

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Negara adalah suatu organisasi yang berada dalam suatu wilayah , dan merupakan pemegang kekuasaan tertinggi yang sah dan wajib ditaati oleh seluruh rakyat yang berada di dalamnya. Pada dasarnya negara berfungsi mengatur tata kehidupan bernegara agar tujuan negara tercapai. Supaya tujuan negara dapat tercapai, ada beberapa hal yang harus dilaksanakan oleh negara, salah satunya adalah untuk mengusahakan kesejahteraan dan kemakmuran rakyatnya. Terkait dengan upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat ini, maka pemerintah memiliki kewajiban untuk menyediakan berbagai kebutuhan rakyat, baik yang berupa barang, jasa, ataupun pembangunan diberbagai bidang. Sedangkan disisi lain, pemerintah pun juga membutuhkan barang dan jasa guna mendukung pelaksanaan segala kegiatan pemerintahan. Dalam kaitannya dengan kebutuhan akan barang dan jasa tersebut tentunya penting untuk dibuat suatu kontrak yang berfungsi sebagai sarana untuk mempermudah segala transaksi komersial yang dibuat oleh pemerintah, baik itu pemerintah pusat maupun pemerintah daerah. Hal ini mengingat kebutuhan Pemerintah yang harus dipenuhi dengan melalui pengadaan dari pihak swasta ini dalam jumlah yang sangat besar, jenisnya yang beraneka, serta kualitas yang beragam, sehingga sangat perlu untuk menuangkannya kedalam sebuah kontrak dengan tujuan agar segala sesuatu yang terkait mengenai hak dan kewajiban masing-masing pihak yang berkontrak, serta tujuan dari

dibuatnya kontrak tersebut dapat tercapai. Tindakan pemerintah dengan pihak penyedia jasa inilah yang nantinya menimbulkan adanya suatu hubungan kontraktual. Hubungan Kontraktual ini dibedakan berdasarkan beberapa jenis. Apabila dilihat dari sisi anggaran, kontrak yang dibuat oleh pemerintah itu dapat dibedakan menjadi dua jenis, yaitu kontrak yang bersifat pembelanjaan dan kontrak yang membawa penerimaan pendapatan.¹ Tindakan Pemerintah dalam hal pengadaan barang dan jasa tersebut masuk kedalam pengertian dari kontrak yang bersifat pembelanjaan.

Dalam pasal 1 perpres nomor 70 Tahun 2012 perubahan kedua atas perpres nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan 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.² Pengadaan barang dan jasa dilakukan oleh Pemerintah dalam menjalankan fungsi penyelenggaraan Negara. Dalam kaitan ini pemerintah melibatkan diri dalam suatu hubungan kontraktual dengan sektor swasta yakni dengan mengikatkan diri ke dalam suatu kontrak pengadaan barang dan jasa. Hubungan kontraktual yang dibentuk oleh Pemerintah itu juga

¹Pasal 11 Undang-undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara.

²Pasal 1 Perpres Nomor 54 tahun 2010 jo Perpres Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

terkait dengan kewajibannya untuk menyediakan, membangun dan memelihara fasilitas umum (*public utility*).³

Pengertian kontrak itu sendiri sebenarnya hampir serupa dengan perjanjian. Pengertian Perjanjian diatur di dalam Bab II Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang “Perikatan-Perikatan yang dilahirkan dari Kontrak atau Perjanjian”, mulai Pasal 1313 sampai dengan Pasal 1351, dimana ketentuan dalam Pasal 1313 merumuskan pengertian perjanjian yang berbunyi : “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.

Secara gramatikal, istilah kontrak berasal dari bahasa inggris yaitu *contract*. Baik perjanjian maupun kontrak mengandung pengertian yang sama yaitu suatu perbuatan hukum untuk saling mengaitkan para pihak kedalam suatu hubungan hukum perikatan. Istilah kontrak lebih sering digunakan dalam praktek bisnis.⁴

Dalam pembuatan suatu kontrak harus sesuai dengan syarat sahnya perjanjian yang terdapat dalam pasal 1320 BW, yaitu sepakat mereka yang mengikatkan dirinya, kecakapan untuk membuat suatu perikatan, suatu hal tertentu, suatu sebab yang diperbolehkan. Syarat sepakat dan cakap ini disebut sebagai syarat subyektif, karena kedua syarat tersebut harus dipenuhi oleh subyek hukum. Bila kedua syarat tersebut tidak dipenuhi maka akan mengakibatkan suatu perjanjian menjadi dapat dibatalkan. Maksudnya adalah perjanjian tersebut

³Yohanes Sogar Simamora, 2009, *Hukum Perjanjian Prinsip Umum Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah*, LaksBang PRESSindo, Yogyakarta, Hlm. 2.

⁴<http://www.legalakses.com/perikatan-perjanjian-kontrak>, diakses pada tanggal 16 Agustus 2014, pukul 20.38.

menjadi batal apabila ada yang memohonkan pembatalan. Sedangkan syarat suatu hal tertentu dan suatu sebab yang diperbolehkan disebut sebagai syarat obyektif, karena kedua syarat ini harus dipenuhi terkait objek perjanjian. Bila syarat tersebut tidak dipenuhi maka mengakibatkan perjanjian tersebut menjadi batal demi hukum. Artinya adalah sejak semula dianggap tidak pernah ada suatu perikatan atau dianggap bahwa perjanjian tersebut tidak pernah lahir.

