

**BAB I**  
**PENDAHULUAN**

**1. Latar Belakang dan Rumusan Masalah**

Dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara, negara dituntut untuk senantiasa meningkatkan kesejahteraan rakyatnya. Untuk melaksanakan kewajiban ini salah satunya pemerintah mempunyai kewajiban untuk menyediakan kebutuhan rakyatnya dalam berbagai bentuk baik berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Upaya pemerintah untuk melaksanakan pembangunan fisik dan non fisik (jasa), baik dilaksanakan pemerintah sendiri maupun dengan melibatkan masyarakat (perorangan atau lembaga), maka agar keterlibatan masyarakat dalam pelaksanaan pembangunan fisik dan non fisik, tidak menyimpang maka diperlukan perangkat aturan dalam wujud peraturan perundang-undangan yang berfungsi sebagai pedoman bertindak dan berprilaku bagi para pihak dalam melaksanakan hak dan kewajibannya.

Pemenuhan kebutuhan barang dan jasa merupakan bagian yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan.<sup>1</sup> Pengadaan barang dan jasa yang dilakukan oleh pemerintah dan swasta memiliki karakteristik yang berbeda, dimana pihak swasta dapat mengadakan barang/jasa saat mereka membutuhkannya dengan kemampuan mereka sendiri ataupun hutang sedangkan pihak pemerintah atau sektor publik harus melakukan lelang ketat

---

<sup>1</sup> Yohanes Sogar Simamora, *Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah*, Laksbang PRESSindo, Yogyakarta, 2009, h. 1. (Selanjutnya disebut Yohanes Sogar Simamora I).

agar mendapatkan barang/jasa yang terbaik dengan harga murah. Dalam kaitan dengan pemenuhan kebutuhan pemerintah inilah maka pembuatan kontrak menjadi praktik yang sering dilakukan oleh pemerintah dengan pihak swasta.

Dalam praktik, penggunaan istilah perjanjian dan kontrak masih menjadi perdebatan dimana dalam penggunaannya ada yang menyamakan antara keduanya dan ada pula yang membedakannya. Banyak pelaku bisnis mencampuradukkan kedua istilah tersebut seolah merupakan pengertian berbeda. **Agus Yudha Hernoko** menyatakan:<sup>2</sup>

*“Burgerlijk Wetboek (selanjutnya disingkat BW) menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini secara jelas dapat disimak dari Judul Buku III titel Kedua Tentang "Perikatan-Perikatan yang lahir dari Kontrak atau Perjanjian" yang dalam bahasa aslinya (bahasa Belanda), yaitu: *“Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden”*. Pengertian ini juga didukung pendapat banyak sarjana, antara lain: **J. H. Niewenhuis, Hofmann, J. Satrio, Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, Mariam Darus Badruzaman, Furwahid Patrik dan Tirtodiningrat**, yang menggunakan istilah kontrak dan perjanjian dalam pengertian yang sama.”*

Berbeda dengan **Subekti**<sup>3</sup> yang mempunyai pendapat yang berbeda terhadap istilah "perjanjian atau persetujuan" dengan "kontrak". Menurut **Subekti**<sup>4</sup> istilah kontrak mempunyai pengertian lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis. **Yohanes Sogar Simamora**<sup>5</sup> menyatakan:

---

<sup>2</sup> Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2011, h. 13.

<sup>3</sup> Subekti dalam *Ibid.*, h. 13-14.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Yohanes Sogar Simamora I, *Op. Cit.*, h. 157.

“Bahwa istilah kontrak berasal dari kata “*contract*” dalam bahasa Inggris. Dalam bahasa Prancis “*contrat*” dan dalam bahasa Belanda “*overeenkomst*” sekalipun kadang-kadang digunakan istilah “*contract*”. Dalam bahasa Indonesia istilah kontrak sama pengertiannya dengan perjanjian. Kedua istilah ini merupakan terjemahan dari “*contract*”, “*overeenkomst*” atau “*contrat*”.<sup>6</sup> Istilah kontrak lebih menunjukkan pada nuansa bisnis atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk, sedangkan istilah perjanjian cakupannya lebih luas.

Dengan demikian perbedaan dua istilah ini bukan pada bentuknya, oleh karena itu tidaklah tepat apabila kontrak hanya diartikan sebagai perjanjian yang dibuat secara tertulis, sebab sesungguhnya kontrak juga dapat dibuat secara lisan.

Berkaitan dengan pemenuhan kewajiban pemerintah untuk memenuhi kebutuhan rakyatnya, maka kontrak pengadaan oleh pemerintah dengan pihak swasta merupakan jalan keluar atau upaya yang dapat dilakukan oleh pemerintah, maka oleh karena itu untuk memperoleh pemahaman dan pengetahuan mengenai hakekat kontrak pengadaan, diperlukan pula pembahasan mengenai makna dan substansi kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai pihak, atau yang lazim disebut dengan *government contract*.

Istilah *government contract* lebih tepat apabila diterjemahkan menjadi “kontrak pemerintah” tanpa kata “dengan” atau “oleh”, kata “dengan/oleh” dimaksudkan sebagai penekanan terhadap kedudukan pemerintah sebagai subjek dalam kontrak (*kontraktan*), tetapi ini berlebihan oleh sebab itu lebih tepat apabila “*government contract*” cukup diterjemahkan menjadi kontrak

---

<sup>6</sup> *Ibid.*



pemerintah. Objek pengadaan oleh pemerintah sangat beragam jenis dan macamnya sesuai perkembangan kebutuhan masyarakat.

Metode pengadaan sangat beragam, demikian pula hubungan hukum yang terbentuk dari hubungan kontraktual pengadaan barang dan jasa. Dalam pengadaan merupakan suatu proses yang di dalamnya terhadap tahapan-tahapan dari penentuan kebutuhan, pembuatan kontrak hingga pada pembayaran kepada kontraktor. Dalam proses pengadaan itu terdapat syarat, prosedur dan standar tertentu yang telah ditentukan di dalam peraturan perundang-undangan maka karena itu harus dipenuhi. Batasan kontrak pengadaan dapat kita telusuri dari Keppres yang mengatur pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah.

Dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2012 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 155, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 4765 (selanjutnya disebut Perpres Nomor 70 Tahun 2012) menyatakan bahwa:

Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut dengan Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Satuan kerja Perangkat Daerah/Institusi yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.

Batasan kontrak dirumuskan dalam Pasal 1 angka 22 Perpres Nomor 70 Tahun 2012 yang menyatakan bahwa “Kontrak Pengadaan Barang/Jasa yang selanjutnya disebut Kontrak adalah perjanjian tertulis antara Pejabat

Pembuat Komitmen (PPK) dengan Penyedia Barang/Jasa atau pelaksana Swakelola”. Dari rumusan tersebut dapat diketahui bahwa kontrak pengadaan barang dan jasa yang dimaksud oleh Perpres Nomor 70 Tahun 2012 adalah perjanjian antara pengguna barang dan jasa dengan penyedia barang/jasa dalam kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai oleh Anggaran Pendapatan Belanja Negara (APBN)/Anggaran Pendapatan Belanja Daerah (APBD), baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang dan jasa.

Pada tahun 2015 ini Pemerintah kembali melakukan perubahan terhadap Perpres Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah dengan Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2015 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2012 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 5, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 5655 (selanjutnya disebut Perpres Nomor 4 Tahun 2015), dengan penekanan *E-Purchasing* yang bertujuan untuk penyederhanaan pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

Demikian pula melalui Pasal 106 ayat (1) Perpres Nomor 4 Tahun 2015, dilakukan perubahan. Perubahan ketentuan ini terkesan sederhana tetapi maknanya sangat signifikan terhadap arah kebijakan pemerintah dalam pengadaan barang dan jasa. Pelelangan secara elektronik bukanlah sebagai pilihan lagi tetapi menjadi suatu keharusan. Hal ini untuk menunjang pelelangan secara elektronik sejalan dengan makin ditinggalkannya pelelangan

manual, artinya secara sederhana dapat dikatakan bahwa proses pelelangan pengadaan barang dan jasa pemerintah adalah secara elektronik.

Pengadaan barang dan jasa pada hakikatnya adalah upaya pihak pengguna untuk mendapat atau mewujudkan barang dan jasa yang diinginkan dengan menggunakan metode dan proses tertentu untuk mencapai kesepakatan harga, waktu dan kesepakatan lainnya. Agar hakikat atau esensi pengadaan barang dan jasa tersebut dapat dilaksanakan sebaik-baiknya, maka kedua belah pihak yaitu pengguna dan penyedia barang dan jasa harus senantiasa berpatokan pada filosofi, dan peraturan perundang-undangan yang mengatur.

Harga murah dengan kualitas terbaik merupakan salah satu karakteristik dari pengadaan barang/jasa oleh pemerintah, tetapi kenyataannya sering terjadi praktik penggelembungan harga barang/jasa membengkak. Penyelewengan dapat pula berupa menaikkan nilai proyek dari nilai yang sebenarnya, tidak melakukan prosedur pelelangan yang ditetapkan oleh peraturan dan pengadaan barang/jasa fiktif. Dalam praktik penegakan hukum tindak pidana korupsi dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, para penyedia barang dan jasa seringkali dijatuhi hukuman pidana berdasarkan ketentuan yang tercantum dalam peraturan presiden yang mengatur pengadaan barang dan jasa Pemerintah. Hal ini bertolak dari ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (selanjutnya disebut KUHP).



