

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengadaan barang jasa pemerintah

Pengadaan barang dan jasa pemerintah merupakan aktivitas yang sangat penting dalam mewujudkan pembangunan di Indonesia. Perkembangan pembangunan di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pengadaan barang dan jasa. Pemenuhan kebutuhan barang dan jasa merupakan bagian penting yang tidak dapat dipisahkan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Tersedianya barang dan jasa disamping merupakan bagian dari tugas dan tanggung jawab pemerintah dalam upaya memenuhi kebutuhan rakyat sekaligus kebutuhan pemerintah dalam menjalankan roda pemerintahan³⁹

Dalam Peraturan Presiden RI Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan bahwa pengadaan Barang/Jasa pemerintah yang selanjutnya disebut Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan Pengadaan Barang /Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah/ yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan. Dari definisi di atas dapat dipahami bahwa pengadaan dalam konteks organisasi pemerintah adalah kegiatan yang dilakukan dengan sumber pendanaan dari anggaran negara atau anggaran daerah untuk memperoleh Barang/Jasa untuk kepentingan organisasi Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah (K/L/PD) yang prosesnya dimulai dari identifikasi kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa. Pengadaan Barang/Jasa pada hakikatnya

³⁹ H, Purwosusilo, *Aspek Hukum Pengadaan Barang Dan Jasa*, Jakarta: Prenadamedia Group, 2014, hlm. 1.

merupakan upaya pihak pengguna untuk mendapatkan atau mewujudkan Barang/Jasa yang diinginkannya dengan menggunakan metode dan proses tertentu agar dicapai kesepakatan harga, waktu dan kesepakatan lainnya.⁴⁰ Agar esensi pengadaan Barang/Jasa tersebut dapat dilaksanakan sebaik-baiknya, maka kedua belah pihak yaitu pihak pengguna dan penyedia haruslah selalu berpatokan pada filosofi pengadaan Barang/Jasa, tunduk kepada etika dan norma pengadaan Barang/Jasa yang berlaku, mengikuti prinsip-prinsip, metode dan proses pengadaan Barang/Jasa yang baku.

Dalam Peraturan Presiden RI Nomor 16 Tahun 2018 dinyatakan bahwa ruang lingkup pedoman pelaksanaan pengadaan Barang/Jasa melalui penyedia meliputi:

- a. Persiapan pengadaan Barang/Jasa;
- b. Persiapan pemilihan penyedia;
- c. Pelaksanaan pemilihan penyedia melalui tender / seleksi;
- d. Pelaksanaan pemilihan penyedia selain tender/seleksi;
- e. Pelaksanaan Kontrak; Dan
- f. Serah Terima Hasil Pekerjaan.

Sedangkan prinsip dasar pelaksanaan pengadaan barang dan jasa menerapkan prinsip efisien, efektif, transparan, terbuka bersaing, adil dan akuntabel. Bahwa efisien artinya dengan menggunakan sumber daya yang optimal dapat diperoleh Barang/Jasa dalam jumlah, kualitas, waktu sebagaimana yang direncanakan. Prinsip

⁴⁰ Adrian Sutedi, *Aspek Hukum Pengadaan Barang/jasa dan Berbagai Permasalahannya*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010

efektif artinya pengadaan Barang/Jasa harus sesuai dengan kebutuhan yang telah ditetapkan dan dapat memberikan manfaat yang sebesar-besarnya sesuai dengan sasaran yang ditetapkan. Transparan artinya bahwa semua ketentuan dan informasi mengenai pengadaan barang dan jasa, termasuk syarat teknis administrasi pengadaan, tata cara evaluasi, hasil evaluasi, penetapan calon penyedia barang dan jasa, sifatnya terbuka bagi peserta penyedia barang dan jasa yang berminat serta bagi masyarakat luas umumnya. Serta terbuka artinya bahwa pengadaan barang dan jasa harus terbuka bagi penyedia barang dan jasa yang memenuhi persyaratan sesuai dengan aturan yang berlaku. Bersaing artinya pelaksanaan pengadaan barang dan jasa harus melalui persaingan yang sehat di antara penyedia barang dan jasa yang setara dan memenuhi syarat/ kriteria tertentu berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas dan transparan. Adil artinya memberikan perlakuan yang sama bagi semua calon penyedia barang dan jasa dan tidak mengarah untuk memberi keuntungan kepada pihak tertentu. Dan akuntabel artinya dapat mencapai sasaran baik fisik, keuangan maupun manfaat bagi kelancaran pelaksanaan tugas umum pemerintahan dan pelayanan masyarakat sesuai dengan prinsip - prinsip serta ketentuan yang berlaku dalam pengadaan barang dan jasa.

Bagi pemerintah, ketersediaan barang dan jasa pada setiap instansi pemerintah akan menjadi faktor penentu keberhasilan pelaksanaan tugas dan fungsi masing-

masing unit kerja. Tanpa sarana dan prasarana yang memadai tentu saja pelaksanaan tugas pemerintah akan terganggu dan tidak akan mencapai hasil yang maksimal.⁴¹

Dalam Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP) Nomor 9 tahun 2018 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Melalui penyedia bahwa metode / cara pemilihan pengadaan Barang/Jasa pemerintah secara umum dapat dilakukan dengan cara sebagai berikut:

- a. *E-purchasing* / pembelian secara elektronik / yaitu tata cara pembelian Barang/Jasa dilaksanakan untuk Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya melalui sistem katalog elektronik / yang sudah tercantum dalam katalog elektronik. Berdasarkan Peraturan Presiden RI Nomor 16 Tahun 2018 dalam pasal 50 ayat (5), bahwa pelaksanaan *E-purchasing* wajib dilakukan untuk Barang/Jasa yang menyangkut pemenuhan kebutuhan nasional dan/atau strategis yang ditetapkan oleh Menteri, Kepala Lembaga, atau Kepala Daerah. Oleh karena itu, untuk Barang/Jasa yang diluar kriteria pemenuhan kebutuhan nasional dan/atau strategis, pengadaan Barang/Jasanya tidak wajib dilakukan melalui metode *E-purchasing*.
- b. Pengadaan langsung, yaitu metode pemilihan penyedia barang atau jasa yang dilaksanakan untuk Barang/Jasa Lainnya dengan nilai di atas Rp. 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah) sampai dengan nilai paling banyak Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah); Jasa Konstruksi dengan nilai paling banyak Rp. 200.000.000,-

⁴¹ Abu Sopian, *Dasar-Dasar Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*, Jakarta: In Media, 2014

(dua ratus juta rupiah); Jasa Konsultansi dengan nilai paling banyak Rp. 100.000.000,- (seratus juta rupiah).

c. Penunjukan Langsung, yaitu metode pemilihan untuk mendapatkan Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Konsultansi/Jasa Lainnya dalam keadaan tertentu. Kriteria Penunjukan Langsung Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya meliputi:

