

KEABSAHAN SUB-KONTRAK DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA PADA PROYEK PEMERINTAH

Oleh :

Diki Maulana

Yosari Hernanto

E-Mail : dikimaulana@gmail.com

STIH Painan Banten

ABSTRAK

Pengadaan barang dan jasa pemerintah merupakan aktivitas penting dalam penyelenggaraan pemerintahan yang bertujuan untuk menyediakan barang/jasa yang dibutuhkan dalam rangka peningkatan pelayanan publik. Dalam pelaksanaannya, praktik subkontrak atau pengalihan sebagian pekerjaan kepada pihak lain sering terjadi dan menimbulkan berbagai permasalahan hukum terkait keabsahannya.. Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 memang mengatur tentang subkontrak, namun dalam praktiknya masih terdapat berbagai interpretasi dan perdebatan mengenai batasan-batasan yang diperbolehkan. Ketidajelasan regulasi ini berpotensi menimbulkan celah hukum yang dapat disalahgunakan oleh para pihak. Rumusan masalah dalam penelitian ini adalah : 1. Apa syarat keabsahan subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah? 2. Apa akibat hukum subkontrak terhadap para pihak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah? . Metode yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum yaitu penelitian yang mengkaji rumusan masalah yang terdapat dalam tulisan ini dengan meneliti peraturan perundang undangan yang berlaku yang berkaitan dengan rumusan masalah juga pemecahannya. Dalam penelitian hukum ini pendekatan masalah yang digunakan adalah pendekatan peraturan perundang-undangan dan pendekatan konseptual. Hasil dari penelitian ini yakni Terdapat 7 (tujuh) syarat keabsahan subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah yang diatur dalam Pasal 1320 BW dan syarat tambahan yaitu kesepakatan, kecakapan, suatu hal tertentu, suatu sebab yang diperbolehkan, bukan pekerjaan utama, terdapat klausul subkontrak dalam kontrak induk dan persetujuan PPK. Ketujuh syarat tersebut memiliki sifat kumulatif yang artinya harus dipenuhi seluruhnya. Berdasarkan penerapan asas *privity of contract*, hubungan hukum yang lahir dari subkontrak antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor adalah hubungan hukum antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Dengan memperhatikan hubungan hukum yang lahir dari subkontrak tersebut maka PPK tidak memiliki hubungan hukum dengan subkontraktor demikian dalam hal tuntutan hukum dimana PPK tidak memiliki hak untuk mengajukan tuntutan hukum kepada subkontraktor dan sebaliknya. Tanggung gugat atas pelaksanaan pekerjaan tersebut melekat pada penyedia barang/jasa. Dalam Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah tidak diatur mengenai syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam membuat subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah sehingga perlu dilakukan perubahan Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dengan menambahkan syarat keabsahan subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Perlu ditambahkan kebijakan hukum mengenai adanya daftar khusus subkontrak yang gagal melaksanakan pekerjaan yang dialihkan.

Kata kunci: sub-kontrak, pengadaan barang/jasa pemerintah, keabsahan, tanggung gugat

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pengadaan barang dan jasa pemerintah merupakan aktivitas penting dalam penyelenggaraan pemerintahan yang bertujuan untuk menyediakan barang/jasa yang dibutuhkan dalam rangka peningkatan pelayanan publik. Dalam pelaksanaannya, praktik subkontrak atau pengalihan sebagian pekerjaan kepada pihak lain sering terjadi dan menimbulkan berbagai permasalahan hukum terkait keabsahannya.

Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 memang mengatur tentang subkontrak, namun dalam praktiknya masih terdapat berbagai interpretasi dan perdebatan mengenai batasan-batasan yang diperbolehkan. Ketidakjelasan regulasi ini berpotensi menimbulkan celah hukum yang dapat disalahgunakan oleh para pihak. Beberapa permasalahan yang sering muncul terkait subkontrak antara lain: ketidaksesuaian kualifikasi penyedia subkontrak dengan persyaratan yang ditentukan, pengalihan pekerjaan yang melebihi batasan maksimal yang diperbolehkan, hingga praktik subkontrak terselubung yang melanggar prinsip persaingan usaha yang sehat. Hal ini dapat berdampak pada kualitas hasil pekerjaan dan berpotensi merugikan keuangan negara.

Di sisi lain, subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah tidak dapat dihindari mengingat kompleksitas pekerjaan dan keterbatasan kapasitas penyedia jasa. Praktik ini bahkan dapat memberikan manfaat seperti efisiensi waktu, optimalisasi sumber daya, dan pemberdayaan usaha kecil. Namun tetap diperlukan kejelasan regulasi dan pengawasan yang ketat untuk memastikan praktik sub-kontrak berjalan sesuai koridor hukum. Permasalahan keabsahan subkontrak ini menjadi semakin relevan dengan meningkatnya nilai pengadaan barang/jasa pemerintah dari tahun ke tahun. Dibutuhkan kajian mendalam untuk menganalisis aspek hukum terkait keabsahan subkontrak, termasuk batasan-batasan yang diperbolehkan, mekanisme pengawasan, serta konsekuensi hukum atas pelanggaran ketentuan sub-kontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah.

B. Rumusan Masalah

Dari latar belakang yang saya paparkan sebelumnya, maka terdapat beberapa permasalahan yaitu:

1. Apa syarat keabsahan sub-kontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah?
2. Apa akibat hukum sub-kontrak terhadap para pihak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah?