Muncul gagasan untuk menyusun Rancangan Undang-Undang Pengadaan Barang dan Jasa yang diangkat dalam tema seminar nasional tentang “Urgensi Undang-Undang Pengadaan Barang dan Jasa” yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya pada tanggal 7 Nopember 2009. Dalam seminar tersebut **Yohanes Sogar Simamora**<sup>7</sup>, menyatakan ada 4 (empat) urgensinya Undang-Undang tentang Pengadaan Barang dan Jasa, yaitu: pertama, melindungi keuangan negara; kedua, peningkatan perekonomian negara; ketiga, kepastian hukum; dan keempat, memberikan perlindungan hukum baik bagi pejabat yang terkait dengan pengadaan barang dan jasa maupun penyedia barang dan jasa.

Suatu penyerahan barang dan jasa dalam kontrak pengadaan pemerintah dianggap telah memenuhi ketentuan apabila dilaksanakan:<sup>8</sup>

- a. Tepat waktu sesuai perjanjian;
- b. Tepat mutu sesuai yang dipersyaratkan;
- c. Tepat volume sesuai yang dibutuhkan;
- d. Tepat biaya sesuai dengan isi kontrak.

Bertalian dengan hal tersebut dengan mencermati kasus yang terjadi dalam Surat Perjanjian Pemborongan/Jual Beli Nomor 900/993/414.110/2008 tertanggal 10 September 2008 sebagai para pihaknya yaitu, Pejabat Pembuat Komitmen Dana Hibah Menteri Koordinator Bidang Kesejahteraan Rakyat

---

<sup>7</sup>Yohanes Sogar Simamora, *Kontrak sebagai Instrumen Pengadaan Barang dan Jasa*, disampaikan pada Seminar Nasional Hukum Pengadaan Barang dan Jasa, Urgensi Undang-Undang Pengadaan Barang dan Jasa, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 7 Nopember 2009, h. 3-4. (Selanjutnya disebut Yohanes Sogar Simamora II).

<sup>8</sup>Amiruddin, *Korupsi Dalam Pengadaan Barang Dan Jasa*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, h. 90.

Kabupaten Tuban dengan PT. Husada Stamina Farma. Pada kasus ini menurut Pihak Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) yang memeriksa kesesuaian penyerahan barang dalam kontrak pengadaan menyatakan bahwa, pihak PT. Husada Stamina sebagai penyedia barang telah melakukan kesalahan yaitu, belum terlaksananya pengiriman satu unit *Laparotomy Set*, yang mana menurut keterangan PT. Husada Stamina Farma bahwa, barang tersebut masih dalam proses pengiriman dari perusahaan Jerman ke Indonesia dan mengenai *Tracheotomy Set Instrumen art* Nomor 09.15.13. sudah tidak diproduksi lagi sehingga diganti dengan *Tracheotomy Set Instrumen art* Nomor 09.15.14.

Berdasarkan hal tersebut, BPK pada hasil temuannya mengenakan denda keterlambatan pelaksanaan pekerjaan kepada PT. Husada Stamina Farma sebesar 1<sup>0</sup>/<sub>00</sub> (satu permil) dari nilai Kontrak Pengadaan sebesar Rp. 9.979.992.000,- dengan demikian denda keterlambatan pelaksanaan pekerjaan yang dikenakan kepada PT. Husada Stamina Farma adalah sebesar Rp. 349.299.720,-. Dalam peristiwa tersebut diketahui bahwa pengenaan denda keterlambatan pengiriman atas 2 (dua) barang tersebut mempunyai akibat berupa denda sebesar 1<sup>0</sup>/<sub>00</sub> (satu permil) dari nilai Kontrak Pengadaan. Hal tersebut menurut penulis tidak memberikan keadilan pada pihak penyedia barang dan jasa, yang seharusnya pihak penyedia barang dan jasa memperoleh keadilan melalui mekanisme pembagian beban kewajiban secara proporsional.



Dalam kaitan ini **Yohanes Sogar Simamora**<sup>9</sup> mengemukakan bahwa, yang menjadi perhatian utama dalam asas proporsional adalah keseimbangan dalam pembagian kewajiban”. Terkait dengan proporsionalitas, **Ian Mcleod**<sup>10</sup> memberikan contoh penerapan prinsip proporsionalitas dalam kasus Atalanta, dimana hukum mensyaratkan salah satu pihak memberikan jaminan untuk memastikan pelaksanaan kontrak dan ketika kontrak itu tidak dapat terlaksana, aturan hukum mewajibkan denda (*penalty*), tanpa menghiraukan apakah kegagalan pelaksanaan kontrak itu mayor atau minor, dan dalam hal ini Pengadilan memutuskan bahwa tidak adanya hubungan antara kegagalan prestasi pada satu sisi dengan jumlah denda pada sisi lain harus dianggap melanggar prinsip proporsionalitas. Sehingga penjatuhan sanksi Denda harus proporsional dengan kesalahannya.<sup>11</sup>

Menurut **Agus Yudha Hernoko** karakteristik yang dapat dijadikan pedoman untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak, yaitu:<sup>12</sup>

- a. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang dan kesempatan yang sama kepada para kontraktan untuk menentukan pertukaran yang adil bagi mereka. Kesamaan bukan dalam arti “kesamaan hasil” melainkan pada posisi para pihak yang mengandaikan “kesetaraan kedudukan dan hak (*equitability*), prinsip kesamaan hak/kesetaraan hak;
- b. Berlandaskan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang dilandasi oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang adil dan apa yang tidak adil bagi mereka (prinsip kebebasan);
- c. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Perlu digaris bawahi bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam

---

<sup>9</sup>Yohanes Sogar Simamora I, *Op. Cit.*, h. 43.

<sup>10</sup>Ian Mc Leod dalam *Ibid.*, h. 44.

<sup>11</sup>Yohanes Sogar Simamora I, *Loc.cit.*

<sup>12</sup>Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 88-89.

jumlah yang sama, dalam konteks ini dimungkinkan adanya hasil akhir yang berbeda. Dalam hal ini maka prinsip distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu pada pertukaran yang *fair* (prinsip distribusi-proporsional).

- d. Dalam hal terjadinya sengketa kontrak, maka beban pembuktian, berat ringan kadar kesalahan maupun hal-hal lain terkait harus diukur berdasarkan asas proporsionalitas untuk memperoleh hasil penyelesaian yang elegan dan *win-win solution*.

Dari tahap persiapan pembuatan kontrak sampai dengan tahap pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa, berpotensi terjadinya tindak pidana korupsi, karenanya aturan hukum yang digunakan sebagai sarana perlindungan hukum bagi penyedia barang dan jasa adalah instrumen hukum pidana.

M. Yahya Harahap<sup>13</sup> berpendapat bahwa penerapan asas proporsionalitas dalam pembuktian sangat relevan, mengingat dalam ilmu hukum tidak pernah ditemukan dan diperoleh maupun dihasilkan pembuktian logis sebagaimana pasti dan logisnya pembuktian yang dihasilkan ilmu pasti (eksakta). Terkait dengan beban pembuktian, penerapan asas proporsionalitas akan membantu memberikan justifikasi mengenai putusan perkara yang dimaksud, dengan berpedoman pada asas atau prinsip bahwa hakim tidak boleh bersikap berat sebelah (*prinsip fair trial*) dan memihak-parsial (prinsip imparisialitas-tidak memihak). Selain itu hakim dituntut untuk secara bijaksana membagi beban pembuktian kepada pihak-pihak yang bersengketa secara adil dan proporsional. Dalam hal ini asas proporsionalitas diberikan penekanan pada pembagian besar kecilnya kesalahannya yang di timbulkan oleh para pihak harus di pertimbangkan secara proporsional

---

<sup>13</sup>M. Yahya Harahap dalam *Ibid.*, h. 31.

Dalam setiap tahapan dalam pengadaan barang dan jasa cenderung menimbulkan kerugian Negara yang di timbulkan karena adanya kurangnya profesionalisme dari pejabat pengadaan barang dan jasa beserta panitia pelaksanaanya dalam menjalankan tugas dan kewajibannya Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 4150 *juncto* Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 140.

Dalam kasus-kasus korupsi pengadaan barang dan jasa yang menjadi obyek penelitian ini dijumpai bahwa pada umumnya penyedia barang/jasa dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, didakwa melanggar Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor, hal ini antara lain terdapat pada Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 54 PK/Pid.Sus/2007 tanggal 22 September 2008 dimana Terdakwa dinyatakan secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana korupsi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor *juncto* Pasal 55 ayat (1) ke 1 KUHP.

Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor dikelompokkan ke dalam bentuk tindak pidana korupsi yang merugikan keuangan negara yaitu:

- a. Secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi; dan



- b. Dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan.

Namun tidak dijumpai bahwa pelaku tindak pidana korupsi pengadaan barang dan jasa yang didakwa dengan dugaan tindak pidana penyuaipan atau penggelapan dalam jabatan, pemerasan, perbuatan curang, konflik kepentingan dalam pengadaan atau gratifikasi.

Berdasarkan Pasal 244 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 3209 (selanjutnya disebut KUHAP), terhadap putusan perkara pidana yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan lain, selain daripada Mahkamah Agung, Terdakwa atau Penuntut Umum dapat mengajukan permintaan kasasi kepada Mahkamah Agung kecuali terhadap putusan bebas. Dalam kasus ini Terdakwa dibebaskan secara murni dari tuntutan Jaksa Penuntut Umum. Selain itu, menurut pertimbangan majelis hakim Mahkamah Agung, Jaksa Penuntut Umum (JPU) tidak dapat membuktikan bahwa putusan tersebut adalah merupakan pembebasan yang tidak murni, serta tidak dapat mengajukan alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar pertimbangan mengenai dimana letak sifat tidak murni dari putusan bebas tersebut. Dengan ini, maka sudah benar apa yang diputuskan oleh Mahkamah Agung terhadap permohonan kasasi yang diajukan jaksa penuntut umum.