1. Penyelenggaraan penyiapan kegiatan yang mendadak untuk menindaklanjuti komitmen internasional dan dihadiri oleh Presiden/Wakil Presiden;
2. Barang/Jasa yang bersifat rahasia untuk kepentingan Negara meliputi intelijen, perlindungan saksi, pengamanan Presiden dan Wakil Presiden, Mantan Presiden dan Mantan Wakil Presiden beserta keluarganya serta tamu negara setingkat kepala negara/kepala pemerintahan, atau Barang/Jasa lain bersifat rahasia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang - undangan;
3. Pekerjaan Konstruksi bangunan yang merupakan satu kesatuan sistem konstruksi dan satu kesatuan tanggung jawab atas resiko kegagalan bangunan yang secara keseluruhan tidak dapat direncanakan/diperhitungkan sebelumnya;
4. Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang hanya dapat disediakan oleh 1 (satu) pelaku usaha yang mampu;
5. Pengadaan dan penyaluran benih unggul yang meliputi benih padi, jagung, dan kedelai, serta pupuk yang meliputi Urea, NPK, dan ZA kepada petani

- dalam rangka menjamin ketersediaan benih dan pupuk secara tepat dan cepat untuk pelaksanaan peningkatan ketahanan pangan;
6. Pekerjaan prasarana, sarana, dan utilitas umum di lingkungan perumahan bagi masyarakat berpenghasilan rendah yang dilaksanakan oleh pengembang yang bersangkutan;
 7. Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang spesifik dan hanya dapat dilaksanakan oleh pemegang hak paten, atau pihak yang telah mendapat izin dari pemegang hak paten, atau pihak yang menjadi pemenang tender untuk mendapatkan izin dari pemerintah;
 8. Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang setelah dilakukan Tender ulang mengalami kegagalan.
- d. Tender Cepat adalah yaitu metode pemilihan penyedia barang atau jasa yang dilaksanakan dalam hal spesifikasi dan volume pekerjaannya sudah dapat ditentukan secara rinci, dan pelaku usaha telah terqualifikasi dalam Sistem Informasi Kinerja Penyedia Barang/Jasa (SIKaP). Dalam pelaksanaan pemilihan melalui tender cepat peserta telah terqualifikasi dalam sistem informasi kinerja penyedia dan peserta hanya memasukkan penawaran harga; evaluasi penawaran harga dilakukan melalui aplikasi; dan penetapan pemenang berdasarkan harga penawaran terendah.
- e. Tender adalah metode pemilihan penyedia barang atau jasa untuk mendapatkan Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang dilaksanakan dalam hal

tidak dapat menggunakan E-purchasing, Pengadaan Langsung, Penunjukan Langsung dan Tender Cepat.

B. Prosedur pengaturan pengadaan barang/ jasa pemerintah,

Pengadaan Barang/Jasa pemerintah dilakukan dengan mengacu pada sejumlah peraturan dan kebijakan. Dasar hukum dan ketentuan/peraturan pengadaan Barang/Jasa dapat dikelompokkan menjadi dua bagian yaitu dasar hukum utama dan dasar hukum terkait.⁴² Adapun penjabaran dari dasar hukum tersebut adalah sebagai berikut:

1. Dasar Hukum Utama

Dasar hukum utama yang digunakan sebagai dasar pelaksanaan pengadaan Barang/Jasa pemerintah adalah :

- a. Pasal 4 ayat (1) Undang - undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- b. Undang - undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 5, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4355)
- c. Undang - undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601)
- d. Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2000 Nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3956).
- e. Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 20, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4609). Sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 78, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4855).
- f. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 106 Tahun 2007 tentang Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- g. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 16 tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah .

⁴² LKPP, *Pengantar Pengadaan Barang dan Jasa di Indonesia* dalam Modul Pelatihan Pengadaan Barang dan Jasa, Modul 1, (2010)

- h. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 12 tahun 2021 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
 - i. Peraturan Menteri Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat Nomor 14 Tahun 2020 tentang Standar dan Pedoman Pengadaan Jasa Konstruksi Melalui Penyedia;.
 - j. Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 9 Tahun 2018 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Melalui Penyedia
2. Dasar Hukum Terkait

Sedangkan dasar hukum yang terkait dengan pelaksanaan pengadaan Barang/Jasa pemerintah adalah sebagai berikut:

- a. Undang - undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- b. Undang - undang Republik Indonesia Nomor 28 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.
- c. Undang - undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara.
- d. Undang - undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah.
- e. Undang - undang Republik Indonesia Nomor 02 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi
- f. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2010 tentang perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 2000 tentang Usaha dan Peran Masyarakat Jasa Konstruksi.

Saat ini pengadaan Barang/Jasa pemerintah semakin didorong untuk memberikan *value for money* dengan tidak lagi mengejar Barang/Jasa dengan harga termurah. Salah satu caranya adalah dengan membangun *government e-marketplace*.⁴³ Disisi lain, kebutuhan sumber daya manusia sebagai pengelola pengadaan dan unit yang menangani pengadaan Barang/Jasa pemerintah secara professional semakin tidak terelakan. Pengelola pengadaan diharuskan memiliki kompetensi khusus dalam bidang pengadaan melalui pembentukan jabatan fungsional

⁴³ <https://jdih.lkpp.go.id/news/14/siaran-pers-peraturan-presiden-nomor-16-tahun-2018-tentang-pengadaan-barangjasa-pemerintah>

pengelola pengadaan Barang/Jasa. Mereka bekerja secara penuh waktu dalam sebuah unit kerja pengadaan barang jasa (UKPBJ) yang memiliki fungsi lengkap dan menyeluruh. Unit ini merupakan gabungan fungsi unit layanan pengadaan (ULP) serta layanan pengadaan secara elektronik (LPSE) dengan fungsi pendukung lainnya

C. Aspek hukum pengadaan Barang/Jasa pemerintah

Ada beberapa aspek hukum yang terlibat dalam kegiatan pengadaan Barang/Jasa pemerintah.

1. Tahap persiapan

Tahap ini merupakan ruang lingkup Hukum Administrasi Negara, Pengguna Anggaran / Kuasa Pengguna Anggaran (KPA) yang mempunyai kewenangan penuh berkaitan dalam tahap persiapan ini. Sumber kewenangan KPA diperoleh melalui *atribusi* dengan jenis *delegated legislator*.

Dalam hal ini, Presiden berdasarkan Undang - Undang No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, Undang - Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, dan Peraturan Presiden Republik Indonesia No. 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, menciptakan wewenang-wewenang pemerintahan pada badan atau jabatan tata usaha negara. Berdasarkan RUP, Pengguna Anggaran / Kuasa Pengguna Anggaran (KPA) menetapkan kebijakan umum tentang pemaketan pekerjaan, pengadaan Barang/Jasa, dan pengorganisasian pengadaan Barang/Jasa. Kebijakan umum tersebut termasuk pada ruang lingkup *fries ermessen*. Menurut Ridwan, *fries ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan

untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu.⁴⁴ Sebagaimana istilah yang umum digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *fries ermessen (diskresionare)* diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada Undang - undang.