C. Metode Penelitian

Tipe Penelitian adalah penelitian hukum yaitu penelitian yang mengkaji rumusan masalah yang terdapat dalam tulisan ini dengan meneliti peraturan perundang undangan yang berlaku

yang berkaitan dengan rumusan masalah juga pemecahannya. Dalam penelitian hukum ini pendekatan masalah yang digunakan adalah pendekatan peraturan perundang-undangan dan pendekatan konseptual. Pendekatan perundang-undangan diperlukan guna mengkaji lebih lanjut mengenai dasar hukum dan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum.¹

Pendekatan peraturan perundang-undangan dilakukan untuk mengkaji atau menelaah apakah pemutusan kontrak pada Pengadaan Barang/Jasa khususnya pekerjaan konstruksi berdasarkan sub kontrak telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan isu hukum. Pendekatan konseptual dilakukan untuk mengkaji atau menelaah isu hukum dalam penelitian ini berdasarkan pada pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum.² Penulis menggunakan pendekatan konseptual untuk membantu menyelesaikan isu hukum dengan menelaah pandangan dan doktrin yang berkembang dalam hukum kontrak khususnya kontrak Pengadaan Barang/Jasa.

Sumber bahan hukum primer yang akan dipakai dalam penulisan penelitian ini berupa sumber hukum perundang-undangan yaitu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah nomor 45 tahun 2013 tentang Tata Cara Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, dan Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Sumber hukum sekunder yang digunakan oleh penulis antara lain pendapat-pendapat para ahli hukum pengadaan barang/jasa pemerintah maupun hukum kontrak serta para sarjana-sarjana hukum yang dimuat dalam bentuk literatur, sumber-sumber berita yang memuat opini

¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, hlm. 93. (Peter Mahmud Marzuki II).

² Peter Mahmud Marzuki I, *Op.Cit.*, hlm. 177.

atau pendapat para ahli dalam media cetak, jurnal hukum maupun makalah ilmiah yang berkaitan dengan isu hukum yang diangkat oleh penulis dalam penyusunan penelitian ini. Teknik pengumpulan bahan hukum yang digunakan dalam penulisan penelitian ini adalah dengan melalui mencari bahan hukum yang terkait dengan permasalahan yang ada. Setelah memperoleh bahan hukum yang diperoleh, maka dilanjutkan dengan melakukan studi kepustakaan dengan cara mempelajari dan menganalisa sumber bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang berkaitan dengan rumusan masalah yang terdapat dalam penelitian ini. Analisa bahan hukum yang dilakukan dalam penulisan penelitian ini dengan cara mengklarifikasi dan menganalisa sumber bahan hukum yang telah dikumpulkan secara sistematis berdasarkan bab bab dan sub bab sesuai dengan rumusan masalah yang terdapat dalam penelitian ini agar dalam pembahasan penelitian ini bisa menjadi lebih mudah dipahami.

PEMBAHASAN

1. Syarat Keabsahan Sub-kontrak Dalam Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

Istilah kontrak berasal dari kata “*contract*” dalam bahasa Inggris, dalam bahasa Perancis “*contrat*” dan dalam bahasa Belanda “*overeenkomst*” sekalipun kadang-kadang juga digunakan istilah “*contract*”.³ Dalam aktivitas bisnis dimana para pihak atau pelaku bisnis dalam pertukaran kepentingan mereka, sebagian besar didasarkan atas perikatan yang bersumber dari suatu kontrak. Pengertian kontrak dalam literatur bahasa Indonesia sama dengan pengertian perjanjian. Istilah kontrak lebih menunjukkan pada nuansa bisnis atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk.⁴ Adapun Y. Sogar Simamora mengemukakan bahwa istilah perjanjian cakupannya lebih luas daripada kontrak,⁵ berbeda halnya dengan istilah kontrak yang lebih menunjukkan pada nuansa bisnis atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk. Sedangkan Agus Yudha Hernoko mengemukakan bahwa pengertian antara kontrak dengan perjanjian sama, hal ini disebabkan fokus kajian berlandaskan pada prespektif *Burgelijk Wetboek* (BW), dimana antara perjanjian atau persetujuan (*overeenkomst*) mempunyai pengertian yang sama dengan kontrak (*contract*).⁶ Beberapa orang sering pula terjebak dalam pemahaman bahwa perbedaan kontrak dan perjanjian ada pada bentuknya yakni kontrak berbentuk tertulis dan perjanjian berbentuk lisan.

³ Y. Sogar Simamora, *Op.Cit.*, hlm. 23.

⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Jurnal, Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika, Vol. 18 No. 3 Mei 2003, hlm. 196 (Peter Mahmud Marzuki III).

⁵ Y. Sogar Simamora, *Loc.Cit.*

⁶ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2010, hlm. 15.

Pemahaman demikian adalah keliru karena dalam kontrak juga dapat berbentuk lisan misalnya jual beli di pasar. Terlepas dari penggunaan istilah kontrak dan perjanjian, dalam penulisan ini menggunakan makna yang sama antara kontrak dan perjanjian sesuai dengan BW.

Definisi perjanjian telah diatur dalam Pasal 1313 BW yang menyebutkan bahwa suatu perjanjian adalah perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Dari definisi tersebut nampak bahwa esensi kontrak pada dasarnya adalah kewajiban, hal mana juga jelas dalam kata-kata Subekti, “perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal”. KRMT Tirtodiningrat memberikan definisi perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat diantara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat-akibat hukum yang dapat dipaksakan oleh undang-undang. Berdasarkan definisi-definisi tersebut maka dapat disimpulkan kontrak atau perjanjian adalah perbuatan hukum antara dua pihak atau lebih dimana masing-masing dituntut untuk melakukan prestasi sebagai konsekuensi dari kesepakatan para pihak yang membuat perjanjian tersebut.

Perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak dianggap sah oleh hukum dan mengikat para pihak ketika perjanjian tersebut telah memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan. Pasal 1320 BW telah menentukan 4 (empat) syarat sahnya suatu perjanjian, yaitu: kesepakatan para pihak yang mengikatkan dirinya dalam perjanjian, kecakapan para pihak untuk membuat perjanjian, suatu hal tertentu dan suatu sebab yang diperbolehkan. Berdasarkan doktrin ilmu hukum yang berkembang, keempat unsur tersebut digolongkan menjadi dua unsur yaitu unsur subyektif yang menyangkut mengenai subyek yang ada dalam perjanjian dan unsur obyektif yang menyangkut obyek perjanjian.

a. Kesepakatan

Syarat pertama yang harus dipenuhi dalam perjanjian adalah kesepakatan para pihak yang mengikatkan dirinya dalam perjanjian. Kesepakatan mengandung pengertian bahwa para pihak saling menyatakan kehendak masing-masing untuk menutup suatu perjanjian atau pernyataan pihak yang satu “cocok” atau bersesuaian dengan pernyataan pihak yang lain.⁷ Dalam BW tidak memberikan penjelasan tentang arti kata sepakat. Sudikno Mertokusumo mengemukakan bahwa kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya.

⁷ *Ibid.* hlm. 162 dikutip dari J. H. Niewenhuis, *Loc.Cit.*

Kesepakatan dalam perjanjian pada dasarnya adalah pertemuan atau persesuaian kehendak para pihak dalam perjanjian. Kesepakatan yang akan dicapai oleh para pihak harus bersifat bebas yang artinya kesepakatan tersebut berasal dari dalam diri para pihak sendiri atau atas kemauan dirinya sendiri tanpa ada paksaan dari pihak lain, tanpa adanya penipuan dan kekhilafan.

Suatu kesepakatan kehendak terhadap suatu kontrak dimulai dari adanya unsur penawaran (*offer*) oleh salah satu pihak diikuti oleh penerimaan penawaran (*acceptance*) dari pihak lainnya sehingga akhirnya terjadilah suatu kontrak.⁸ Penawaran tersebut berisikan kehendak dari salah satu pihak yang disampaikan kepada pihak lain untuk mendapatkan persetujuan dari pihak tersebut

b. Kecakapan

Syarat kedua yang harus dipenuhi dalam perjanjian adalah kecakapan para pihak untuk membuat perjanjian. Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum diartikan sebagai kemungkinan untuk melakukan perbuatan hukum secara mandiri yang mengikat diri sendiri tanpa dapat diganggu gugat.⁹ Kecakapan para pihak dalam kontrak diperlukan sebagai akibat dari pelaksanaan kontrak tersebut dan mempertanggungjawabkan setiap perbuatan hukum yang dilakukan. Pada dasarnya setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian apabila ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap melakukan perbuatan hukum.

Dalam Pasal 330 BW dijelaskan bahwa belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai usia 21 tahun. Dengan demikian BW telah mengatur mengenai standar usia kedewasaan seseorang berdasarkan ketentuan Pasal 330 BW jo. Pasal 1330 BW yaitu 21 tahun. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (untuk selanjutnya disebut UU Perkawinan) juga mengatur mengenai standar usia kedewasaan seseorang. Dalam Pasal 47 jo. 50 UU Perkawinan standar usia kedewasaan adalah 18 tahun. Dengan berlakunya UU Perkawinan maka ketentuan dalam BW khususnya mengenai kedewasaan yang diatur dalam Pasal 330 BW jo. Pasal 1330 BW tidak lagi dijadikan sebagai acuan dengan dasar penerapan asas hukum *lex posteriori derogate legi priori*. Usia dewasa yang berlaku secara umum yang berkaitan dengan kecakapan melakukan perbuatan hukum adalah 18 tahun. Hal ini dipertegas oleh Mahkamah Agung RI melalui petunjuk MA No. MA/Pemb/0807/75 dan Putusan MA No. 477K/Sip/1976, tanggal 13-1-1976.¹⁰ c. Suatu hal tertentu Syarat ketiga yang harus dipenuhi

⁸ Munir Fuady, *Hukum Kontrak*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015, hlm. 29. (Munir Fuady I).

⁹ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.* hlm. 183 dikutip dari J. H. Niewenhuis, *Op.Cit.*, hlm. 20.

¹⁰ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 188.

dalam perjanjian adalah suatu hal tertentu yang merupakan objek dalam perjanjian tersebut. Adapun yang dimaksud suatu hal tertentu atau objek tertentu (*een bepaald onderwerp*) dalam Pasal 1320 BW syarat ke-3, adalah prestasi yang menjadi pokok kontrak yang bersangkutan.¹¹ Objek yang terdapat dalam perjanjian tersebut sekurang-kurangnya dapat ditentukan jenisnya.

d. Suatu sebab yang diperbolehkan Syarat keempat yang harus dipenuhi dalam perjanjian adalah suatu sebab yang diperbolehkan. Wirjono Prodjodikoro mengemukakan bahwa pengertian sebab (kausa) sebagai maksud atau tujuan dari perjanjian.¹² Sedangkan Subekti menyatakan bahwa sebab adalah isi perjanjian itu sendiri, dengan demikian kausa merupakan prestasi dan kontra prestasi yang saling dipertukarkan oleh para pihak.¹³ Dalam BW tidak memberikan definisi mengenai sebab yang diperbolehkan, namun seiring dengan berkembangnya dinamika kehidupan masyarakat yang berdampak pada perkembangan perbuatan hukum yang dilakukan maka telah dikeluarkan putusan Mahkamah Agung No. 268K/Sip/1971¹⁴ tentang alasan atau kausa yang diperbolehkan (*een geoorloofde oorzaak*) berdasarkan Pasal 1320 BW yang dalam hal ini merupakan suatu tujuan bersama (*gezamenlijke doel*) dari kedua belah pihak atas dasar mana kemudian diadakan perjanjian dan bukan merupakan hal yang mengenai akibat pada waktu pelaksanaan perjanjian. Berdasarkan putusan tersebut bahwa sebab yang diperbolehkan merupakan tujuan dari perjanjian tersebut yang ingin dicapai oleh para pihak.