Hukum merupakan perlindungan kepentingan manusia, sedangkan kepentingan manusia itu selalu berkembang, dinamis, baik jenis maupun jumlahnya. Dengan demikian hukum harus dinamis pula agar dapat mengikuti perkembangan kepentingan manusia, agar kepentingan manusia yang terus berkembang itu selalu terlindungi. Dalam kaitan ini **Sudikno Mertokusumo**<sup>14</sup> menyatakan, “Masyarakat menghendaki stabilitas yang berarti kemandegan di pihak lain hukum harus dinamis, harus berkembang untuk selalu dapat mengikuti perkembangan kepentingan manusia atau perkembangan masyarakat” Dengan demikian perkembangan hukum mengandung arti stabilitas dan sekaligus juga dinamika atau perubahan. Dalam menciptakan keseimbangan antara stabilitas di satu sisi dan dinamika di sisi lain, pembentuk undang-undang harus berusaha agar undang-undang yang dibentuknya bersifat futuristik, berlaku untuk kurun waktu yang panjang dan tidak kasusistik.<sup>15</sup>

Perlindungan hukum dalam konteks pengadaan barang/jasa meliputi ketentuan yang mengatur penyelesaian sengketa terhadap pelanggaran hak dan kewajiban antara penyedia barang/jasa dengan pemerintah dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, dan perlindungan hukum kepada penyedia barang/jasa terhadap sikap tindak administrasi negara dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, “Perlindungan hukum berkaitan erat dengan kepastian hukum, dalam hal ini para pihak yang bersengketa dapat dihindarkan dari kesewenangan

---

<sup>14</sup>Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2011, h. 26. (Selanjutnya disebut Sudikno Mertokusumo I).

<sup>15</sup>*Ibid.*, h. 27.

penghakiman”.<sup>16</sup> **Philipus M. Hadjon** menyatakan, “Perlindungan hukum bagi rakyat dapat dibedakan atas dua macam, yaitu : Pertama, Perlindungan hukum yang preventif; Kedua, Perlindungan hukum yang represif. Pada perlindungan hukum yang preventif, rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif”.<sup>17</sup>

Berdasar pada pendapat tersebut di atas, perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa. Sebaliknya perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Hal ini dipertegas oleh **Philipus M. Hadjon** yang menyatakan bahwa dibandingkan dengan sarana perlindungan hukum yang represif, sarana perlindungan hukum yang preventif dalam perkembangannya agak ketinggalan. Di Indonesia ditemukan bahwa belum ada pengaturan secara khusus mengenai sarana perlindungan hukum yang preventif”.<sup>18</sup>

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, lain pula pendapat yang dikemukakan oleh **Paulus Effendy Lotulung** yang menyatakan bahwa, “Perlindungan hukum yang dapat ditempuh dalam hal penyelesaian dan pemutusan sengketa antara rakyat dengan pemerintah dalam menjalankan tugasnya di bidang hukum publik adalah sebagai berikut:”<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>Peter Mahmud Marzuki *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007, h. 60. Selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki I.

<sup>17</sup>Philipus M. Hadjunton, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, h. 2. (Selanjutnya disebut Philipus M. Hadjunton I).

<sup>18</sup>*Ibid.*, h. 2-3.

<sup>19</sup>Paulus Effendy Lotulung, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, 1993, h. 83. Selanjutnya disebut Paulus Effendie Lotulung 1.



- a. Penyelesaian sengketa melalui jalur intern administratif, yaitu atasan hierarki dari pejabat yang bersangkutan, jalur ini lazim dikenal dengan sebutan “*administratif beroep*”, atau prosedur pengajuan keberatan.
- b. Penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh badan-badan peradilan semu, yang sebetulnya secara struktur-organisatoris merupakan bagian dari pemerintahan.
- c. Penyelesaian oleh badan peradilan, yang dapat berupa: a) peradilan khusus, yaitu masalah pajak; dan b) peradilan umum”.

Dihubungkan dengan perlindungan hukum bagi penyedia barang/jasa dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, maka perlindungan hukum dalam pengadaan barang/jasa harus menyediakan perlindungan hukum yang preventif dan represif bagi penyedia barang/jasa pemerintah terhadap tahap-tahap pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah, dimana hal ini dapat dilakukan dengan menarapkan prinsip proporsionalitas dalam kontrak pengadaan barang/jasa.

Kegiatan pengadaan barang dan jasa pemerintah yang terkait langsung dengan bidang hukum administrasi negara adalah kegiatan pada tahap persiapan dan kegiatan pada tahap proses pengadaan, yaitu mulai tahap perencanaan pemilihan penyedia barang/jasa, tahap pemilihan sistem pengadaan, tahap penetapan metode penilaian kualifikasi, tahap penyusunan jadwal pemilihan penyedia barang/jasa, tahap penyusunan dokumen pengadaan barang/jasa, tahap penetapan HPS, dan sampai tahap penetapan penyedia barang/jasa. Dalam mengkaji masing-masing kegiatan tersebut harus bertumpu pada kewenangan yang sah yang diperoleh melalui atribusi, delegasi, dan mandat para pejabat pengadaan barang dan jasa pemerintah serta asas-asas umum pemerintahan yang baik. Kesalahan ataupun pelanggaran yang terjadi pada tahap-tahap tersebut dapat dikenakan sanksi administrasi

kecuali jika terbukti ada unsur maladministrasi, sanksi administrasi juga dapat dikenakan pada panitia pengadaan yang salah dalam menyusun dokumen pengadaan, kecuali jika terbukti adanya pemalsuan dalam dokumen pengadaan, terhadap kesalahan dalam pembentukan panitia pengadaan barang dan jasa maupun kesalahan dalam menetapkan dan mengesahkan Harga Perkiraan Sendiri (HPS) dapat diajukan gugatan di Pengadilan Tata Usaha Negara.

Bertalian dengan instrumen hukum perdata sebagai sarana perlindungan hukum bagi penyedia barang dan jasa, maka instrumen kontrak pengadaan menjadi sarana bagi terselenggaranya hubungan hukum antara PPK dan penyedia barang dan jasa. Salah satu tugas pokok dan kewenangan PPK menurut Pasal 11 ayat (1) Perpres Nomor 70 Tahun 2012 adalah merancang kontrak, menandatangani kontrak, melaksanakan kontrak dengan penyedia barang/jasa, mengendalikan atau mengevaluasi pelaksanaan kontrak.

Dalam kaitannya dengan kontrak pengadaan, **Yohanes Sogar Simamora**, menyatakan:<sup>20</sup>

“Sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya adalah hubungan kontraktual, tetapi di dalamnya terkandung tidak saja hukum privat tetapi juga hukum publik. Adanya warna publik dalam jenis kontrak ini mempunyai ciri yang khas yang membedakan dengan kontrak komersial, dimana para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka, maka dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah, kebebasan itu tidak sepenuhnya berlaku sebab terhadap kontrak ini berlaku rezim hukum khusus. Karakter yang khas dari kontrak pengadaan oleh pemerintah ini di samping menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam pengadaannya. Prinsip dan norma

---

<sup>20</sup> Yohanes Sogar Simamora I, *Op. Cit.*, h. 6.

dalam kontrak privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah karena kewajiban pembayaran melibatkan keuangan negara”.

Sumber pembiayaan dalam kontrak pengadaan pada umumnya berasal dari keuangan negara dalam hal ini APBN/APBD, di samping dana yang berasal dari pinjaman/hibah luar negeri (PHLN). Kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dilakukan oleh pemerintah dengan pihak swasta, kontrak tersebut dilakukan dalam berbagai jenis kontrak sebagaimana terdapat dalam Pasal 50 sampai dengan Pasal 54 Perpres Nomor 70 Tahun 2012.

Terkait dengan tugas perancangan kontrak oleh PPK, maka PPK dalam menyusun kontrak harus memperhatikan hal-hal yang harus dimuat dalam Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa (KPBJ), hal tersebut tidak dijelaskan dalam Perpres Nomor 70 Tahun 2012 dan Perpres Nomor 04 Tahun 2015 Tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, yang menyatakan bahwa kontrak sekurang-kurangnya memuat ketentuan sebagai berikut:

- a. Para pihak yang menandatangani kontrak yang meliputi nama, jabatan, dan alamat;
- b. Pokok pekerjaan yang diperjanjikan dengan uraian yang jelas mengenai jenis dan jumlah barang/jasa yang diperjanjikan;
- c. Hak dan kewajiban para pihak yang terikat di dalam pembayaran;
- d. Nilai atau harga kontrak pekerjaan, serta syarat-syarat Pembayaran;
- e. Persyaratan dan spesifikasi teknis yang jelas dan terinci;
- f. Tempat dan jangka waktu penyelesaian/penyerahan dengan disertai jadwal waktu penyelesaian/penyerahan yang pasti serta syarat-syarat penyerahannya;
- g. Jaminan teknis/hasil pekerjaan yang dilaksanakan dan/atau ketentuan mengenai kelaikan;
- h. Ketentuan mengenai cidera janji dan sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi kewajibannya;
- i. Ketentuan mengenai pemutusan kontrak secara sepihak;
- j. Ketentuan mengenai keadaan memaksa;



- k. Ketentuan mengenai kewajiban para pihak dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan pekerjaan;
- l. Ketentuan mengenai perlindungan tenaga kerja;
- m. Ketentuan mengenai bentuk dan tanggung jawab gangguan lingkungan;
- n. ketentuan mengenai penyelesaian perselisihan.