2. Tahap penentuan Penyedia Barang/Jasa

Organisasi yang menentukan Penyedia Barang/Jasa adalah Pokja Pemilihan / Pejabat Pengadaan. Setelah Pokja Pemilihan / Pejabat Pengadaan menyusun rencana pemilihan Penyedia Barang/Jasa, ditetapkan dokumen pemilihan untuk selanjutnya diumumkan melalui LPSE dalam Portal Pengadaan Nasional. Langkah berikutnya adalah menetapkan Penyedia Barang/Jasa yang memasukkan penawaran untuk dijadikan pelaksana pengadaan Barang/Jasa. Sama halnya dengan KPA, Pokja Pemilihan / Pejabat Pengadaan bersumber dari *atribusi jenis delegated legislator*. Oleh karena itu, sebagai konsekuensinya Pokja Pemilihan / Pejabat Pengadaan harus tunduk dan patuh pada ketentuan Peraturan Presiden RI No. 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Sebagai organisasi yang berwenang pada proses pengadaan Barang/Jasa Pokja Pemilihan / Pejabat Pengadaan harus membuat laporan pertanggungjawaban atas seluruh kegiatan pada proses pengadaan Barang/Jasa kemudian diserahkan kepada PA/ KPA. Tahap ini sepenuhnya menjadi ruang lingkup Hukum Administrasi Negara karena Pokja Pemilihan / Pejabat Pengadaan, atas dasar

⁴⁴ Ridwan HR , Op.Cit. hlm 229

amanat peraturan perundang-undangan, mempunyai kewenangan dalam hal menetapkan Penyedia Barang/Jasa.

3. Tahap penandatanganan kontrak

Pada tahap ini, penyedia Barang/Jasa yang terpilih untuk melaksanakan pekerjaan menandatangani kontrak dengan Pejabat Pembuat Komitmen / PPK. Kontrak ini menjadi dasar perikatan dalam kegiatan pengadaan Barang/Jasa. Menurut KUHPperdata, buku III tentang Perikatan, disebutkan bahwa perikatan dapat lahir karena Undang - undang atau perjanjian. Setiap perjanjian atau kontrak yang dibuat dapat dikatakan sah apabila memenuhi syarat sah perjanjian seperti yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPperdata. Syarat sah tersebut adalah:

a. Adanya kesepakatan di antara para pihak

Kesepakatan yang dimaksud adalah antara PPK dengan penyedia Barang/Jasa dengan sadar tanpa adanya paksaan atau penipuan akan melaksanakan perjanjian. Hal ini dapat dibuktikan dari keikutsertaan penyedia Barang/Jasa dalam pelelangan atau tender yang menunjukkan adanya itikad baik untuk mengikuti semua tahapan / kegiatan pengadaan Barang/Jasa pemerintah.

b. Adanya kecakapan di hadapan hukum

Cakap di hadapan hukum menunjukkan bahwa sebagai subjek hukum, PPK dan penyedia Barang/Jasa mampu dan berwenang memenuhi syarat untuk melakukan perbuatan hukum.

c. Adanya suatu hal tertentu

Dalam kegiatan pengadaan Barang/Jasa, pemerintah yang menjadi objek perjanjian sudah jelas sejak awal. Dengan dilakukannya pengadaan Barang/Jasa, PPK mengumumkan kebutuhan Barang/Jasa yang akan digunakan oleh pengguna. Jadi, dalam kontrak pengadaan Barang/Jasa ini, objek atau yang menjadi perikatan adanya kontrak sangat jelas dan sangat terukur.

d. Adanya sebab yang halal.

Kontrak pengadaan Barang/Jasa yang dibuat tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan norma-norma yang berlaku di masyarakat.

4. Tahap serah terima pekerjaan/berakhirnya kontrak

Kontrak pengadaan Barang/Jasa bersifat perjanjian timbal balik, artinya hak pada satu pihak merupakan kewajiban pihak lain, begitu pula sebaliknya. Hak dan kewajiban para pihak merupakan hak-hak yang dimiliki serta kewajiban yang harus dilaksanakan baik oleh pengguna Barang/Jasa maupun penyedia Barang/Jasa dalam melaksanakan kontrak. Penyedia Barang/Jasa berkewajiban melaksanakan pekerjaan sesuai dengan kontrak yang telah ditandatangani. Pengguna Barang/Jasa berhak menerima pekerjaan yang telah selesai dari penyedia Barang/Jasa. Berkaitan dengan haknya, penyedia barang /jasa berhak atas sejumlah pembayaran yang tertera didalam kontrak setelah pekerjaan selesai. Adapun PPK berkewajiban membayar pekerjaan kepada penyedia Barang/Jasa dapat pula terjadi suatu kondisi penyedia Barang/Jasa tidak dapat memenuhi kontrak. Apabila terdapat unsur kelalaian dari

pihak penyedia Barang/Jasa berupa tidak terpenuhinya kontrak pengadaan, keadaan ini dapat dikategorikan telah terjadi wanprestasi. Terdapat unsur perbuatan melawan hukum seperti yang diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdara dari penyedia Barang/Jasa yang tidak memenuhi kontrak sesuai dengan kesepakatan sebelumnya.

Hubungan hukum dalam pengadaan Barang/Jasa pemerintah, terbagi kepada:

1. Hukum Administrasi Negara mengatur hubungan hukum antara penyedia dan pengguna pada proses persiapan sampai dengan proses penerbitan surat penetapan penyedia Barang/Jasa. Hubungan hukum antara pengguna dengan penyedia Barang/Jasa terjadi pada proses persiapan pengadaan sampai dengan proses penerbitan surat penetapan penyedia Barang/Jasa instansi pemerintah merupakan hubungan Hukum Administrasi Negara (HAN) atau Tata Usaha Negara (TUN). Dalam proses ini, pengguna Barang/Jasa instansi pemerintah (Pengguna Anggaran/Kuasa Pengguna Anggaran bertindak sebagai pejabat negara/daerah bukan mewakili negara/daerah sebagai individu/pribadi. Semua keputusan yang dikeluarkan pada proses ini merupakan keputusan pejabat negara/daerah atau publik. Karena keputusan pengguna Barang/Jasa instansi pemerintah merupakan keputusan pejabat negara/daerah, maka apabila ada pihak yang dirugikan (penyedia Barang/Jasa, atau masyarakat) akibat dikeluarkannya keputusan tersebut dapat mengajukan gugatan pembatalan secara tertulis atas keputusan tersebut melalui Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi atau rehabilitasi.