Suatu kontrak yang tidak memenuhi syarat-syarat tersebut sebagaimana telah ditentukan dalam Pasal 1320 BW, baik syarat subjektif maupun syarat objektif akan memunculkan akibat-akibat, sebagai berikut:

- a. “non-eksistensi”, apabila tidak ada kesepakatan maka tidak akan timbul kontrak;
- b. “vernietigbaar” atau dapat dibatalkan, apabila kontrak tersebut lahir karena adanya cacat kehendak (*wilsgbreke*) atau karena ketidakcakapan (*onbekwaamheid*) – (Pasal 1320 BW syarat 1 dan 2) berarti hal ini terkait dengan unsur subjektif, sehingga berakibat kontrak tersebut dapat dibatalkan; dan
- c. “nietig” atau batal demi hukum, apabila terdapat kontrak yang tidak memenuhi syarat objek tertentu atau tidak mempunyai causa atau causaya tidak diperbolehkan (Pasal 1320 BW syarat

¹¹ *Ibid*, hlm. 191.

¹² Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata*, Sumur, Bandung, 1992, hlm. 35.

¹³ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.* hlm. 194.

¹⁴ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Putra Abardin, Bandung, 1987, hlm. 147.

3 dan 4) berarti hal ini terkait dengan unsur subjektif, sehingga berakibat kontrak tersebut batal demi hukum.

Pengadaan barang/jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang atau jasa yang dilakukan oleh pemerintah dengan pihak swasta atau pihak penyedia barang/jasa maupun melalui swakelola yang dibiayai dengan dana yang bersumber dari APBN dan atau APBD. Pengadaan barang/jasa merupakan perbuatan hukum yang pada akhirnya melahirkan akibat hukum berupa hubungan kontraktual antara pemerintah atau pengguna barang/jasa dengan penyedia barang/jasa. Kerjasama yang dilakukan oleh pemerintah dengan penyedia barang/jasa dilakukan melalui kesepakatan yang dituangkan dalam bentuk perjanjian tertulis atau kontrak. Jenis kontrak yang dilakukan pemerintah termasuk kontrak pembelanjaan.

Organisasi pengadaan atau para pihak yang terlibat dalam pengadaan barang/jasa pemerintah telah diatur dalam Pasal 7 Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang terdiri atas Pengguna Anggaran (selanjutnya disebut PA)/Kuasa Pengguna Anggaran (selanjutnya disebut KPA), PPK, Unit Layanan Pengadaan (selanjutnya disebut ULP)/Pejabat pengadaan dan Panitia/Pejabat Penerima Hasil Pekerjaan. Masing-masing pihak tersebut mempunyai kewenangan tersendiri satu sama lain. Definisi PA sesuai Pasal 1 angka 5 Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah adalah pejabat pemegang kewenangan penggunaan anggaran Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah atau Pejabat yang disamakan pada Institusi Pengguna APBN/APBD. PA dalam melaksanakan kewenangannya dapat melimpahkan sebagian kewenangannya kepada KPA. Kewenangan yang dimiliki oleh KPA adalah sesuai dengan pelimpahan dari PA, dengan kata lain kewenangan KPA hanya sebatas pelimpahan kewenangan yang diberikan oleh PA saja. Hal tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 10 ayat (4) Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Pemerintah dalam kegiatan memenuhi kebutuhan barang dan jasa, melaksanakan kontrak pengadaan barang/jasa yang melibatkan penyedia barang/jasa. Penyedia barang/jasa ditentukan melalui proses pelelangan yang dilanjutkan dengan penandatanganan kontrak antara PPK dengan penyedia barang/jasa. Proses pengadaan/barang jasa melalui penyedia barang/jasa telah diatur dalam Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang secara garis besar dibagi menjadi tiga tahapan yaitu persiapan, pelaksanaan pemilihan penyedia serta penandatanganan dan pelaksanaan kontrak. Penyedia barang/jasa dalam melaksanakan pekerjaan diperbolehkan mengalihkan sebagian pekerjaan kepada pihak ketiga melalui subkontrak. Akan tetapi subkontrak tersebut tidak dapat semata-mata diadakan oleh penyedia barang/jasa dengan pihak ketiga tanpa

memenuhi beberapa syarat untuk menyusun subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah. Pentingnya suatu syarat keabsahan subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah karena pelaksanaan pengadaan melibatkan kepentingan umum dan dana yang diperoleh untuk pelaksanaan pengadaan adalah keuangan negara (APBN/APBD). Oleh karena itu penyedia barang/jasa yang telah memenuhi kualifikasi untuk melaksanakan pengadaan barang/jasa pemerintah jika ingin melakukan pengalihan pekerjaan kepada pihak ketiga melalui subkontrak harus memenuhi syarat keabsahan subkontrak. Selain beberapa syarat-syarat keabsahan perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 BW, ada beberapa syarat tambahan sebagai berikut:

Sesuai dengan ketentuan Pasal 87 ayat (3) Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, penyedia barang/jasa dilarang mengalihkan pelaksanaan pekerjaan utama berdasarkan kontrak dengan melakukan subkontrak dengan pihak lain. Alasan utama adanya ketentuan tersebut karena dalam pengadaan barang/jasa pemerintah keahlian dan kualitas penyedia barang/jasa merupakan salah satu syarat yang utama khususnya dalam pekerjaan konstruksi atau pekerjaan yang rumit yang membutuhkan keahlian khusus maka pengalihan pekerjaan utama pada subkontraktor akan beresiko dan berpotensi menimbulkan kerugian bagi negara. Subkontraktor dalam proses pemilihannya tidak melalui tahapan-tahapan seperti yang dilalui oleh penyedia barang/jasa, sehingga pengalihan pekerjaan utama kepada subkontraktor akan sangat beresiko. Dalam pelaksanaan pekerjaan, penyedia barang/jasa harus melaksanakan pekerjaan sesuai dengan kontrak yang telah ditandatangani dengan PPK. Penyedia barang/jasa yang telah ditunjuk sebagai pelaksana pekerjaan termasuk pekerjaan utama berdasarkan kontrak harus menjaga komitmennya dalam menyelesaikan pekerjaan utama tersebut. Sehingga ketika penyedia barang/jasa mengalihkan pekerjaan utama kepada subkontraktor melalui subkontrak maka penyedia barang/jasa tersebut dianggap tidak komitmen terhadap pekerjaannya. Pekerjaan utama dalam hal ini berarti pula bahwa bagian tersebut merupakan bagian terpenting dalam pengadaan barang/jasa pemerintah sehingga penyedia barang/jasa yang telah ditunjuk merupakan satu-satunya pihak yang kompeten untuk melaksanakan pekerjaan tersebut. Apabila pekerjaan utama tersebut dialihkan kepada pihak ketiga maka terdapat kemungkinan pemerintah akan dirugikan karena pihak ketiga belum tentu memahami keinginan pemerintah atau pihak ketiga memiliki kapasitas yang sama dengan penyedia barang/jasa untuk menyelesaikan pekerjaan utama.

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.

Sub-kontrak 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 tidak diperbolehkan untuk mengalihkan sebagian pekerjaan melalui subkontrak.

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 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.

PPK sesuai ketentuan Pasal 1 angka 7 Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah merupakan pejabat yang bertanggung jawab atas pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Sedangkan berdasarkan Peraturan Pemerintah nomor 45 tahun 2013 tentang Tata Cara Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, PPK adalah pejabat yang diberi kewenangan oleh PA/KPA untuk mengambil keputusan dan/atau melakukan tindakan yang dapat mengakibatkan pengeluaran anggaran belanja negara. PPK dalam hal ini mewakili instansi pemerintah dalam membuat kontrak atau perjanjian dengan pihak penyedia barang/jasa dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa.

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.

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.

Persetujuan PPK dalam subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan pihak ketiga pada prinsipnya akan ditolak oleh PPK karena adanya kekhawatiran akan digugat apabila terjadi sengketa antara subkontraktor dengan Penyedia barang/jasa pemerintah. Pemahaman demikian merupakan pemahaman yang keliru karena persetujuan PPK dalam subkontrak bukan sebagai bentuk pengikatan diri sebagai pihak dalam perjanjian. PPK juga tidak memiliki hak dan kewajiban dalam perjanjian subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Para pihak dalam perjanjian subkontrak tetap terbatas pada Penyedia barang/jasa pemerintah dengan subkontraktor sehingga PPK tidak akan digugat apabila timbul sengketa antara para pihak dalam perjanjian subkontrak.

Pada prinsipnya akibat hukum subkontrak yang melanggar syarat keabsahan subkontrak khususnya syarat subjektif dan objektif dalam pengadaan barang/jasa pemerintah sama dengan kontrak pada umumnya. Pelanggaran terhadap syarat subjektif akan berakibat pada dapat dibatalkannya perjanjian subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Adapun upaya pembatalan perjanjian subkontrak dapat dilakukan oleh Penyedia barang/jasa atau subkontraktor. Pembatalan perjanjian subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor tidak akan memberikan dampak apapun kepada pelaksanaan pengadaan barang/jasa kecuali adanya kemungkinan keterlambatan penyedia barang/jasa dalam memenuhi kewajibannya.

Pelanggaran pada syarat objektif pada dasarnya sama dengan pelanggaran syarat subjektif yakni tidak akan memberikan dampak apapun kepada pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Pelanggaran syarat objektif akan berakibat pada perjanjian subkontrak akan batal demi hukum. Perjanjian subkontrak yang batal demi hukum pada prinsipnya akan menimbulkan kerugian bagi subkontraktor apabila ia telah melakukan kewajibannya sebagaimana dimaksud dalam perjanjian. Dengan perkembangan saat ini khususnya objek perjanjian merupakan pengalihan sebagian pekerjaan pengadaan barang/jasa pemerintah maka sangat kecil kemungkinan syarat objektif perjanjian subkontrak tidak terpenuhi.

Mengenai syarat tambahan dalam perjanjian subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor akan memberikan akibat yang berbeda dengan pelanggaran terhadap syarat subjektif dan syarat objektif. Pelanggaran terhadap syarat tambahan tidak akan berdampak secara langsung kepada perjanjian subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor karena akibatnya secara langsung akan diterima oleh Penyedia barang/jasa pemerintah. Perjanjian subkontrak antara Penyedia barang/jasa dengan subkontraktor akan menerima akibat tidak

langsung dari pelanggaran syarat tambahan ini karena akan menimbulkan tidak dapat dilaksanakannya perjanjian sub-kontrak.

Akibat hukum atau sanksi pelanggaran terhadap syarat tambahan yang pertama yakni bukan pekerjaan utama pada dasarnya sudah ditentukan dalam Pasal 87 ayat (4) Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Berdasarkan ketentuan Pasal 87 ayat (4) Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, sanksi bagi Penyedia barang/jasa pemerintah yang melanggar larangan pengalihan pekerjaan utama adalah sanksi berupa denda yang bentuk dan besarnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana diatur dalam Dokumen Kontrak. Sanksi denda merupakan sanksi yang sangat ringan kepada Penyedia barang/jasa pemerintah yang mengalihkan pekerjaan utama. Penyedia barang/jasa pemerintah yang mengalihkan pekerjaan utama kepada subkontraktor merupakan bentuk pernyataan secara tidak langsung untuk melepaskan diri dari tanggungjawab untuk melaksanakan pengadaan barang/jasa sesuai dengan kontrak pengadaan.