Ketentuan di atas merupakan syarat minimal yang harus dimuat dalam KPBJ, dan menjadi pedoman bagi PPK dalam menyusun KPBJ. Oleh karena itu dalam melakukan perjanjian, para pihak sedapat mungkin menggunakan standar kontrak atau contoh Surat Perintah Kerja (SPK) yang dikeluarkan pimpinan instansi yang bersangkutan atau instansi lainnya.<sup>21</sup>

Untuk memperlancar persiapan penandatanganan kontrak dan memperkecil risiko yang mungkin terjadi dalam pelaksanaan kontrak baik secara material maupun finansial, maka untuk penandatanganan kontrak pengadaan barang dan jasa yang kompleks dan atau bernilai di atas Rp. 100.000.000.000,00 (seratus miliar rupiah) dilakukan setelah memperoleh pendapat ahli hukum kontrak hal ini menjadi lebih baik apabila sejak penyusunan dokumen pengadaan khususnya pembuatan konsep kontrak telah menggunakan jasa ahli hukum kontrak yang profesional.<sup>22</sup> Setelah isi kontrak disepakati para pihak PPK dan penyedia barang dan jasa), maka dilanjutkan dengan penandatanganan kontrak. Hubungan hukum antara PPK dengan penyedia barang dan jasa yang terjadi pada proses penandatanganan kontrak sampai dengan berakhirnya kontrak merupakan hubungan hukum perdata khususnya hubungan kontaktual. Setelah penandatanganan kontrak, tahap

---

<sup>22</sup>Pasal 86 ayat (4) Perpres Nomor 70 Tahun 2012.

selanjutnya adalah pelaksanaan kontrak. Dalam pelaksanaan kontrak, penyedia barang dan jasa dilarang mengalihkan tanggung jawab seluruh atau sebagian pekerjaan utama dengan dengan mensubkontrakkan kepada pihak lain dengan cara dan alasan apapun, kecuali disubkontrakan kepada penyedia barang dan jasa spesialis,<sup>23</sup>

Terhadap penyedia barang dan jasa yang melanggar larangan untuk mengalihkan tanggung jawab seluruh pekerjaan utama kepada pihak lain dikenakan sanksi berupa denda yang bentuk dan besarnya sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam kontrak.<sup>24</sup> Dalam kontrak pengadaan juga diatur klausula mengenai perubahan kontrak, perubahan kontrak tersebut terjadi apabila terdapat perbedaan antara kondisi lapangan pada saat pelaksanaan, dengan gambar dan/atau spesifikasi teknis yang ditentukan dalam Dokumen Kontrak, PPK bersama Penyedia Barang dan Jasa dapat melakukan perubahan kontrak yang meliputi:

- a. Menambah atau mengurangi volume pekerjaan yang tercantum dalam kontrak;
- b. Menambah dan/atau mengurangi jenis pekerjaan;
- c. Mengubah spesifikasi teknis pekerjaan sesuai dengan kebutuhan lapangan; atau
- d. Mengubah jadwal pelaksanaan.

Dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, Pemeriksaan oleh Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) umumnya meliputi kesesuaian barang/jasa

---


<sup>23</sup>Pasal 87 ayat (3) Perpres Nomor 70 Tahun 2012.

<sup>24</sup>Pasal 87 ayat (4) Perpres Nomor 70 Tahun 2012.

pemerintah maupun jangka waktu pelaksanaan dengan kontrak pengadaan barang/jasa yang telah ditetapkan. **Adrian Sutedi** menyatakan:<sup>25</sup>

“Pengawasan yang berkaitan dengan penggunaan keuangan negara ditujukan untuk menghindari terjadinya korupsi, penyelewengan, dan pemborosan anggaran negara yang tertuju pada aparatur atau pegawai negeri, dengan dijalankannya pengawasan tersebut diharapkan pengelolaan dan pertanggungjawaban anggaran negara dapat berjalan sebagaimana direncanakan”.

Tindakan pengawasan, menurut **Muchsan** mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:<sup>26</sup>

- 
- a. Adanya kewenangan yang jelas yang dimiliki oleh aparat pengawas;
  - b. Adanya suatu rencana yang mantap sebagai alat penguji terhadap pelaksanaan suatu tugas yang akan diawasi;
  - c. Tindakan pengawasan dapat dilakukan terhadap suatu proses kegiatan yang sedang berjalan maupun terhadap hasil yang dicapai dari kegiatan tersebut;
  - d. Tindakan pengawasan berakhir dengan disusunnya evaluasi akhir terhadap kegiatan yang dilaksanakan serta pencocokan hasil yang dicapai dengan rencana sebagai tolok ukurnya;
  - e. Untuk selanjutnya tindakan pengawasan akan diteruskan dengan tindak lanjut baik secara administratif maupun secara yuridis.

Kewenangan Badan Pemeriksa Keuangan telah ditentukan dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan Badan Pemeriksa Keuangan, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 15, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4654 (selanjutnya disebut UU BPK) sebagai berikut “Lembaga Negara yang bertugas memeriksa pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”. Lazimnya yang diperiksa oleh BPK adalah laporan

---

<sup>25</sup>Adrian Sutedi, *Hukum Keuangan Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, h. 172. Selanjutnya disebut Adrian Sutedi I.

<sup>26</sup>Muchsan dalam W. Riawan Tjandra, *Hukum Keuangan Negara*, Grasindo, Jakarta, 2009, h. 132.



keuangan lengkap, yang terdiri atas neraca, laporan realisasi anggaran (LRA), laporan arus kas (LAK) dan catatan atas laporan keuangan (CALK). Pengawasan oleh BPK merupakan pengawasan eksternal, sedangkan pengawasan internal dilakukan oleh Aparat Pengawasan Internal Pemerintah (APIP) yang didalamnya terdiri atas Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan (BPKP), Inspektorat Jenderal Kementerian/Lmbaga, Inspektorat/Bawasda Propinsi, dan Inspektorat/Bawasda Kabupaten/Kota.

Dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 47, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4286 (selanjutnya disebut UU Keuangan Negara) ditetapkan bahwa “Laporan keuangan Pemerintah yang telah diperiksa oleh Badan Pemeriksa Keuangan harus disampaikan kepada DPR selambat-lambatnya 6 (enam) bulan setelah berakhirnya tahun anggaran yang bersangkutan”.

Pasal 15 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2004 tentang Pemeriksaan Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 66, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4400, dinyatakan bahwa BPK dalam melaksanakan tugasnya mempunyai fungsi sebagai berikut:

- (1) Fungsi operasional, yaitu melaksanakan pemeriksaan atas tanggung jawab Keuangan Negara dan Pelaksanaan APBN.
- (2) Fungsi yudikatif, yaitu melakukan peradilan kompatibel dalam hal tuntutan perbendaharaan.
- (3) Fungsi rekomendasi, yaitu memberi saran dan atau pertimbangan kepada pemerintah bilamana dipandang perlu untuk kepentingan Negara atau hal lainnya yang berhubungan dengan Keuangan Negara.

Pemeriksaan atas pelaksanaan Keuangan Negara mencakup seluruh unsur keuangan negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 UU Keuangan Negara, pada hakikatnya pemeriksaan tersebut meliputi pemeriksaan atas penerimaan anggaran dan pemeriksaan atas anggaran belanja negara yang meliputi pengujian apakah pengeluaran uang negara terjadi menurut ketentuan perundang-undangan. Menurut tujuannya pemeriksaan BPK terdiri atas:<sup>27</sup>

1. Pemeriksaan atas penguasaan dan pengurusan keuangan;
2. Pemeriksaan atas ketaatan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku;
3. Pemeriksaan atas kehematan dan efisiensi dalam penggunaan keuangan negara;
4. Pemeriksaan atas efektivitas pencapaian tujuan (pemeriksaan program).

Menurut cara melaksanakan pemeriksaan, sesuai dengan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2004, pemeriksaan yang dilakukan BPK terdiri atas 3 (tiga) tipe utama, yaitu pemeriksaan keuangan, pemeriksaan kinerja, dan pemeriksaan dengan tujuan tertentu. Berdasarkan Pasal 6 ayat (3) UU-BPK, "Pemeriksaan BPK mencakup pemeriksaan keuangan, pemeriksaan kinerja dan pemeriksaan dengan tujuan tertentu". Pemeriksaan-pemeriksaan tersebut telah ditentukan dalam Peraturan Badan Pemeriksa Keuangan RI. Nomor 01 Tahun 2007 tentang Standar Pemeriksaan Keuangan Negara berikut Lampirannya.

Pemeriksaan keuangan merupakan pemeriksaan atas laporan keuangan Pemerintah Pusat dan Daerah. Pemeriksaan ini dilakukan oleh BPK dalam rangka memberikan pendapat tentang tingkat kewajaran informasi yang

---

<sup>27</sup>Adrian Sutedi I, *Op.cit.*, h. 235.

disajikan dalam laporan keuangan pemerintah. Sedangkan pemeriksaan kinerja merupakan pemeriksaan atas aspek ekonomi dan efisiensi serta pemeriksaan atas aspek efektivitas yang lazim dilakukan bagi kepentingan manajemen oleh aparat pengawasan intern pemerintah. Pemeriksaan kinerja ini merupakan pemenuhan atas ketentuan Pasal 23E Undang-Undang Dasar 1945 yang mengamanatkan BPK untuk melaksanakan pemeriksaan kinerja pengelolaan Keuangan Negara.