2. Hukum perdata mengatur hubungan hukum antara penyedia dan pengguna Barang/Jasa sejak penandatanganan kontrak sampai dengan berakhirnya kontrak pengadaan Barang/Jasa. Hubungan hukum antara pengguna dengan penyedia yang terjadi pada proses penandatanganan kontrak pengadaan Barang/Jasa sampai dengan proses berakhirnya kontrak merupakan hubungan hukum perdata khususnya hubungan kontraktual. Dalam proses ini pengguna Barang/Jasa adalah negara yang diwakili oleh PA/KPA/ PPK/Pokja Pemilihan sebagai individu/pribadi. Sedangkan penyedia Barang/Jasa adalah orang atau badan hukum (privat). Dalam Kitab Undang - undang Hukum Perdata (KUH Perdata) pada Buku III tentang Perikatan, dimana disebutkan bahwa perikatan dapat lahir karena Undang - undang atau perjanjian. Perjanjian dalam pengadaan Barang/Jasa adalah suatu persetujuan dengan mana pihak yang menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak lain dengan penerima suatu harga tertentu. Perjanjian merupakan dasar pelaksanaan kegiatan. Perjanjian menurut R. Subekti adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melakukan sesuatu hal .⁴⁵
3. Hukum pidana mengatur hubungan hukum antara penyedia dan pengguna sejak tahap persiapan pengadaan sampai dengan selesainya kontrak pengadaan Barang/Jasa. Hubungan hukum antara pengguna dengan penyedia yang terjadi pada tahap persiapan pengadaan sampai dengan selesainya kontrak merupakan hubungan hukum pidana. Hukum pidana (*the criminal law*) karena mengatur

⁴⁵ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa. Jakarta, 2002.Hal. 4

mengenai tindakan-tindakan terhadap kejahatan-kejahatan dan hal-hal yang bersangkutan paut dengan kejahatan perilaku anggota masyarakat dalam pergaulan hidup. Aspek hukum pidana dalam proses pengadaan Barang/Jasa bahwa hukum pidana diterapkan kalau sudah ada pelanggaran pidana yang dilakukan oleh pihak pengguna Barang/Jasa maupun pihak penyedia Barang/Jasa dalam proses pengadaan Barang/Jasa. Hal ini sesuai dengan asas-asas hukum *geen straf zonder schuld*, tiada hukuman tanpa kesalahan. Tindak pidana dalam pengadaan Barang/Jasa titik rawan terjadinya penyimpangan seperti pada tahap perencanaan pengadaan adanya indikasi penggelembungan anggaran atau *mark-up*, rencana pengadaan yang diarahkan, rekayasa pemaketan untuk KKN, penentuan jadual pengadaan yang tidak realistis. Selain itu, titik rawan tindak pidana tersebut di atas bisa juga terjadi pada tahap pembentukan pokja pemilihan, tahap prakualifikasi perusahaan, penyusunan dokumen lelang, tahap pengumuman lelang, tahap pengumuman calon pemenang, tahap sanggahan peserta lelang, tahap penunjukan pemenang lelang, penandatanganan kontrak dan penyerahan Barang/Jasa yang tidak memenuhi syarat dan bermutu rendah.

Bidang hukum yang mengatur hubungan hukum antara pejabat negara dan masyarakat yang merupakan Hukum Administrasi Negara atau Tata Usaha Negara, dimana apabila terjadi kesalahan administrasi bisa membuat pejabat harus bolak-balik berurusan dengan polisi atau kejaksaan (peradilan pidana), bahkan tidak sedikit yang harus berakhir di penjara. Demikian halnya pada bidang hukum perdata, yang mengatur hubungan hukum antara subjek hukum (pengguna Barang/Jasa) dengan

subjek hukum lainnya, (penyedia Barang/Jasa) terjadi wanprestasi, atau seorang debitur (penyedia Barang/Jasa) cedera janji atau lalai untuk memenuhi kewajibannya, sehingga terdapat unsur perbuatan melanggar hukum yang mengakibatkan kerugian bagi negara.⁴⁶

D. Wewenang pelaku pengadaan barang/ jasa pemerintah

Pengadaan Barang/Jasa pemerintah tentunya harus dilakukan secara kredibel yaitu melalui pengaturan yang baik, tidak berpihak terhadap pihak-pihak tertentu, serta pengadaan yang kredibel juga dapat mencegah adanya persaingan usaha yang tidak sehat di kalangan pelaku usaha dan mengandung unsur unsur pencegahan Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme antara aparat pemerintah dengan pelaku usaha. Pengadaan Barang/Jasa yang kredibel ini pun dapat memberikan keyakinan bagi salah satunya kalangan pelaku usaha, karena dianggap:⁴⁷

1. Pengadaan dilakukan dengan proses yang tepat, oleh pegawai yang memang ahli sesuai kualifikasi yang ditentukan;
2. Pengadaan berhasil mendapatkan Barang/Jasa yang benar dari penyedia yang benar yang memiliki kualifikasi dalam menyediakan Barang/Jasa sesuai kualitas yang diharapkan;
3. Pengadaan dilakukan pada harga yang tepat guna terciptanya mekanisme persaingan sempurna untuk menghasilkan transaksi pada tingkat harga yang wajar

Teori kewenangan berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *authority of theory*, istilah yang digunakan dalam bahasa Belanda, yaitu *theorie van het gezag*, sedangkan dalam bahasa Jermannya, yaitu *theorie der auutoritat*. H.D.Stoud, seperti dikutip Ridwan HR, menyajikan pengertian kewenangan adalah keseluruhan aturan-

⁴⁶ Abu Saman Lubis, *Op.Cit*, hlm. 5

⁴⁷ Beridiansyah, 2017, “*Analisis Yuridis Terhadap Pengadaan Barang dan Jasa Guna Mencegah Korupsi*”, *Jurnal Integritas*, Vol. 3, No. 2, h. 86,

aturan yang berkenan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik di dalam hubungan hukum publik.⁴⁸

Menurut Ateng Syafrudin ada perbedaan antara pengertian kewenangan dan wewenang. Kewenangan adalah apa yang disebut dengan kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh Undang - undang, sedangkan wewenang hanya mengenai suatu bagian tertentu saja dari kewenangan. Di dalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang. Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah, tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang - undangan.⁴⁹

Wewenang merupakan bagian yang penting dalam Hukum Administrasi Negara. Wewenang dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai hak atau kekuasaan untuk bertindak.⁵⁰ Menurut S.F Marbun, wewenang mengandung arti kemampuan untuk melakukan suatu tindakan hukum publik atau secara yuridis adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh Undang - undang yang berlaku untuk melakukan hubungan hukum.⁵¹ Sedangkan kewenangan (*authority*) adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap golongan orang tertentu maupun kekuasaan terhadap suatu pemerintahan tertentu secara bulat yang berasal dari kekuasaan legislative maupun kekuasaan pemerintah H.D.Van Wijk dan Willem

⁴⁸ Ridwan HR, Op. Cit, hlm.110

⁴⁹ Ateng Syafrudin, *Menuju Penyelenggaraan Pemerintahan Negara yang Bersih dan Bertanggung jawab, Jurnal Pro Justisia Edisi IV*, Universitas Parahyangan, Bandung, 2000, hlm.22

⁵⁰ Pusat bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2005, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Jakarta, 2005, hlm.1272

⁵¹ SF Marbun, Op. Cit , hlm.154

Konijnenbelt berpendapat cara memperoleh kewenangan pemerintahan diklasifikasi dalam 3 (tiga) cara yakni: ⁵²

1. *Attributie* atau atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat Undang - undang kepada organ pemerintahan;
2. *Delegatie* atau delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya; dan
3. *Mandaat* atau mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya.

