah melakukan perbuatan hukum perdata dalam kaitannya dengan kewenangan hukum publik, artinya ada percampuran antara perbuatan hukum publik dengan hukum perdata. Oleh karena itu tanggung gugat jenis ketiga yaitu tanggung gugat pemerintah dalam menggunakan instrumen hukum campuran antara hukum publik dan hukum perdata.

Tanggung gugat tindakan pemerintahan yang melanggar hukum, melekat pada lembaga pemerintahan maupun pribadi (individu) aparatur pemerintah. Melekat tanggung gugat lembaga ketika pelanggaran hukum dilakukan oleh aparatur pemerintah dalam rangka menjalankan tugas dan wewenang lembaga pemerintahan dan menimbulkan kerugian atau penderitaan bagi rakyat. Oleh karena itu akibat yang timbul dari tindakan tersebut melekat tanggung gugat lembaga pemerintahan tersebut.

Akan tetapi apabila kesalahan tersebut dengan sengaja dilakukan oleh aparaturnya pemerintahan ketika menjalankan tugas dan wewenang dengan tindakan sewenang-wenang maupun penyalahgunaan wewenang sehingga bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijke bestuur*) dan menimbulkan kerugian bagi rakyat, maka melekat tanggungjawab secara pribadi (individu). Atau kesalahan tersebut dilakukan ketika tidak sedang dalam menjalankan tugas dan wewenang pemerintahan.

Ada dua pandangan dalam memetakan tanggungjawab lembaga pemerintahan dan tanggungjawab pribadi (individu). Pertama: pandangan yang mendekatkan pada jabatan, bahwa jabatan yang melekat pada individu (aparatur) adalah jabatan lembaga, sehingga dalam menjalankan tugas dan wewenangnya (kuasa jabatan) untuk mewakili lembaga. Oleh karena itu, kesalahan-kesalahan dalam menjalankan jabatan merupakan kesalahan lembaga dan atas segala resiko perbuatan jabatan melekat tanggungjawab lembaga. Yang menjalankan perwakilan itu, ialah suatu pejabat, yaitu manusia atau badan hukum. Oleh karena itu, yang berkuasa bukanlah manusianya, akan tetapi jabatannya. Sehingga seseorang atau manusia tersebut adalah pejabat yang mewakili suatu jabatan, yakni menjalankan suatu lingkungan pekerjaan tetap guna kepentingan negara.

Kedua, pandangan yang mendekatkan pada tanggungjawab perbuatan, bahwa dalam melakukan perbuatan maka seseorang akan melekat tanggung jawab terhadap apa yang dilakukan, baik yang dilakukan tersebut di sengaja ataupun karena lalai. Dengan demikian dalam menjalankan pekerjaan jabatan secara konkrit sangat dipengaruhi dan ditentukan oleh kondisi pribadi seseorang (individu) yang menerima jabatan, sehingga akibat dari perbuatannya tidak semata-mata menjadi tanggungjawab jabatan atau lembaga, akan tetapi justru melekat tanggungjawab pribadi.

Tanggungjawab dari tindakan melanggar hukum dalam BW diatur dalam Pasal 1365 s/d Pasal 1380 KUHPerdata dan diatur dalam beberapa undang-undang maupun kitab undang-undang serta peraturan khusus mengenai perbuatan melanggar hukum. Yang dimaksud dengan perbuatan *onrechtmatige* (penulis: melanggar hukum), yaitu suatu perbuatan atau kelalaian yang apakah mengurangi hak orang lain atau melanggar kewajiban hukum orang yang berbuat, apakah bertentangan dengan sikap hati-hati, yang pantas di dalam lalu lintas masyarakat terhadap orang lain atau barangnya. Berpijak pada konsep dasar perbuatan melanggar hukum, maka perbuatan melanggar hukum tindakan pemerintahan adalah berkaitan dengan "perilaku" atas "perbuatan" aparaturnya pemerintahan ketika menjalankan tugas dan wewenang.

SIMPULAN

Dalam kedudukannya yang spesifik sebagai pemerintah dapat menggunakan berbagai ketentuan hukum privat dalam pergaulannya. Kadang-kadang pemerintah terlibat dalam lalu lintas pergaulan keperdataan dalam kedudukan yang sama dengan pihak swasta sebagaimana dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, tanpa kedudukan spesifiknya sebagai institusi untuk melindungi kepentingan umum. Sedangkan Pembebanan tanggungjawab pemerintah dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa dapat ditinjau dari segi dalam hal tindakan pemerintah sebagai salah satu pihak dalam kontrak pengadaan barang jasa yaitu perbuatan yang melekat pada lembaga pemerintah maupun pribadi (individu) aparaturnya pemerintahan. Berpijak pada konsep dasar perbuatan melanggar hukum, maka perbuatan hukum tindakan pemerintahan berkaitan dengan kontrak pengadaan barang dan jasa adalah berkaitan dengan "perilaku" atau "perbuatan" aparaturnya pemerintahan ketika menjalankan tugas dan wewenangnya.

SARAN

Panitia lelang/tender dan atau pejabat yang berwenang dalam pembuatan kontrak pengadaan kontrak tersebut harus didasarkan pada nilai-nilai dasar atau prinsip-prinsip adil dan bertanggung jawab secara rasional serta Perlu adanya pemahaman yang baik dan benar dari kepala kantor/satuan kerja. Pimpinan proyek/ bagian proyek/ pejabat yang disamakan/ ditunjuk atau pejabat yang berwenang dalam mengeluarkan keputusan tentang hukum kontrak dan kontrak pengadaan barang dan jasa dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.

REFERENCES

- Adrian Sutedi, Berbagai Permasalahan Seputar Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, Jakarta, 2008.
- Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993.
- Rudhi Prasetya, Analisis Ekonomi Terhadap Hukum Kontrak Dalam Menyongsong Era Globalisasi, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 2, Jakarta, 1997.
- Simamora, Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa, PT. Aditya Bakti, Bandung, 2009.

Wolfgang Friedman, *The State and The Rule Of Law in A Mixed Economy*, Steven and Sons, London, 1971.
Yohanis Sogar Simamora, Yohanis Soggar Simamora, *Harmonisasi Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Terhadap Sistem Perdagangan Global*, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 18, No. 3, Jakarta, 2003.
Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945.
Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara.
Republik Indonesia, Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2005 tentang Pengelolaan Keuangan Daerah.
Republik Indonesia, Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.