Tujuan pemeriksaan kinerja adalah untuk mengidentifikasi hal-hal yang perlu menjadi perhatian lembaga perwakilan. Bagi pemerintah, pemeriksaan kinerja dimaksudkan agar kegiatan yang dibiayai dengan keuangan negara/daerah diselenggarakan secara ekonomis dan efisien serta memenuhi sasarnya secara efektif. Pemeriksaan dengan tujuan tertentu merupakan pemeriksaan yang dilakukan dengan tujuan khusus, di luar pemeriksaan keuangan dan pemeriksaan kinerja. Termasuk dalam pemeriksaan tujuan tertentu adalah pemeriksaan atas hal-hal lain yang berkaitan dengan keuangan dan pemeriksaan investigatif.

Menurut **Yohanes Sogar Simamora**<sup>28</sup>, bahwa dalam kontrak pengadaan, prinsip transparansi dan akuntabilitas digunakan sebagai upaya untuk melakukan kontrol terhadap keabsahan dalam tahap pembentukan dan melaksanakan kontrak. Lebih lanjut **Yohanes Sogar Simamora**, menyatakan bahwa terbukanya akses atas informasi menyangkut pengadaan yang akan

---

<sup>28</sup>Yohanes Sogar Simamora, *Prinsip Transparansi Dan Akuntabilitas Dalam Kontrak Pemerintah Di Indonesia*, Disampaikan Pada Pengukuhan Jabatan Guru Besar Dalam Bidang Hukum Perdata Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga Di Surabaya Pada Hari Sabtu, Tanggal 8 November 2008, Universitas Airlangga, Surabaya, 2008, h. 4. (Selanjutnya disebut Yohanes Sogar Simamora II).



dilakukan pemerintah memungkinkan publik melakukan pengawasan pada setiap tahapan pengadaan, yakni mulai dari tahap penyusunan anggaran, penyusunan dokumen pengadaan, tahap pelelangan, penyusunan kontrak sampai pada tahap serah terima barang/pekerjaan.<sup>29</sup>

Prinsip akuntabilitas dan transparansi sangatlah berkaitan erat dan mencegah praktik-praktik curang dalam proses pengadaan seperti kolusi atau *mark up* anggaran. Penyalahgunaan kontrak dengan tujuan untuk merugikan keuangan negara menjadi fenomena yang sering dijumpai terjadi dalam prosesi pengadaan barang dan jasa pemerintah. Banyaknya praktik korupsi dengan cara konspirasi yang menggunakan kontrak sebagai instrumen terjadi karena tidak memalakan prinsip transparansi dan akuntabilitas secara konsisten. Dalam situasi seperti ini upaya pengawasan menjadi langkah dominan dalam rangka pemulihan kerugian keuangan negara.

Dasar pijakan teori dalam disertasi ini adalah pemikiran tim promotor yaitu “Asas Proporsionalitas” yang telah dikaji oleh **Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.** selaku ko promotor dan “Prinsip Hukum dalam Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah” dari hasil penelitian **Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum.,** selaku Promotor, yang selanjutnya dikembangkan oleh penulis dalam disertasi ini. Dari penelusuran yang telah penulis lakukan, beberapa penelitian dalam bentuk disertasi yang telah membahas tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah dan Prinsip Proporsionalitas dalam Kontrak, yaitu :

---

<sup>29</sup>*Ibid.*

1. Disertasi **Yohanes Sogar Simamora**, telah dibuat dalam bentuk buku dengan judul “Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Dalam Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah”. Dengan permasalahan meliputi: (1) Prinsip hukum dalam kontrak komersial oleh pemerintah pada umumnya; (2) Prinsip hukum dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah; (3) Prinsip hukum kontrak dalam pembentukan kontrak pengadaan; dan (4) Prinsip hukum kontrak dalam pelaksanaan kontrak pengadaan.
2. Disertasi **Agus Yudha Hernoko**, telah dibuat dalam bentuk buku dengan judul “Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil”. Dengan permasalahan meliputi: (1) Makna dan fungsi asas proporsionalitas dalam kontrak komersil; (2) Penerapan asas proporsionalitas dalam kontrak komersil yang meliputi seluruh proses kontrak mulai dari tahapan pra kontraktual, pembentukan, pelaksanaan kontrak bahkan apabila terjadi sengketa kontrak.
3. Disertasi **Amiruddin** telah dibuat dalam bentuk buku dengan judul “Korupsi Dalam Pengadaan Barang dan Jasa”. Dengan permasalahan meliputi: (1) Tahapan pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah; (2) Tanggung jawab jabatan dan tanggung jawab pribadi dalam pengadaan barang dan jasa; (3) Konsep melawan hukum dan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi.

Dari penelusuran penelitian di atas, penelitian yang penulis lakukan secara substansi baru, dan penting untuk dilakukan serta berbeda dengan penelitian-penelitian yang telah ada.

Berdasarkan uraian latar belakang tersebut di atas, maka isu hukum utama yang dikaji dalam penelitian ini adalah: “Prinsip Proporsionalitas dalam Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah”

Untuk menganalisis dan memecahkan problematika pada isu hukum utama tersebut di atas, maka dalam penelitian ini dirinci lebih lanjut ke dalam 3 (tiga) sub isu hukum sebagai berikut

- 
- a. Aspek Filosofis dan Penerapan prinsip proporsionalitas dalam tahap pembentukan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.
  - b. Penerapan prinsip proporsionalitas dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.
  - c. Penyelesaian sengketa kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

## **2. Tujuan Penelitian**

Tujuan penelitian ini yaitu :

1. Menemukan penerapan prinsip proporsionalitas dalam tahap pembentukan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.
2. Menemukan penerapan prinsip proporsionalitas dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.



3. Menemukan penerapan prinsip proporsionalitas sebagai solusi penyelesaian sengketa kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

### **3. Manfaat Penelitian**

Dalam Penelitian ini ada 2 (dua) manfaat yang dapat diperoleh, yaitu:

1. Secara teoritik hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat untuk:
  - a. Menemukan dan mengembangkan suatu analisis terhadap penerapan prinsip proporsionalitas dalam kontrak pengadaan barang dan jasa.
  - b. Menemukan suatu analisis terhadap penerapan prinsip-prinsip perlindungan hukum bagi penyedia barang/jasa dalam pengadaan barang/jasa oleh pemerintah.
2. Secara praktis hasil penelitian ini bermanfaat untuk:
  - a. Penelitian ini diharapkan dapat memberi masukan bagi badan legislatif dalam merumuskan kebijakan di bidang hukum pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.
  - b. Sebagai sumbangan pemikiran dalam memberikan kajian yang argumentatif hukum mengenai karakteristik pengawasan dan pemeriksaan oleh BPK dalam pengadaan barang/jasa oleh pemerintah.
  - c. Memperkaya bahan hukum yang berguna untuk memecahkan persoalan hukum yang timbul di masyarakat yang terkait dengan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

#### 4. Kerangka Konseptual

##### 4.1. Makna Prinsip Proporsionalitas

Dalam praktek selama ini dijumpai istilah prinsip hukum dan asas hukum serta seringkali dipersamakan pengertian antara keduanya. **Agus Yudha Hernoko**<sup>30</sup>, menyatakan bahwa kedudukan asas hukum dalam semua sistem hukum yang didalamnya mengatur sistem norma hukum mempunyai peranan penting. Asas hukum merupakan landasan atau fondasi yang menopang kokohnya suatu norma hukum.

**Yohanes Sogar Simamora**<sup>31</sup> menyamakan istilah asas dan prinsip. Hal ini mengingat bahwa pengertian asas dan prinsip menurut kamus besar bahasa Indonesia terdapat kesamaan yaitu asas sebagai dasar (sesuai yang menjadi tumpuan berfikir atau pendapat), sedangkan prinsip diartikan sebagai dasar (kebenaran yang menjadi pokok dasar berfikir, bertindak).<sup>32</sup>

Berdasarkan uraian tentang asas hukum dan prinsip hukum di atas, agar tidak terjadi ketidakkonsistenan terhadap penggunaan istilah prinsip dan asas maka penelitian ini menggunakan istilah prinsip. Prinsip memiliki perananan penting dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan salah satu bentuk dari praktik hukum selain penerapan hukum, sehingga perlu didasarkan pada ilmu hukum dari lapisan dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum.

Beberapa pandangan sarjana, seperti **Paul Tillich**, **L. J. van Apeldoorn**, **J. van Kan** dan **J. H. Beekhuis**, yang menyatakan bahwa

---

<sup>30</sup> Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 19.

<sup>31</sup> Yohanes Sogar Simamora, *Op. Cit.*, h. 28.

<sup>32</sup> Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cetakan Kedua, Balai Pustaka, 1989, h. 52.

keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksamaannya. **Beauchamp** dan **Bowie**, dengan kriteria pembagian proporsionalnya, serta pemikiran **Junctohn Rawls** tentang "*justice as fairness*" yang menekankan prinsip hak berlandaskan rasionalitas, kebebasan, dan kesamaan. **P. S. Atijah** memberikan landasan pemikiran mengenai prinsip proporsionalitas dalam kaitannya dengan peran kontrak sebagai landasan pertukaran yang adil di dunia bisnis, bahwa transaksi para pihak yang berkontrak sesuai dengan apa yang diinginkan (*proportion in what they want*).<sup>33</sup>

**Peter Mahmud Marzuki**<sup>34</sup> menyebutkan bahwa:

“Prinsip proporsionalitas dengan istilah "*equitability contract*" dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna "*equitability*" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (*fair*), artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar. Dengan merujuk pada prinsip *aequitas praestations*, yaitu prinsip yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum pretium*, yaitu kepatantasan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk ke dalam kontrak berada dalam keadaan yang tidak sama. Akan tetapi ketidaksamaan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak yang dominan untuk memaksakan kehendaknya secara tidak memadai kepada pihak lain. Dalam situasi semacam inilah asas proporsionalitas bermakna *equitability*.”