Berdasarkan pandangan tersebut diatas, Atribusi merupakan wewenang untuk membuat keputusan (*besluit*) yang langsung bersumber pada undang undang. Atribusi juga dikatakan sebagai cara normal untuk memperoleh wewenang pemerintahan. Kewenangan yang didapat melalui atribusi oleh organ pemerintah adalah kewenangan asli, karena kewenangan tersebut diperoleh langsung dari peraturan perundang - undangan. Delegasi diartikan sebagai penyerahan wewenang untuk membuat keputusan oleh pejabat pemerintah kepada pihak lain, artinya ada pemindahan tanggung jawab dari yang memberi delegasi (*delegans*) kepada yang menerima delegasi (*delegetaris*). Mandat diartikan suatu pelimpahan wewenang kepada bawahan. Penerima mandat (*mandataris*) hanya bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat (*mandans*), tanggung jawab akhir keputusan yang diambil mandataris tetap berada pada *mandataris*.

Indroharto mengemukakan, bahwa wewenang diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat, yang masing-masing dijelaskan sebagai berikut : Wewenang yang diperoleh secara atribusi, yaitu pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Disini dilahirkan/diciptakan suatu wewenang pemerintah yang baru. Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau Jabatan TUN

⁵² SF Marbun, Op. Cit , hlm.154

yang telah memperoleh suatu wewenang pemerintahan secara atributif kepada Badan atau Jabatan TUN lainnya. Jadi, suatu delegasi selalu didahului oleh adanya sesuatu atribusi wewenang. Pada mandat, disitu tidak terjadi suatu pemberian wewenang baru maupun pelimpahan wewenang dari Badan atau Jabatan TUN yang satu kepada yang lain.⁵³

Tanpa membedakan secara teknis mengenai istilah wewenang dan kewenangan, Indroharto berpendapat dalam arti yuridis pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum⁵⁴

Dalam Hukum Administrasi Negara dengan istilah wewenang, karena sebenarnya wewenang sekaligus menjadi batasan kekuasaan untuk berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu. Secara umum wewenang dalam Hukum Administrasi Negara adalah kekuasaan menggunakan sumber daya untuk mencapai tujuan organisasi dan secara umum tugas didefinisikan sebagai kewajiban atau suatu pekerjaan yang harus dikerjakan seseorang dalam pekerjaannya *Bevoegdheid* dalam istilah Hukum Belanda, Phillipus M. Hadjon memberikan catatan berkaitan dengan penggunaan istilah wewenang dan *bevoegdheid*. Istilah *bevoegdheid* digunakan dalam konsep hukum privat dan hukum publik, sedangkan wewenang selalu digunakan dalam konsep hukum publik. Menurut G.R.Terry, wewenang dalam Hukum Administrasi Negara adalah kekuasaan resmi dan kekuasaan pejabat untuk menyuruh pihak lain supaya bertindak dan taat kepada pihak yang memiliki wewenang itu. Menurut R.C.Davis dalam bukunya, *Fundamentals of Management: Authority* / wewenang dalam Hukum Administrasi Negara adalah hak yang cukup, yang memungkinkan seseorang dapat menyelesaikan suatu tugas / kewajiban tertentu.⁵⁵

Jadi, wewenang adalah dasar untuk bertindak, berbuat dan melakukan kegiatan / aktivitas organisasi. Tanpa wewenang orang-orang tidak dapat berbuat apa-apa.

⁵³ Indroharto, Op.cit hlm. 90

⁵⁴ Indroharto, Op.cit hlm 38

⁵⁵ Marbun, Moh. Mahfud MD, SF. 2009. *Wewenang dalam hukum administrasi negara*. Jakarta : Airlangga.

Wewenang sebagai konsep hukum publik sekurang-kurangnya terdiri dari tiga komponen, yaitu pengaruh, dasar hukum dan konformitas hukum⁵⁶.

1. Komponen pengaruh adalah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum.
2. Komponen dasar hukum bahwa wewenang itu selalu dapat ditunjukkan dasar hukumnya
3. Komponen konformitas mengandung makna adanya standarwewenang yaitu standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu)

Sejalan dengan pilar utama Negara hukum yaitu asas legalitas (*legaliteits beginselen* atau *wetmatigheid van bestuur*), atas dasar prinsip tersebut bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan. Dalam kepustakaan Hukum Administrasi terdapat dua cara untuk memperoleh wewenang pemerintah yaitu: atribusi dan delegasi, kadang-kadang juga, mandat, ditempatkan sebagai cara tersendiri untuk memperoleh wewenang.⁵⁷

Demikian juga pada setiap perbuatan pemerintah diisyaratkan harus bertumpu pada kewenangan yang sah. Tanpa adanya kewenangan yang sah, seorang pejabat atau badan tata usaha negara tidak dapat melaksanakan suatu perbuatan pemerintah. Kewenangan yang sah merupakan atribut bagi setiap pejabat atau bagi setiap badan. Kewenangan yang sah bila ditinjau dari sumber darimana kewenangan itu lahir atau diperoleh, maka terdapat tiga kategori kewenangan, yaitu Atribusi, Delegatif dan Mandat, yang dapat dijelaskan sebagai berikut:⁵⁸

1. Kewenangan Atribusi

⁵⁶ Nur Basuki Winarno, *Penyalahgunaan Wewenang dan Tindak Pidana Korupsi*, laksana mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm. 66

⁵⁷ Ibid , hlm .70

⁵⁸ Ibid , hlm 70-75

Kewenangan atribut biasanya digariskan atau berasal dari adanya pembagian kekuasaan oleh Peraturan Perundang-undangan. Dalam pelaksanaan kewenangan atributif ini pelaksanaannya dilakukan sendiri oleh pejabat atau badan yang tertera dalam peraturan dasarnya. Terhadap kewenangan atributif mengenai tanggung jawab dan tanggung gugat berada pada pejabat atau badan sebagaimana tertera dalam peraturan dasarnya

2. Kewenangan Delegatif

Kewenangan Delegatif bersumber dari pelimpahan suatu organ pemerintahan kepada organ lain dengan dasar peraturan Perundang - undangan. Dalam hal kewenangan delegatif tanggung jawab dan tanggung gugat beralih kepada yang diberi wewenang tersebut dan beralih pada delegataris.

3. Kewenangan Mandat

Kewenangan Mandat merupakan kewenangan yang bersumber dari proses atau prosedur pelimpahan dari pejabat atau badan yang lebih tinggi kepada pejabat atau badan yang lebih rendah. Kewenangan mandat terdapat dalam hubungan rutin atasan dan bawahan, kecuali bila dilarang secara tegas. Brouwer berpendapat pada atribusi, kewenangan diberikan kepada suatu badan administrasi oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan putusan kewenangan sebelumnya dan memberikannya kepada yang berkompeten. Delegasi ditransfer dari kewenangan atribusi dari suatu badan administrasi yang satu kepada yang lainnya, sehingga delegator/ delegans (badan yang telah memberikan kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya. Pada mandat tidak terdapat suatu transfer kewenangan, tetapi pemberi mandat (mandans) memberikan kewenangan kepada badan lain (mandataris) untuk membuat suatu keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya. Ada perbedaan yang mendasar yang lain antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang siap ditransfer, tidak demikian dengan delegasi. Dalam kaitan dengan asas legalitas kewenangan tidak dengan didelegasikan secara besar-besaran, akan tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi. Konsep kewenangan dalam hukum administrasi Negara berkaitan dengan asas legalitas, dimana asas ini merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan sebagai bahan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintah dan kenegaraan disetiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum yang menganut system hukum Eropa Kontinental. Asas ini dinamakan juga kekuasaan undang - undang (*de heerschappij van de wet*).⁵⁹

⁵⁹ Eny Kusdarini, *Dasar-Dasar Hukum Administrasi Negara Dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik*, UNY Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 89

Asas ini dikenal juga didalam hukum pidana (*nullum delictum sine previa lege poenale*) yang berarti tidak ada hukuman tanpa undang -undang).⁶⁰

Didalam Hukum Administrasi Negara asas legalitas ini mempunyai makna *dat het bestuur aan wet is onderworpen*, yakni bahwa pemerintah tunduk kepada undang - undang. Asas ini merupakan sebuah prinsip dalam Negara hukum.