Adanya pernyataan secara tidak langsung untuk melepaskan diri dari tanggungjawab untuk melaksanakan pengadaan barang/jasa sesuai dengan kontrak pengadaan merupakan suatu pelanggaran yang berat. Hal ini sama halnya dengan Penyedia barang/jasa yang mundur atau tidak bersedia untuk menandatangani kontrak setelah ditetapkan sebagai Penyedia barang/jasa pemerintah. Pekerjaan utama merupakan pekerjaan inti dari pengadaan barang/jasa pemerintah sehingga pengalihan pekerjaan utama akan dimungkinkan sebagai permainan terselubung dari Penyedia barang/jasa dengan pihak ketiga. Guna menghindari adanya persekongkolan antara sesama Penyedia barang/jasa pemerintah maka sanksi bagi Penyedia yang mengalihkan pekerjaan utama juga harus tegas. Dengan demikian, sanksi denda haruslah diganti menjadi sanksi pemutusan kontrak induk atau kontrak pengadaan. Pemutusan kontrak induk akang menghindarkan pemerintah dari adanya kemungkinan akan timbulnya kerugian keuangan Negara.

Pelanggaran syarat tambahan yakni adanya klausul subkontrak dan persetujuan PPK akan menimbulkan akibat hukum yang sama yakni pemutusan kontrak induk atau kontrak pengadaan. Pelanggaran terhadap syarat tambahan yakni adanya klausul subkontrak dan persetujuan PPK merupakan tindakan wanprestasi yang dilakukan oleh Penyedia barang/jasa. Pelanggaran terhadap kedua syarat tambahan tersebut juga sebagai bentuk ketidaktaatan Penyedia barang/jasa kepada PPK selaku pejabat yang bertanggung jawab dalam pelaksanaan pengadaan. Untuk menghindari timbulnya kerugian keuangan Negara maka dalam hal terdapat pelanggaran terhadap syarat tambahan yakni adanya klausul subkontrak dan persetujuan PPK maka sanksi pemutusan kontrak merupakan sanksi yang tepat untuk digunakan/diterapkan pada Penyedia barang/jasa.

Apabila syarat-syarat tambahan tersebut diatas telah diatur secara tegas dalam peraturan perundang-undangan maka akibat hukumnya akan berbeda. Pelanggaran terhadap syarat tambahan subkontrak apabila telah diatur dalam peraturan perundang-undangan adalah batal demi hukum. Mengenai pemutusan kontrak tetap sebagai konsekuensi hukum bagi penyedia barang/jasa yang mengalihkan pekerjaan melalui subkontrak yang batal demi hukum. Berdasarkan analisa tersebut diatas maka untuk saat ini akibat hukum pelanggaran syarat tambahan subkontrak adalah pemutusan kontrak pengadaan yang akan berdampak pada tidak dapat dilaksanakannya subkontrak.

2. Akibat Hukum Subkontrak Terhadap Para Pihak

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. 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.¹⁵

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

¹⁵ Y. Sogar Simamora, *Op.Cit.*, hlm. 257.

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.

Perjanjian subkontrak pada dasarnya juga memberikan keuntungan bagi subkontraktor karena PPK tidak dapat mengenakan sanksi terhadap dirinya apabila ia melakukan kesalahan. Tanggung jawab atas pelaksanaan pengadaan barang/jasa terhadap PPK tetap berada pada penyedia barang/jasa sekalipun terdapat subkontrak. Jika terdapat kelalaian yang dilakukan oleh subkontraktor selama pelaksanaan pekerjaan merupakan tanggung jawab penyedia barang/jasa. Atas pertimbangan inilah maka dalam subkontrak, kontraktor sedapat mungkin memberlakukan ketentuan *back to back* sehingga subkontraktor berada dalam keadaan lalai jika melanggar syarat dan ketentuan yang terdapat dalam kontrak pokoknya.¹⁶

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.¹⁷ Pendapat yang 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

¹⁶ *Ibid*, hlm. 260 dikutip dari John Uff, *Construction Law*, Sweet & Maxwell, London, 2002, hlm. 287.

¹⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada, Jakarta, 2008, hlm. 258. ¹⁹ Y. Sogar Simamora, *Op.Cit.*, hlm. 258.

kesalahan pada prinsipnya juga tidak dapat diajukan atau dimintai pertanggungjawaban atas kerugian yang telah timbul. 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. 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.¹⁹ 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. 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.

Daftar khusus dimaksud adalah daftar pihak-pihak subkontrak yang tidak mampu menyelesaikan pengalihan pekerjaan dari penyedia barang/jasa. Konsekuensi hukum bagi pihak yang masuk dalam daftar khusus adalah syarat untuk mengikuti pelelangan akan diperberat. Adapun alasan pentingnya subkontrak yang gagal melaksanakan pekerjaan yang dialihkan kepadanya adalah subkontraktor yang gagal melaksanakan pekerjaan penunjang dalam pengadaan barang/jasa pemerintah patut untuk dipertanyakan kemampuannya dalam melaksanakan pekerjaan yang lebih besar. Hal ini untuk menghindari adanya pelaksanaan pengadaan yang dapat menimbulkan kerugian keuangan negara.