Dari pendapat-pendapat tersebut **Agus Yudha Hernoko** kemudian mengemukakan bahwa sesungguhnya prinsip proporsionalitas adalah bentuk dari penerapan doktrin “keadilan berkontrak” yang mengoreksi penerapan “kebebasan berkontrak” yang dalam beberapa hal menimbulkan ketidakadilan.<sup>35</sup>

## 4.2. Kontrak Pemerintah

---

<sup>33</sup> Lihat Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 47-64.

<sup>34</sup> Peter Mahmud Marzuki, dalam Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 86.

<sup>35</sup> Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 87.



Seseorang akan berusaha untuk memenuhi kebutuhan dan kepentingan pribadinya, demikian juga dengan pemerintah yang dituntut untuk memenuhi kebutuhan masyarakatnya atau kebutuhan publik (*public interest*) secara permanen dan terus-menerus. Seperti halnya individu melakukan hubungan kontraktual dalam memenuhi kebutuhannya maka pemerintah pun melakukan hal yang sama.

Pemanfaatan lembaga hukum perdata oleh pemerintah telah dikenal sejak lama. Dalam skala sempit hubungan hukum itu hanya dalam batas jual beli. Ini terjadi dalam jenis kontrak pengadaan. Dalam perkembangannya hubungan hukum antara pemerintah dan swasta semakin beragam dan kompleks. Alasan utama kontraktualisasi adalah bahwa dengan instrumen perdata ini pemerintah dalam hal-hal tertentu lebih mudah dan efisien dalam mencapai tujuan pemerintah.<sup>36</sup> Suatu kegiatan atau program pemerintah yang mungkin cukup sulit untuk dilaksanakan dengan tindakan yang bersifat sepihak, akan mendapatkan kemudahannya melalui penggunaan instrumen hukum perdata. Dalam perjalanannya, pemerintah kemudian menjadikan sarana hukum kontrak sebagai salah satu cara dalam menjalankan fungsinya ini, bahkan telah menjadi fenomena yang mengubah budaya dalam dunia administrasi Negara seperti yang di katakana oleh **Hugh Collins**,<sup>37</sup> “*Government through contracts therefore represents change in the culture of*

---

<sup>36</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara (Buku I Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara)*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002, h. 112.

<sup>37</sup> Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2002, h. 303.

*public administration, from a stance of benevolent and responsive hierarchy to one of precise, delimited, delivery of efficient services”.*

**Indroharto**, menyatakan bahwa terdapat beberapa keuntungan bagi pemerintah dalam memanfaatkan lembaga-lembaga keperdataan, yaitu:<sup>38</sup>

- a. Warga masyarakat telah terbiasa berkecimpung dalam suasana kehidupan hukum perdata;
- b. Lembaga keperdataan telah terbukti kemanfaatannya dan sudah dikenal sebagai bentuk yang digunakan dalam perundang-undangan yang luas dan yurisprudensi;
- c. Lembaga keperdataan dapat ditetapkan hampir untuk segala keperluan karena sifatnya yang fleksibel dan jelas sebagai suatu instrument;
- d. Lembaga keperdataan dapat diterapkan karena terdapat kebebasan bagi para pihak dalam membuat perjanjian;
- e. Sering kali terjadi jalur hukum publik menemui jalan buntu, tetapi jalur melalui hukum perdata justru dapat memberikan jalan keluarnya;
- f. Ketegangan yang disebabkan oleh tindakan yang slalu bersifat sepihak dari pemerintah dapat di kurangi; dan,
- g. Berbeda dengan tindakan yang bersifat sepihak dari pemerintah, tindakan menurut hukum perdata dapat memberikan jaminan-jaminan perbedaan, misalnya ganti rugi.

Kontraktualisasi membawa implikasi kontrak yang dibuat oleh pemerintah akan selalu terdapat unsur hukum publik. Inilah alasan mengapa kontrak pemerintah disebut sebagai kontrak publik. Kontrak publik merupakan kontrak yang di dalamnya terkandung hukum publik karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa (pemerintah). Di samping dalam fase pembentukan, terutama menyangkut prosedur dan kewenangan pejabat publik, elemen hukum publik juga terdapat dalam fase pelaksanaan dan penegakan (*enforcement*) kontrak.<sup>39</sup> Daya kerja hukum publik berlaku dalam semua fase ini. Adanya unsur hukum publik inilah yang menjadi alasan mengapa kontrak

---

<sup>38</sup> Indroharto, *Op. Cit.*, h. 112-113.

<sup>39</sup> Yohanes Sogar Simamora I, *Op. Cit.*, h. 81.

pemerintah ada yang menilai bukan sebagai kontrak melainkan sebagai “peraturan” karena isi yang terkandung di dalamnya tidak mencerminkan adanya persesuaian kehendak.

Apa yang terkandung dalam kontrak pemerintah pada dasarnya adalah kemauan sepihak dari pemerintah. Syarat-syarat dalam kontrak telah disiapkan oleh pemerintah melalui perancang yang terampil dan berpengalaman. Pihak kontraktor atau pemasok hanya mempunyai dua pilihan, yaitu setuju atau tidak setuju. Sama sekali tertutup kemungkinan melakukan penawaran balik. Kontrak baku yang secara luas digunakan dalam praktek kontrak pemerintah, hanya menyisakan sedikit hak bagi kontraktor, selebihnya adalah kewajiban yang harus dipatuhi.<sup>40</sup> Kontrak pemerintah yang pada umumnya dikatakan berkekuatan sebagaimana peraturan itu, tercemm dalam kontrak baku yang tergolong ke dalam kontrak adhesi.

Kedudukan pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual memang istimewa. Situasi ini pada akhirnya akan membawa kompleksitas pada hubungan hukum yang terbentuk. Di samping adanya kemungkinan penyalahgunaan keadaan (*Misbruik van Omstandigheden*) yang merugikan pihak swasta, namun tidak tertutup kemungkinan timbulnya persoalan hukum yang cukup rumit. Hal tersebut dapat diakibatkan, antara lain karena tidak memadainya aturan yang tersedia, dan juga karena faktor kurangnya pemahaman pejabat dalam memanfaatkan instrumen hukum perdata tersebut.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, h. 82.



Kemungkinan yang tidak menguntungkan yang patut diperhitungkan dalam kaitan dengan kontrak pemerintah itu adalah:<sup>41</sup>

- a. Penggunaan lembaga-lembaga hukum perdata oleh pemerintah dalam menyelenggarakan urusan pemerintah itu tidak selalu pasti dimungkinkan dalam hal untuk mencapai suatu tujuan pemerintah itu tersedia bentuk-bentuk menurut hukum publik;
- b. Pengaturan pembagian wewenang intern jajaran pemerintah kadang-kadang menjadi kacau dengan digunakannya suatu jalur hukum perdata;
- c. Efektivitas pengawasan preventif dan represif maupun jalur banding administratif ada kalanya tidak dapat ditempuh;
- d. Dengan posisinya yang khusus karena berkewajiban menjaga dan memelihara kepentingan umum, pemerintah menuntut dalam hubungan hukum yang diciptakan suatu kedudukan yang khusus pula yang memberikan hak untuk melakukan pemutusan perjanjian secara sepihak;
- e. Penggunaan lembaga hukum perdata dalam penyelenggaraan urusan pemerintah mudah sekali menjurus kearah bentuk *de'tournement de procedure*, artinya dengan menempuh jalur perdata tersebut lalu menyimpang dari jaminan-jaminan prosedural atau lain-lain jaminan perlindungan hukum yang dapat diberikan oleh hukum publik;
- f. Pemerintah dapat menyalahgunakan posisi yuridisnya, karena dengan jalur perdata itu kemungkinan-kemungkinan yang dapat dipilih lebih leluasa;

---

<sup>41</sup> Indroharto, *Op. Cit.*, h. 113-114.

- g. Pemerintah juga dapat menyalahgunakan kenyataan posisinya sebagai penguasa yang berkuasa maupun sebagai pemegang monopoli atau kombinasi keduanya; dan,
- h. Dengan membuat perjanjian yang juga berlaku untuk waktu yang akan datang, berarti pejabat mengikat para penerusnya yang mungkin tidak sependapat dengan perjanjian tersebut yang lalu dapat berakibat dibatalkannya secara sepihak perjanjian yang telah dibuat itu.

Adanya unsur hukum publik dalam kontrak pemerintah, menempatkan pemerintah dalam dua peran. Di satu sisi, sebagai kontraktan pemerintah berkedudukan seperti subjek hukum privat, di sisi lain dalam kedudukan sebagai badan hukum publik, pemerintah menjalankan fungsi pelayanan publik.<sup>42</sup> Dalam kaitan ini maka di samping pemerintah terikat pada ketentuan yang terdapat dalam konstitusi dan undang-undang, pemerintah juga terikat pada ketentuan hukum privat, khususnya dalam hubungannya dengan kontrak.

Di Indonesia, kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai pihak kontraktan masuk ke dalam kategori perbuatan hukum privat. Hubungan hukum yang terbentuk merupakan hubungan hukum dalam lingkup hukum perdata. Sekalipun di dalam jenis kontrak yang melibatkan pemerintah ini, terdapat pemerintah sebagai kontraktan dan berlaku syarat-syarat khusus yang termasuk dalam hukum publik dalam pembentukannya, namun hubungan yang terbentuk adalah murni hukum perdata. Keabsahan kontrak yang

---

<sup>42</sup> *Ibid*, h. 337-338.

terbentuk diukur juga oleh Pasal 1320 BW sebagai aturan awal untuk menentukan keabsahan suatu kontrak.