E. Aspek perbuatan melawan hukum dalam administrasi pemerintahan

Kaidah hukum yang berlaku di negeri Belanda akan berlaku juga di negara jajahannya, berdasarkan asas konkordansi membuat perkembangan hukum dalam sejarah Indonesia sangat terpengaruh oleh perkembangan hukum di Belanda termasuk di dalamnya yaitu mengenai perbuatan melawan hukum.⁶¹

Terdapat dua aliran dimana pengartian dari perbuatan melawan hukum itu sendiri berbeda, yaitu sebelum tahun 1919 dan setelah tahun 1919.

Dahulu pengadilan menafsirkan melawan hukum sebagai hanya pelanggaran dari pasal-pasal hukum tertulis semata (pelanggaran perundang - undangan yang berlaku), dimana sebelum tahun 1919 perbuatan melawan hukum dalam pasal 1365 KUHPerduta mengandung pengertian yang sempit sebagai pengaruh dari ajaran Legisme. Ajaran tentang melawan hukum pada umumnya dikuasai oleh satu aturan pokok yang umum yang dinyatakan dalam pasal 1365 BW. Tetapi sejak berlakunya *Burgerlijk Wetboek* baik di Indonesia maupun di Nederland mengenai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah walaupun tak ada pasal-pasal dalam BW yang melarang penggunaan pasal 1365 BW itu, berlakulah ketentuan-ketentuan yang menyimpang dari aturan-aturan mengenai perbuatan melawan hukum pada umumnya yang dimuat dalam pasal 1365 BW itu.⁶²

⁶⁰ Ibid

⁶¹ Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan Kontemporer)*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002, hlm. 29

⁶² Sudikno Mertokusumo, *Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hlm.13

Meskipun penyimpangan ketentuan tersebut menimbulkan pula ajaran tersendiri mengenai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah, dalam ajaran tentang perbuatan melawan hukum akan dapati unsur-unsur pokok yang dijumpai kembali pada ajaran mengenai perbuatan melawan hukum oleh pemerintah. Perkembangan sejarah hukum tentang perbuatan melawan hukum di negeri Belanda sangat berpengaruh terhadap perkembangan di Indonesia. Di negeri Belanda perkembangan sejarah tentang perbuatan melawan hukum dapat dibagi menjadi 3 (tiga) periode sebagai berikut .⁶³

- a. Periode sebelum tahun 1838, kodifikasi pada tahun 1983 membawa perubahan besar mengenai pendapat tentang makna dan ruang lingkup dari pengertian *onrechtmatige daad*. Pada waktu itu dianut pendirian bahwa *onwetmatig*, yang berarti bahwa suatu perbuatan baru dianggap melawan hukum bilamana perbuatan itu adalah bertentangan dengan ketentuan Undang - undang sampai dengan kodifikasi *Burgerlijk Wetboek (BW)* di negeri Belanda pada tahun 1838, maka ketentuan seperti Pasal 1365 KUH Perdata di Indonesia saat ini belum tentu ada di Belanda. Karenanya kala itu, tentang perbuatan melawan hukum ini, pelaksanaannya belum jelas dan belum terarah.
- b. Periode antara tahun 1838 – 1919, setelah *BW* Belanda dikodifikasi, maka mulailah berlaku ketentuan dalam Pasal 1401 (yang sama dengan Pasal 1365 KUH Perdata Indonesia) tentang perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*). Meskipun kala itu sudah ditafsirkan bahwa yang merupakan perbuatan melawan hukum, baik perbuatan suatu (aktif berbuat) maupun tidak berbuat sesuatu (*pasif*) yang merugikan orang lain, baik yang disengaja maupun yang merupakan kelalaian sebagai mana yang dimaksud dalam Pasal 1366 KUHPerdata Indonesia, tetapi sebelum tahun 1919 dianggap tidak termasuk ke dalam perbuatan melawan hukum jika perbuatan tersebut hanya merupakan tindakan yang bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan putusan masyarakat perihal memperhatikan kepentingan orang lain.
- c. Periode setelah tahun 1919, dalam tahun 1919 terjadi suatu perkembangan yang luar biasa dalam bidang hukum tentang perbuatan melawan hukum, khususnya di negeri Belanda, sehingga demikian juga di Indonesia.

⁶³ M.A. Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2010, hlm 28

Sementara perkembangan perbuatan melawan hukum didasarkan pada hukum tidak tertulis ini menjadi wilayah yang terbuka untuk diisi oleh putusan-putusan hakim yang berisi penemuan hukum. Dengan kata lain ada suatu *role expectasi* dari hukum untuk dijalankan oleh hakim. Pengadilan diharapkan menghasilkan konsep-konsep perbuatan melawan hukum yang dasarnya hukum tidak tertulis hukum untuk dijalankan oleh hakim. Pengadilan diharapkan menghasilkan konsep-konsep perbuatan melawan hukum yang dasarnya hukum tidak tertulis.⁶⁴

Menurut Munir Faudy, perbuatan melawan hukum adalah sebagai satu kumpulan dari prinsip-prinsip hukum yang bertujuan untuk mengontrol atau mengatur perilaku bahaya, untuk memberikan tanggung jawab atas suatu kerugian yang terbit dari interaksi sosial, dan untuk menyediakan ganti rugi terhadap korban dengan suatu gugatan yang tepat⁶⁵

Menurut R. Wirjono Projodikoro, Perbuatan melawan hukum diartikan sebagai perbuatan melanggar hukum ialah bahwa perbuatan itu mengakibatkan kegoncangan dalam neraca keseimbangan dari masyarakat lebih lanjut beliau mengatakan bahwa istilah *onrechsmatige daad* ditafsirkan secara luas sehingga meliputi juga suatu hubungan yang bertentangan dengan kesusilaan atau dengan yang dianggap pantas dalam pergaulan hidup masyarakat⁶⁶

Dalam arti sempit, perbuatan melawan hukum diartikan bahwa orang yang berbuat pelanggaran terhadap orang lain atau ia telah berbuat bertentangan dengan suatu kewajiban hukumnya sendiri⁶⁷ Setelah adanya Arrest dari Hoge Road 1919

⁶⁴ Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan Kontemporer)*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002, hlm. 1

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbuatan Melawan Hukum*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, , 2007, hlm 14-18

⁶⁷ H.F.A. Volmar, 2006. "*Pengantar Study Hukum Perdata*" (Diterjemahkan Oleh I.S.