Berdasarkan ketentuan Pasal 93 ayat (1) Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, PPK dapat dimungkinkan memutus kontrak secara sepihak apabila kebutuhan barang/jasa tidak dapat ditunda melebihi batas berakhirnya kontrak artinya barang/jasa yang dibutuhkan merupakan kebutuhan mendesak dan harus dipenuhi saat itu juga. Sebelum melakukan pemutusan kontrak, PPK biasanya akan memberikan kesempatan kepada penyedia barang/jasa untuk memenuhi kewajibannya. PPK dapat melakukan pemutusan kontrak dengan catatan berdasarkan penelitian

PPK, Penyedia Barang/Jasa tidak akan mampu menyelesaikan keseluruhan pekerjaan walaupun diberikan kesempatan sampai dengan 50 (lima puluh) hari kalender sejak masa berakhirnya pelaksanaan pekerjaan untuk menyelesaikan pekerjaan. Pemutusan kontrak dapat pula dilakukan apabila setelah diberikan kesempatan menyelesaikan pekerjaan sampai dengan 50 (lima puluh) hari kalender sejak masa berakhirnya pelaksanaan pekerjaan, Penyedia Barang/Jasa tidak dapat menyelesaikan pekerjaan.

Apabila dalam pelaksanaan pekerjaan terdapat subkontrak maka akibat dari pemutusan kontrak yang dilakukan PPK terhadap kontrak pengadaan barang/jasa akan berpengaruh terhadap subkontrak tersebut. Pekerjaan yang disubkontrakkan oleh penyedia barang/jasa kepada subkontraktor merupakan pekerjaan yang terdapat dalam kontrak pokok sehingga ketika dilakukan pemutusan kontrak terhadap kontrak pokok maka secara otomatis subkontrak tidak dapat dilaksanakan karena objek perjanjiannya sudah tidak ada.

Perjanjian yang sudah tidak dapat dilaksanakan akan melahirkan suatu kondisi pemutusan kontrak atau kontrak tersebut dengan sendirinya akan menjadi hapus. Adanya kewajiban-kewajiban hukum yang timbul karena adanya pemutusan kontrak menjadi tanggung jawab dari para pihak. Apabila subkontraktor telah terlanjut melaksanakan pekerjaan dan kesalahan yang menjadi alasan pemutusan kontrak dilakukan oleh penyedia barang/jasa atau sub-kontraktor lainnya maka subkontraktor yang dirugikan memiliki hak untuk mengajukan tuntutan hukum dan penyedia barang/jasa memiliki kewajiban untuk memberikan ganti rugi kepada sub-kontraktor yang dirugikan akibat pemutusan kontrak karena kesalahannya maupun kesalahan sub-kontraktor lainnya yang menjadi tanggung jawab dari penyedia barang/jasa.

Pemenuhan kewajiban penyedia barang/jasa terhadap subkontraktor yang mengalami kerugian karena kesalahannya maupun kesalahan subkontraktor lainnya yang menjadi tanggung jawab dari penyedia barang/jasa akan sangat sulit untuk direalisasikan karena pada penyedia barang/jasa juga akan mengalami kerugian yang lebih besar. Bahwa meskipun kerugian tersebut lahir karena adanya pemutusan kontrak yang dilakukan oleh PPK, sub-kontrak tetap tidak dapat mengajukan gugatan hukum kepada PPK. Pemutusan kontrak yang dilakukan oleh PPK merupakan suatu konsekuensi hukum akibat kesalahan dari penyedia barang/jasa yang berdampak kepada tidak dapat dilaksanakannya perjanjian subkontrak karena objek perjanjiannya sudah tidak ada dengan dilakukannya pemutusan kontrak.

Alasan prinsip dalam pemutusan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah adalah Penyedia Barang/Jasa lalai/cidera janji dalam melaksanakan kewajibannya dan tidak

memperbaiki kelalaiannya dalam jangka waktu yang telah ditetapkan. Alasan cidera janji atau wanprestasi merupakan alasan yang umum dilakukan dalam pemutusan kontrak. Berdasarkan ketentuan dalam BW, adanya cidera janji atau wanprestasi merupakan salah satu alasan untuk melakukan pemutusan kontrak secara sepihak. Penyedia barang/jasa dalam prakteknya tidak akan menerima begitu saja pemutusan kontrak atas dasar wanprestasi karena terjadinya wanprestasi oleh penyedia barang/jasa juga dikarenakan adanya kesalahan dari PPK.

Pemutusan kontrak dapat pula dilakukan apabila Penyedia Barang/Jasa terbukti melakukan KKN, kecurangan dan/atau pemalsuan dalam proses Pengadaan yang diputuskan oleh instansi yang berwenang. Adanya indikasi tindak pidana atau persekongkolan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan bentuk itikad buruk dari penyedia barang/jasa sehingga sudah seharusnya kontrak pengadaan barang/jasanya diputus. Pada prinsipnya, pemutusan kontrak atas dasar dugaan tindak pidana dan persekongkolan adalah untuk melindungi kepentingan Negara dan kepastian hukum dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Pemutusan kontrak pengadaan barang/jasa dilakukan apabila penyedia barang/jasa tidak memenuhi kewajibannya kepada PPK atau melakukan kelalaian selama pelaksanaan pekerjaan. Akibat hukum atas pemutusan kontrak merupakan hal yang sangat penting untuk diperhatikan karena terdapat kemungkinan beberapa pihak dapat dirugikan dengan adanya pemutusan kontrak tersebut.

PENUTUP

A. Simpulan

1. Terdapat 7 (tujuh) syarat keabsahan subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah yang diatur dalam Pasal 1320 BW dan syarat tambahan yaitu kesepakatan, kecakapan, suatu hal tertentu, suatu sebab yang diperbolehkan, bukan pekerjaan utama, terdapat klausul subkontrak dalam kontrak induk dan persetujuan PPK. Ketujuh syarat tersebut memiliki sifat kumulatif yang artinya harus dipenuhi seluruhnya. Berdasarkan penerapan asas *privity of contract*, hubungan hukum yang lahir dari subkontrak antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor adalah hubungan hukum antara penyedia barang/jasa dengan subkontraktor. Dengan memperhatikan hubungan hukum yang lahir dari subkontrak tersebut maka PPK tidak memiliki hubungan hukum dengan subkontraktor demikian dalam hal tuntutan hukum dimana PPK tidak memiliki hak untuk mengajukan tuntutan hukum kepada subkontraktor dan sebaliknya. Tanggung gugat atas pelaksanaan pekerjaan tersebut melekat pada penyedia barang/jasa.