Menyangkut kewenangan untuk mengadili, bukan merupakan ruang lingkup kewenangan peradilan tata usaha negara, melainkan peradilan umum. Hal ini sebagai akibat dari tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara selaku pelaku hukum keperdataan yang melakukan perbuatan hukum keperdataan.

#### 4.3. Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa

Dalam menjalankan fungsi penyelenggaraan negara, pemerintah mempunyai peranan ganda (*double role*). Kontraktualisasi oleh pemerintah dilakukan dalam kapasitasnya sebagai subjek hukum privat (*civil actor*) dan dimungkinkan karena adanya prinsip kebebasan berkontrak. Sekalipun kontrak yang terbentuk tergolong sebagai kontrak privat dan bukan *administrative contract* namun demikian dalam kontrak komersial oleh pemerintah, bekerja pula prinsip dan norma hukum publik berdampingan dengan prinsip dan norma hukum privat sebagai implikasi kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik (*public actor*) yang tidak terlepas.<sup>43</sup> Kedudukan pemerintah yang istimewa dalam hubungan kontraktual itu terdapat baik pada fase pembentukan, fase pelaksanaan maupun fase penegakan.

---

<sup>43</sup>Yohanes Sogar Simamora I, *Op. Cit.*, h. 308.



Tahapan pengadaan barang dan jasa berdasarkan pengkelompokan kegiatannya dapat dibagi, menjadi 4 (empat) bagian, yaitu:

1. Tahap persiapan pengadaan. Pada tahap ini kegiatannya meliputi:
  - a. Perencanaan pengadaan barang dan jasa;
  - b. Pembentukan panitia pengadaan barang dan jasa;
  - c. Penetapan sistem pengadaan barang dan jasa;
  - d. Penyusunan jadwal pengadaan barang dan jasa;
  - e. Penyusunan Harga Perkiraan Sendiri (HPS);
  - f. Penyusunan Dokumen Pengadaan barang dan jasa;
2. Tahap Proses pengadaan. Pada tahap uji kegiatan meliputi:
  - a. Pemilihan penyedia barang dan jasa;
  - b. Penetapan penyedia barang dan jasa;
3. Tahap Penyusunan Kontrak;
4. Tahap Pelaksanaan Kontrak.<sup>44</sup>

Prinsip dan norma hukum dalam pembentukan kontrak pengadaan oleh pemerintah pada dasarnya sama dengan pembentukan kontrak privat pada umumnya. Sekalipun pemerintah sebagai penguasa dinilai mempunyai posisi tawar lebih tinggi, kontrak yang dibentuk negara merupakan kontrak komersial (*commercial contract*). Oleh sebab itu prinsip negosiasi dalam membentuk kesepakatan sebagaimana berlaku pada kontrak komersial berlaku pula bagi kontrak pengadaan. Batasan-batasan yang berlaku pada kontrak konsumen (*consumer contract*) tidak berlaku pada kontrak pengadaan.

---

<sup>44</sup>Amiruddin, *Op. Cit.*, h. 46-47.

Penilaian keabsahan kontrak pengadaan oleh pemerintah sama dengan instrumen yang digunakan untuk mengukur keabsahan kontrak privat, kecuali mengenai syarat kewenangan pejabat dalam membuat dan menandatangani kontrak.

Penilaian terhadap keabsahan kontrak pengadaan barang dan jasa selain harus memenuhi syarat keabsahan kontrak sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 BW yaitu sepakat dan kecakapan mereka yang membuat kontrak, mengenai suatu hal tertentu dan mengenai hal yang diperbolehkan, keabsahan kontrak pengadaan harus pula memenuhi syarat-syarat lain, yaitu:

1. Prosedur

Bahwa prosedur dan tata cara pelaksanaan pengadaan secara konsisten harus memenuhi dan mengacu pada prinsip yang tertuang dalam Pasal 3 Perpres 70 Tahun 2012. Pada prinsipnya metode pemilihan penyedia barang/jasa dalam pengadaan adalah melalui pelelangan atau seleksi umum namun demikian dalam situasi tertentu pemilihan penyedia barang/jasa dapat pula dilakukan dengan pelelangan atau seleksi terbatas, pemilihan atau seleksi langsung, dan penunjukan langsung. Prosedur dan tata cara dalam pelelangan umum dan pelelangan terbatas pada dasarnya sama sedangkan perbedaannya terletak pada jumlah peserta saja. Perpres 70 Tahun 2012 telah memberikan pedoman menyangkut pelelangan ini yang disusun berdasarkan proses mulai dari pengumuman dan pendaftaran peserta, pasca kualifikasi dan prakualifikasi, penyusunan daftar peserta lelang, penjelasan lelang (*aanwijzing*), penyampaian dan pembukaan

dokumen penawaran, evaluasi penawaran, pembuktian kualifikasi, pembuatan berita acara hasil pelelangan, penetapan pemenang lelang, pengumuman pemenang lelang, sanggahan peserta lelang, penerbitan surat penunjukan penyedia barang/jasa, pelelangan gagal dan pelelangan ulang dan tahap penandatanganan kontrak.

Panitia atau pejabat pengadaan diwajibkan mengumumkan secara luas tentang adanya pelelangan dengan pascakualifikasi atau prakualifikasi baik melalui media cetak, papan pengumuman resmi atau media elektronik.

Untuk pelelangan atau prakualifikasi yang ditujukan bagi usaha kecil atau koperasi kecil jangkauan publikasi itu meliputi seluruh daerah kabupaten atau kota, sedangkan untuk perusahaan atau koperasi yang tidak termasuk kategori kecil, publikasi itu menjangkau wilayah nasional.<sup>45</sup>

## 2. Kewenangan

Kewenangan merupakan salah satu syarat yang menentukan keabsahan kontrak yang dibuat oleh badan hukum, baik badan hukum privat maupun badan hukum publik. Dalam kaitan dengan kontrak pengadaan oleh pemerintah, perhatian terhadap pemenuhan syarat kewenangan tidak saja pada tahap penandatanganan kontrak, tetapi juga proses pengadaannya. Bahwa pejabat yang mewakili pemerintah harus berwenang untuk menandatangani kontrak pengadaan barang dan jasa, demikian pula calon penyedia barang dan jasa harus mempunyai kapasitas dalam menandatangani kontrak pengadaan.

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, h. 160-161.



Demikian juga mengenai syarat kewenangan bagi penyedia barang/jasa telah ditentukan sejak saat proses prakualifikasi. Pada tahap ini telah ditentukan persyaratan bahwa calon penyedia barang/jasa secara hukum juga harus mempunyai kapasitas dalam menandatangani kontrak. Demikian pula pada tahapan pengajuan penawaran, surat penawaran yang diajukan oleh penyedia barang/jasa harus ditandatangani oleh pemimpin/direktur utama perusahaan atau kuasanya, kepala cabang perusahaan atau pihak yang menurut konsorsium, perjanjian kerjasama adalah berhak mewakili perusahaan kerjasama tersebut. Syarat kewenangan ini merupakan salah satu dari keseluruhan syarat administrasi yang wajib dipenuhi oleh calon penyedia barang/jasa.

3. Substansi

Salah satu prinsip dasar dalam pelaksanaan anggaran yang terkait dengan pengadaan dalam hal ini bahwa setiap pejabat dilarang melakukan tindakan yang berakibat pengeluaran atas beban APBN/APBD jika anggaran untuk membiayai pengeluaran tersebut tidak tersedia atau tidak cukup tersedia. Dengan kata lain, isi dari kontrak pengadaan tidak boleh merugikan negara.

Dalam tender pengadaan, akseptasi dari pemerintah adalah pada saat ditetapkannya pemenang tender yakni peserta yang penawarannya dinilai terbaik dan menguntungkan negara (*responsif*). Tahap penetapan pemenang tender dapat dikategorikan sebagai *final stage* dari keseluruhan proses menuju pembentukan kontrak

Perikatan akan menimbulkan hak dan kewajiban. Demikian pula dalam perikatan yang dibentuk oleh pemerintah, akan timbul hak dan kewajiban. Lahirnya hak dan kewajiban inilah yang pada akhirnya melahirkan juga hak gugat satu terhadap yang lain. Dalam setiap hubungan kontraktual tanggung gugat ini lahir manakala salah satu pihak, dalam hal ini debitor, melalaikan kewajibannya. Dalam situasi dimana debitor tidak melaksanakan kewajiban kontraktualnya maka debitor tersebut bertanggung gugat. Tanggung gugat ini adalah tanggung gugat dalam hubungan kontraktual.

Dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah yang dimaksud dengan prinsip dasar adalah hal-hal mendasar yang harus dijadikan acuan dan dijalankan dalam pengadaan barang dan jasa. Prinsip-prinsip dasar tersebut dituangkan dalam bentuk ketentuan/peraturan/standar yang harus diterapkan dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah. Prinsip-prinsip dasar mengandung pengertian agar dalam pelaksanaan pengadaab barang dan jasa pemerintah dapat dilaksanakan secara efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil dan tidak diskriminatif, serta akuntable

Transparansi merupakan prinsip dasar dalam pembentukan dan pelaksanaan kontrak komersial oleh pemerintah baik untuk kontrak pengadaan maupun non-pengadaan. Prinsip ini berfungsi untuk melindungi keuangan negara dari timbulnya kerugian. Legislasi yang secara khusus mengatur kontrak komersial oleh pemerintah diperlukan untuk menjamin kepastian hukum baik bagi pejabat maupun pihak swasta/privat dengan siap pemerintah berkontrak. Transparansi dan non-dikriminasi merupakan prinsip universal

dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah. Penerapannya meliputi 2 (dua) hal, yakni pada segi substansi dan prosedur.