Nomor 110 tanggal 31 Januari 1919, maka pengertian perbuatan melawan hukum lebih diperluas, yaitu hal berbuat atau tidak berbuat itu adalah melanggar hak orang lain, atau itu adalah bertentangan dengan kewajiban hukum dari orang yang berbuat, atau berlawanan baik dengan kesusilaan maupun melawan kepantasan yang seharusnya ada di dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri atau benda orang lain⁶⁸

Dengan demikian pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti luas berdasarkan pernyataan di atas, bahwa perbuatan itu tidak saja melanggar hak orang lain dan bertentangan dengan kewajiban hukum dari pelakunya atau yang berbuat, tetapi perbuatan itu juga berlawanan dengan kesusilaan dan kepantasan terhadap diri atau benda orang lain, yang seharusnya ada di dalam masyarakat, dalam arti bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang tidak tertulis seperti adat istiadat dan lain-lain. Abdulkadir Muhammad berpendapat, bahwa perbuatan melawan hukum dalam arti sempit hanya mencakup Pasal 1365 KUH Perdata, dalam arti pengertian tersebut dilakukan secara terpisah antara kedua pasal tersebut. Sedangkan pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti luas adalah merupakan penggabungan dari kedua pasal tersebut. Lebih jelasnya pendapat tersebut adalah :

Perbuatan dalam arti perbuatan melawan hukum meliputi perbuatan positif, yang dalam bahasa asli bahasa Belanda "*daad*" (Pasal 1365) dan perbuatan negatif, yang dalam bahasa Belanda "*nataligheid*" (kelalaian) atau "*onvoorzigtigheid*" (kurang hati-hati) seperti ditentukan dalam Pasal 1365 KUH Perdata.⁶⁹

Adiwinata), Rajawali Pers, Jakarta, hlm.184

⁶⁸ Munir Fuady, Perbuatan melawan hukum (Pendekatan Kontemporer), op. cit., hlm. 5

⁶⁹ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 2010 hlm.142.

Dengan demikian Pasal 1365 KUH Perdata untuk orang-orang yang betul betul berbuat, sedangkan dalam Pasal 1366 KUH Perdata itu untuk orang yang tidak berbuat. Pelanggaran kedua pasal ini mempunyai akibat hukum yang sama, yaitu mengganti kerugian. Perumusan perbuatan positif Pasal 1365 KUH Perdata dan perbuatan negatif Pasal 1366 KUH Perdata hanya mempunyai arti sebelum ada putusan Mahkamah Agung Belanda 31 Januari 1919, karena pada waktu itu pengertian melawan hukum (*onrechtmatig*) itu masih sempit. Setelah putusan Mahkamah Agung Belanda tersebut, pengertian melawan hukum itu sudah menjadi lebih luas, yaitu mencakup juga perbuatan negatif. Ketentuan Pasal 1366 KUH Perdata itu sudah termasuk pula dalam rumusan Pasal 1365 KUH Perdata. Berdasarkan pengertian perbuatan melawan hukum di atas, baik yang secara etimologi, Kitab Undang - undang Hukum Perdata, Keputusan Mahkamah Agung Belanda dengan *arrest* tanggal 31 Januari 1919 dan pendapat para sarjana hukum, walaupun saling berbeda antara satu sama lainnya, namun mempunyai maksud dan tujuan yang sama, yaitu memberi penegasan terhadap tindakan-tindakan seseorang yang telah melanggar hak orang lain atau yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, sementara tentang hal tersebut telah ada aturannya atau ketentuan-ketentuan yang mengaturnya, baik secara tertulis maupun tidak tertulis, seperti adat kebiasaan dan lain sebagainya.⁷⁰

⁷⁰ Ibid.

F. Substansi perbuatan melawan hukum dalam Undang - undang Administrasi Pemerintahan antara Hukum Administrasi Negara atau Perdata, dan Putusan Pengadilan Negeri.

Sebagai hukum publik, Hukum Administrasi berlandaskan pada prinsip-prinsip negara hukum (*rechtsstaat*), prinsip-prinsip demokrasi dan sesuai dengan konsep dasar Hukum Administrasi sebagai instrumen yuridis (*juridische instrumenten*), Hukum Administrasi juga mengandung karakter instrumental (instrumental karakter).⁷¹ Asas negara hukum berkaitan dengan jaminan perlindungan hukum terhadap kekuasaan pemerintahan. Asas demokrasi terutama berkaitan dengan prosedur dan substansi dalam penyelenggaraan pemerintahan, baik berupa pengambilan keputusan maupun berupa perbuatan-perbuatan nyata. Asas instrumental berkaitan dengan pencapaian tujuan pemerintahan.⁷² Diundangkannya Undang - undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan pada tanggal 17 Oktober 2014 merupakan langkah yang sangat mencerahkan dalam reformasi administrasi pemerintahan. Hal ini adalah bentuk tanggungjawab negara dan pemerintah untuk menjamin penyelenggaraan pemerintahan dan pelayanan publik yang cepat, nyaman dan murah. Undang - Undang Administrasi Pemerintahan ini merupakan salah satu pilar reformasi administrasi.

⁷¹ Wijoyo, Suparto, *Karakteristik Hukum Acara Peradilan Administrasi (Peradilan Tata Usaha Negara)*, Surabaya: Airlangga University Press, 2005, hlm.39

⁷² Ibid hlm 42

Administrasi pemerintahan dalam hal ini didefinisikan sebagai tindakan pejabat atau badan pemerintahan yang memiliki kekuatan hukum mengikat secara eksternal yang didasarkan kepada pengujian syarat dan prasyarat yang telah ditetapkan dalam Undang - undang atau produk hukum lainnya. Undang - Undang Administrasi Pemerintahan mengatur hubungan antara badan atau pejabat administrasi pemerintahan dengan masyarakat. Dalam hubungan antara badan atau pejabat administrasi pemerintahan dengan masyarakat ini sangat erat kaitannya dengan badan atau pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 butir 1 Undang - undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (Undang - Undang PERATUN) merupakan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam melaksanakan urusan pemerintahan, memiliki kewenangan mengeluarkan suatu Keputusan Tata Usaha Negara. Keputusan Tata Usaha Negara inilah yang bersinggungan dengan masyarakat dalam hal pelayanan publik.