2. Dalam Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah tidak diatur mengenai syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam membuat subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah sehingga perlu dilakukan perubahan Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dengan menambahkan syarat keabsahan subkontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Perlu ditambahkan kebijakan hukum mengenai adanya daftar khusus subkontrak yang gagal melaksanakan pekerjaan yang dialihkan.

B. Saran

Berikut adalah saran dari berbagai aspek untuk penyelesaian masalah :

1. Perbaikan kinerja di bidang : Regulasi, Pengawasan, Administratif.

1.1. Aspek Regulasi

- Pemerintah perlu melakukan revisi dan penyempurnaan regulasi terkait subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah dengan memberikan pengaturan yang lebih detail dan komprehensif.
- Perlu dirumuskan batasan-batasan yang lebih jelas mengenai pekerjaan yang dapat disubkontrakkan, termasuk kriteria dan persyaratan penyedia subkontrak.
- Harmonisasi peraturan terkait subkontrak antara regulasi pengadaan barang/jasa dengan peraturan terkait lainnya seperti UU Jasa Konstruksi.

1.2. Aspek Pengawasan

- Penguatan sistem pengawasan terhadap praktik subkontrak melalui peningkatan peran APIP (Aparat Pengawasan Intern Pemerintah) dan auditor independen.
- Implementasi sistem informasi terintegrasi untuk memantau dan mendeteksi praktik subkontrak yang tidak sesuai ketentuan.
- Peningkatan koordinasi antar lembaga pengawas untuk mencegah dan menindak pelanggaran ketentuan subkontrak.

1.3. Aspek Administratif

- Penyederhanaan prosedur administrasi terkait persetujuan subkontrak dengan tetap memperhatikan aspek kehati-hatian dan akuntabilitas.
- Standarisasi dokumen dan persyaratan subkontrak untuk memudahkan proses verifikasi dan evaluasi.
- Pengembangan database penyedia subkontrak yang terverifikasi untuk memudahkan proses seleksi.

2. Perbaikan kinerja di bidang : Sanksi/Penegakan Hukum, Pembinaan, Teknologi, Evaluasi dan Transparansi tender.

2.1. Aspek Sanksi dan Penegakan Hukum

- Penerapan sanksi yang lebih tegas terhadap pelanggaran ketentuan subkontrak, termasuk sanksi administratif dan pidana.
- Pembentukan mekanisme penyelesaian sengketa yang efektif untuk menangani permasalahan terkait subkontrak.
- Peningkatan koordinasi dengan aparat penegak hukum dalam penanganan kasus pelanggaran subkontrak.

2.2. Aspek Pembinaan

- Peningkatan kapasitas PPK dan Pokja Pemilihan dalam memahami dan mengevaluasi praktik subkontrak.
- Sosialisasi dan edukasi kepada penyedia jasa mengenai ketentuan dan batasan subkontrak yang diperbolehkan.
- Pembinaan terhadap usaha kecil yang berpotensi menjadi penyedia subkontrak.

2.3. Aspek Teknologi

- Pemanfaatan teknologi informasi dalam monitoring dan evaluasi pelaksanaan subkontrak.
- Pengembangan sistem early warning untuk mendeteksi potensi penyimpangan dalam praktik subkontrak.
- Integrasi data subkontrak dengan sistem pengadaan elektronik yang ada.

2.4. Aspek Evaluasi dan Perbaikan

- Evaluasi berkala terhadap efektivitas kebijakan dan regulasi terkait subkontrak.
- Penyusunan pedoman teknis yang lebih detail mengenai mekanisme subkontrak.
- Pengembangan sistem feedback untuk perbaikan berkelanjutan.

2.5. Aspek Transparansi

- Peningkatan keterbukaan informasi terkait praktik subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah.
- Publikasi daftar penyedia subkontrak yang telah terverifikasi.
- Pelibatan masyarakat dalam pengawasan pelaksanaan subkontrak.

Saran-saran di atas diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam meningkatkan ketertiban dan efektivitas pelaksanaan subkontrak dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, serta meminimalisir potensi penyimpangan yang dapat merugikan keuangan negara.

DAFTAR PUSTAKA

- Budiono, Harlien, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009.
- Collins, Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, London, 1999.
- Fuady, Munir, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- _____, *Hukum Kontrak*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015.
- Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2010.
- Marzuki, Peter Mahmud, Jurnal, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika, Vol. 18 No. 3 Mei 2003.
- _____, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta, 2005.
- _____, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada, Jakarta, 2008.
- _____, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011.
- Meliala, A. Qirom, *Pokok-pokok Hukum Perikatan Beserta Perkembangannya*, Liberty, Yogyakarta, 1985.
- Miru, Ahmad, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2014.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Asas-asas Hukum Perdata*, Sumur, Bandung, 1992.
- S., Salim H., *Perkembangan Hukum Kontrak Innoinaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003
- _____, *Hukum Kontrak Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Setiawan, R., *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Putra Abardin, Bandung, 1987.
- Simamora, Y. Sogar, *Hukum Kontrak “Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia”*, Laksbang Justitia, Surabaya, 2013.
- Subekti, R., *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, 1987.
- _____, *Aneka Perjanjian*, Cet. Kesebelas, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014.
- Sutedi, Adrian, *Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2014.

Tiefer, Charles, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1999.