Prinsip transparansi bukan merupakan prinsip yang satu-satunya harus dipenuhi, sebab dalam pelaksanaan kontrak pengadaan, berlaku pula prinsip *confidentiality* khususnya pada pengadaan alat pertahanan negara. Sementara itu, mengingat implikasi penerapan prinsip *privity of contract* dalam praktik subkontrak, diperlukan standarisasi kontrak standar yang khusus dipergunakan bagi pemberian subkontrak. Program penjaminan mutu (*quantity assurance*) dan inspeksi merupakan syarat penting dalam pelaksanaan kontrak pengadaan. Agar pelaksanaan kontrak pengadaan mencapai hasil yang optimal maka penjaminan mutu hendaknya dirumuskan juga sebagai syarat kontrak.



Prinsip *responsibility* atau pertanggungjawaban merupakan prinsip penting dalam pelaksanaan tender yakni pada tahap evaluasi penawaran.



Dalam hal ini Harga Penilaian Sendiri mempunyai fungsi penting guna menilai responsif tidaknya suatu penawaran.

Prinsip proporsionalitas penting diperhatikan dalam tahap pembentukan dan tahap pelaksanaan kontrak karena dapat dengan cepat, mudah dan adil dalam penyelesaian sengketa Kontrak khususnya manakala pemerintah hendak melakukan pemutusan kontrak dan pengenaan ganti rugi. Pemutusan sepihak dapat dilakukan jika pihak penyedia barang dan jasa tidak melaksanakan kewajiban yang fundamental (*fundamental non-performance*).

## 5. Metode Penelitian

### 5.1. Pendekatan Masalah

Metode penelitian yang digunakan dalam menyusun disertasi ini menggunakan penelitian hukum. Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.<sup>46</sup> Penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi, jawaban yang diharapkan di dalam penelitian hukum adalah *right*, *appropriate*, *inappropriate* atau *wrong*, dengan demikian hasil yang diperoleh di dalam penelitian hukum sudah mengandung nilai.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007, h. 35. (Selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki II).

<sup>47</sup>*Ibid.*

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini meliputi, pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).

Pendekatan undang-undang (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua perundang-undangan dan regulasi yang terkait dengan pengadaan barang/jasa pemerintah yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang dikaji, hasil dari telaah tersebut merupakan suatu argumen untuk memecahkan isu hukum yang sedang dikaji.

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dalam penelitian ini beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum, khususnya hukum tentang pengadaan barang/jasa pemerintah. Doktrin-doktrin tersebut, diperoleh melalui buku-buku hukum.

Selanjutnya Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang terkait dengan pengadaan barang/jasa pemerintah yang relevan dengan isu hukum yang diajukan. Kasus itu dapat berupa kasus yang terjaid di Indonesia maupun di negara lain. Yang menjadi kajian pokok dalam pendekatan kasus ini yaitu *ratio decidendi* atau pertimbangan hakim untuk sampai kepada suatu putusan. Didalam pendekatan kasus, beberapa kasus pengadaan barang/jasa pemerintah akan ditelaah untuk referensi bagi suatu isu hukum.

### 5.1. Bahan Hukum

Untuk menyelesaikan dan menjawab pertanyaan di atas maka diperlukan sumber-sumber penelitian yang dapat dibedakan menjadi sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahan hukum sekunder.<sup>48</sup> Bahan-bahan hukum primer merupakan bahan-bahan hukum yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas, yang terdiri dari perundang-undangan, putusan-putusan hakim.<sup>49</sup> Bahan-bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen resmi yang meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.<sup>50</sup> Untuk mencari bahan-bahan hukum<sup>51</sup> tersebut studi kepustakaan merupakan cara yang ditempuh untuk memperoleh bahan-bahan hukum tersebut.

Memperhatikan definisi di atas, dalam penelitian hukum ini bahan hukum yang dijadikan sebagai rujukan, meliputi:

- a. bahan hukum primer, yaitu: peraturan perundang-undangan (BW, KUHP, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Keputusan Presiden, peraturan/keputusan Menteri dan keputusan-keputusan Badan atau Pejabat

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, h.95.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Mengenai bahan-bahan hukum ini sejalan pula dengan pendapat **Terry Hutchinson**, bahwa bahan hukum terdiri dari bahan Hukum Primer dan bahan Hukum Sekunder merupakan *Penelitian Doktrinal*. Bahan hukum primer (*the primary materials*) adalah sumber hukum yang actual – legislasi dan kasus hukum (*the actual sources of the law – the legislation and case law*), dan bahan hukum sekunder (*the secondary materials*) adalah komentar atau pendapat hukum yang ditemukan dalam buku-buku hukum dan jurnal hukum (*the commentary on the law found in textbooks and legal journals*). Sumber referensi dapat juga berupa ensiklopedi hukum, kutipan kasus-kasus (*legal encyclopaedias, case digests and case citators*) yang merupakan indeks dan akses menuju sumber utama. Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook, Co, Australia, 2002, h. 9.



Tata Usaha Negara), dan putusan pengadilan (Mahkamah Agung Republik Indonesia).

- b. bahan hukum sekunder meliputi, doktrin, *teksbook*, jurnal<sup>52</sup>, majalah serta sumber-sumber lain yang berkaitan dengan isu hukum yang akan dipecahkan.

## 5.2. Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum baik primer maupun sekunder yang diperoleh dengan menggunakan metode bola salju (*snow ball theory*), akan diinventarisasi dan diidentifikasi untuk selanjutnya dipergunakan dalam menganalisis permasalahan yang berhubungan dengan penelitian ini. Dalam melakukan inventarisasi serta identifikasi bahan hukum dipergunakan sistem kartu (*card system*) yang penatalaksanaannya dilakukan dengan secara kritis, logis dan sistematis. Dengan langkah-langkah demikian diharapkan akan lebih mempermudah alur pembahasan dan penyelesaian (penulisan) penelitian ini.

## 5.3. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Suatu karya tulis ilmiah (disertasi) selalu memiliki karakter sistematis-logis, sehingga penelitian tersebut dilakukan melalui tahapan-tahapan yang runtut dan teratur. Dalam penelitian ini tahapan yang dilakukan meliputi:

- a. inventarisasi bahan hukum;
- b. identifikasi bahan hukum;
- c. sistematisasi bahan hukum;

---

<sup>52</sup> Termasuk jurnal online.

- d. analisis bahan hukum;
- e. perancangan dan penulisan.

Rangkaian tahapan dilakukan dengan inventarisasi dan identifikasi terhadap sumber bahan hukum yang relevan (primer dan sekunder). Langkah berikutnya melakukan sistematisasi keseluruhan bahan hukum yang ada. Proses sistematisasi ini juga diberlakukan terhadap asas-asas hukum, teori-teori, konsep-konsep, doktrin serta bahan rujukan lainnya.

Kemudian akan dilakukan kajian atau analisis terhadap bahan hukum yang berkenaan dengan penerapan prinsip proporsionalitas dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah yang terdiri atas:

1. pengklasifikasian secara logis-sistematis, argumentatif sesuai dengan bahan hukum yang ada.
2. Penafsiran sesuai dengan rumusan masalah yang telah ditentukan, sehingga diharapkan akan memperoleh gambaran yang jelas mengenai penerapan prinsip proporsionalitas dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

## 6. Pertanggungjawaban Sistematisa

Hasil penelitian ini akan dituangkan dalam 5 (lima) bab. Bab I memaparkan secara singkat masalah yang merupakan pokok batasan dalam bab berikutnya. Penulis menempatkan pendahuluan pada awal Bab I yang berisi penulisan Disertasi ini secara garis besar. Penelitian ini diawali dengan menguraikan latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat

penelitian, kerangka konseptual, metode penelitian dan kemudian diakhiri dengan pertanggungjawaban sistematika. Uraian dalam sistematika Bab I merupakan landasan pijak bagi penelitian disertasi yang akan mengantar pada pembahasan bab-bab berikutnya.

Pada Bab II berisi pembahasan mengenai “Aspek Filosofis dan Penerapan prinsip proporsionalitas dalam tahap pembentukan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah” Bab ini beranjak dari pemikiran bahwa hukum kontrak merupakan bingkai aturan main bagi para pihak dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah. Keterkaitan para pihak dalam berkontrak secara filosofis didasarkan pada prinsip-prinsip keadilan. Oleh karena itu, dalam bab ini akan dibahas aspek filosofis dan keabsahan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah, keabsahan pelelangan pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dan penerapan prinsip proporsionalitas dalam pelelangan pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

Selanjutnya pada Bab III akan membahas mengenai “Prinsip Proporsionalitas dalam Pelaksanaan Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah. Bab ini menjelaskan penerapan prinsip proporsionalitas dalam pelaksanaan dan penyelesaian sengketa kontrak pengadaan, ruang lingkup pengawasan oleh BPK maupun oleh instansi pemerintah lainnya terkait dengan prosesi pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.

Pada Bab IV perlindungan hukum bagi penyedia barang dan jasa oleh pemerintah yang diawasi dan diperiksa oleh BPK. Dalam bab ini membahas



tentang penerapan pengawasan oleh BPK, serta model penyelesaian sengketa terhadap temuan BPK berdasarkan prinsip proporsionalitas.

Pada Bab V akan diuraikan penutup dari keseluruhan penulisan penelitian ini. Bab ini berisi kesimpulan dari bab-bab sebelumnya dan sekaligus merupakan jawaban atas permasalahan yang dikemukakan pada rumusan masalah. Pada akhir bab V penulis mengemukakan saran-saran yang relevan dengan permasalahan yang penulis kemukakan pada Bab I.