Undang - Undang Administrasi Pemerintahan ini mengatur hubungan hukum antara badan atau pejabat administrasi pemerintahan dengan masyarakat dalam wilayah hukum publik. Undang - undang ini menetapkan batasan dan aturan yang memuat kewajiban dan hak kedua belah pihak tersebut (badan atau pejabat administrasi pemerintahan dengan masyarakat). Gugatan terhadap pelanggaran ketentuan Undang - undang ini dapat diajukan kepada Badan Peradilan Tata Usaha Negara dengan hukum acara berdasarkan Undang - undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara jo. Undang - undang Nomor 9 Tahun 2004

tentang Perubahan atas Undang - undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara jo. Undang - undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang - undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

Pada umumnya, peradilan administrasi negara bertujuan menjamin persamaan kedudukan warga masyarakat dalam hukum. Secara khusus bertujuan menjamin terpeliharanya hubungan yang serasi, seimbang serta selaras antara aparatur di bidang tata usaha negara dengan para warga masyarakat. Salah satu permasalahan pokok dalam studi tentang dasar-dasar Hukum Administrasi adalah pelajaran tentang adanya atau dikenalnya berbagai macam kontrol atau pengawasan yang dapat dilakukan terhadap pemerintah. Dalam melaksanakan penyelenggaraan pemerintahan untuk kesejahteraan umum dan pelayanan kepentingan umum, maka terhadap pemerintah selaku organ administrasi negara dapat dikenakan bermacam-macam bentuk kontrol atau pengawasan.⁷³

Namun dengan berlakunya Undang - Undang Administrasi Pemerintahan, reformasi hukum administrasi negara bergerak menuju paradigma baru, sehingga dibutuhkan penyelarasan hukum acara peradilan administrasi yang harmonis. Pelaksanaan harmonisasi peraturan perundang - undangan di Indonesia sudah merupakan suatu kebutuhan yang mendesak karena permasalahan pembangunan hukum semakin hari membutuhkan pendekatan yang lebih komprehensif. Pendekatan

⁷³ Lotulung, Paulus E., *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer, hlm.15

penanganan pembangunan yang masih mengandalkan pada pendekatan sektoral hanya akan mengakibatkan penyelesaian yang tambal sulam, sehingga tidak menyelesaikan berbagai permasalahan dalam pelaksanaan pembangunan nasional yang ada.

Undang - Undang Administrasi Pemerintahan meniscayakan adanya pengaturan yang jelas terhadap tertib administrasi pemerintahan dalam menjalankan pemerintahan seperti mengatur tentang kewenangan, jenis-jenis keputusan, sistem dan model pengujian Keputusan, sanksi administratif dan lain sebagainya. Dalam konteks penegakan hukum terhadap penyelenggaraan pemerintahan, maka Undang - Undang Administrasi Pemerintahan ini juga menjadi landasan baru bagi Peradilan Tata Usaha Negara dalam menguji sengketa Tata Usaha Negara.

Terhadap perbuatan melanggar hukum tersebut, meskipun dilakukan oleh seseorang yang mempunyai atau pemegang kekuasaan, menurut Sjachran Basah, perlindungan hukum bagi pihak yang dirugikan itu merupakan suatu urgensi yang wajar, tampil dan menduduki posisi terdepan dalam merealisasi jalur pemerataan kesempatan memperoleh keadilan. menurut Ridwan HR., beban tanggungjawab dan tuntutan ganti rugi atau hak itu ditujukan kepada setiap subjek hukum yang melanggar hukum, tidak peduli apakah subjek hukum itu seseorang, badan hukum, atau pemerintah.⁷⁴

Dalam perkembangannya, ternyata dalam Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan tidak hanya keputusan yang dijadikan objek gugatan tetapi juga tindakan pemerintah. Penjelasan diuraikan sebagai berikut: Warga

⁷⁴RidwanHR,Op. Cit, hlm 339

Masyarakat juga dapat mengajukan gugatan terhadap Keputusan dan/atau Tindakan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan kepada Peradilan Tata Usaha Negara, karena Undang - undang ini merupakan hukum materiil dari sistem Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam Pasal 1 butir 8 yang dimaksud Tindakan (*Handeling*) adalah Tindakan Administrasi Pemerintahan yang selanjutnya disebut Tindakan adalah perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan. Kemudian jika dicermati dalam Pasal 87 Undang - undang Administrasi Pemerintahan, didapati bahwa Tindakan Faktual (*Feitelijk Handelingen*) juga termasuk dalam definisi Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) dalam Undang - undang Peradilan Tata Usaha Negara (Perluasan).⁷⁵

Karena dahulu pun sebetulnya gugatan ganti kerugian ini dimungkinkan di Peradilan Tata Usaha Negara asalkan diajukan bersamaan dengan gugatan terhadap Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN) yang diterbitkan oleh / Badan / Pejabat Tata Usaha Negara yang digugat. Tindakan Faktual yang dilakukan tanpa adanya Keputusan Tata Usaha tertulis dapat digugat ganti kerugian kepada Peradilan Tata Usaha Negara melalui gugatan *Onrechtmatig Overheidsdaad* (OOD). Hal ini pula sebagaimana disebutkan dalam Surat Edaran MA RI No. 4 Tahun 2016 (SEMA No. 4 Tahun 2016) yang pada Diktum E bagian Kamar Tata Usaha Negara butir 1 menyatakan sebagai berikut bahwa perubahan paradigma beracara di Peradilan Tata Usaha Negara pasca berlakunya Undang - undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan :

1. Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara
 - a. Berwenang mengadili perkara berupa gugatan dan permohonan.
 - b. Berwenang mengadili perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah, yaitu perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pemegang kekuasaan pemerintahan (Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan) yang biasa disebut dengan *onrechtmatige overheidsdaad* (OOD).

⁷⁵Penjelasan Umum Paragraf Kelima Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.

Berdasarkan hal tersebut maka gugatan ganti kerugian akibat tindakan faktual (*Feitelijk Handelingen*) ini dapat dilakukan di peradilan Tata Usaha Negara. Hal ini juga didasari dari ketentuan dalam Undang - undang Administrasi Pemerintahan terutama Pasal 85:

1. Pengajuan gugatan sengketa Administrasi Pemerintahan yang sudah didaftarkan pada Pengadilan Umum tetapi belum diperiksa, dengan berlakunya Undang - undang ini dialihkan dan diselesaikan oleh Pengadilan.
2. Pengajuan gugatan sengketa Administrasi Pemerintahan yang sudah didaftarkan pada Pengadilan Umum dan sudah diperiksa, dengan berlakunya Undang - undang ini tetap diselesaikan dan diputus oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum.
3. Putusan pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilaksanakan oleh Pengadilan Umum yang memutus

Serta Pasal 76 ayat (3) dan (4):

3. Dalam hal warga masyarakat tidak menerima atas penyelesaian banding oleh Atasan Pejabat, warga masyarakat dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan.

Sehingga nampaknya ada pergeseran paradigma dalam Undang - undang Administrasi Pemerintahan ini yang menghendaki setiap tindakan administrasi pemerintah baik berupa KTUN tertulis maupun tindakan faktual merupakan tindakan administrasi (*Administrative action*). Oleh karena itu kesimpulan yang dapat diambil adalah semestinya gugatan *Onrechtmatig overheidsdaad* (OOD) atau PMH oleh penguasa ini diajukan kepada PTUN, tidak lagi kepada hakim Perdata. Bahkan semestinya segala sengketa OOD / PMH oleh Penguasa di Peradilan Umum (hakim perdata) yang belum diperiksa harus dialihkan kepada PTUN berdasarkan Pasal 87 Undang - undang Administrasi Pemerintahan. Tindakan administrasi negara menurut

hukum publik, yaitu perbuatan yang bertujuan mengatur dan memelihara kepentingan umum, seperti memberikan izin bangunan, membuat surat keputusan.⁷⁶

⁷⁶ H. Ishaq, 2014, Pengantar Hukum Indonesia, Raja Grafindo, Jakarta