Disamping syarat yang terdapat dalam pasal 1320 BW tersebut, seperti halnya kontrak pada umumnya, kontrak pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah ini juga harus memenuhi prinsip umum hukum kontrak. Hal ini guna terpenuhinya keabsahan dari kontrak yang dibuat. Salah satu prinsip umum dalam hukum kontrak adalah prinsip kebebasan berkontrak.

Kebebasan berkontrak menjadi penting dalam mendukung kepentingan para pelaku ekonomi. Kebebasan inilah yang pada akhirnya melahirkan kontrak adhesi. Kontrak yang semula bersifat individual berkembang menjadi kolektif dan yang lebih penting dengan sifat adhesi itu terjadi pelepasan tanggung jawab akibat tidak dilaksanakannya suatu kewajiban.⁵

Akan tetapi dalam beberapa hal prinsip tersebut terkadang dikesampingkan atau dibatasi dalam kontrak pemerintah dengan adanya alasan kepentingan umum. Kepentingan umum adalah termasuk kepentingan bangsa dan negara serta kepentingan bersama dari rakyat, dengan memperhatikan segi-segi sosial, politik, psikologis dan pertahanan keamanan nasional atas dasar asas-asas

⁵ Yohanes Sogar Simamora, *op.cit*, Hlm. 39

pembangunan nasional dengan mengindahkan ketahanan nasional serta wawasan nusantara.⁶

Kontrak pemerintah ini memang termasuk kedalam kontrak privat, sehingga berlakulah prinsip dan norma hukum dalam kontrak pada umumnya. Akan tetapi karena didalamnya menyangkut masalah kepentingan umum tersebut maka harus tunduk pada batasan-batasan tertentu baik yang terdapat didalam konstitusi ataupun undang-undang. Oleh sebab itu ada pembatasan dalam pemberlakuan prinsip kebebasan berkontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah tersebut. Padahal sebuah kontrak dibuat berdasarkan kesepakatan para pihak dan juga setiap orang bebas untuk melakukan atau membuat perjanjian.

Dengan adanya limitasi terhadap prinsip kebebasan berkontrak, maka bukan tidak mungkin pihak yang menjadi rekanan pemerintah dalam kontrak tersebut, yaitu pihak penyedia jasa dapat mengalami kerugian atau permasalahan yang dikarenakan kontrak antara mereka dengan pihak pemerintah dibuat tidak sepenuhnya sesuai dengan kehendak atau keinginan.

Berdasarkan latar belakang diatas maka penulis mengambil tesis dengan judul “LIMITASI KEBEBASAN BERKONTRAK DALAM KONTRAK PENGADAAN BARANG DAN JASA OLEH PEMERINTAH”

⁶ John Salindeho, 1993, *Masalah Tanah Dalam Pembangunan*, Sinar Grafika, Jakarta, Hlm. 40.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka dirumuskan beberapa permasalahan pokok sebagai berikut :

1. Bagaimanakah penerapan prinsip kebebasan berkontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah?
2. Apakah perlindungan hukum yang diberikan kepada pihak penyedia barang dan jasa dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah sebagai akibat dari adanya limitasi dalam kebebasan berkontrak?

1.3 Tujuan Penulisan

Agar dapat menuju sasaran yang tepat dan dikehendaki, maka perlu kiranya dalam penyusunan karya tulis ini ditetapkan suatu tujuan penulisan. Adapun tujuan yang hendak dicapai dalam penulisan tesis ini berupa tujuan umum dan tujuan khusus.

1.3.1 Tujuan umum

Tujuan Umum dari penulisan tesis ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk memenuhi dan melengkapi salah satu tugas dan persyaratan akademis guna mencapai gelar Magister Kenotariatan pada fakultas Hukum Universitas Airlangga;
2. Untuk mengembangkan ilmu pengetahuan hukum yang diperoleh selama perkuliahan yang bersifat teoritis yang selanjutnya akan
3. dikembangkan sesuai dengan realita yang ada dalam masyarakat.

4. Untuk memberikan kontribusi dan sumbangan pemikiran yang berguna bagi masyarakat pada umumnya dan mahasiswa Magister Kenotariatan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga serta Almamater.

1.3.2 Tujuan khusus

Tujuan khusus dari penulisan tesis ini adalah sebagai berikut :

1. Menganalisis mengenai penerapan prinsip kebebasan berkontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah.
2. Menganalisis bentuk perlindungan hukum yang diberikan bagi pihak penyedia barang dan jasa dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah sebagai akibat dari adanya limitasi dalam kebebasan berkontrak.

1.4 Manfaat Penelitian

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka manfaat penelitian ini adalah:

- a. Secara Teoritis, memberikan masukan ilmu pengetahuan dan ilmu hukum pada umumnya yang berkaitan dengan limitasi asas kebebasan berkontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah.
- b. Secara Praktis, memberikan sumbangan pengetahuan kepada masyarakat pada umumnya dan dunia kenotariatan pada khususnya mengenai limitasi asas kebebasan berkontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah.

1.5 Kajian Pustaka

a. Pengertian Kontrak

Dalam *Burgelijk Wetboek* (BW) memakai istilah *overeenkomst* dan *contract* dengan pengertian yang sama. Ini berdasarkan pengertian perjanjian yang diatur di dalam Bab II Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang “Perikatan-Perikatan yang dilahirkan dari Kontrak atau Perjanjian”.

Sedangkan menurut Subekti, istilah perjanjian dan kontrak adalah hal yang berbeda. Istilah Kontrak mempunyai pengertian lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis.⁷ Peter Mahmud Marzuki juga memberikan argumentasi mengenai penggunaan istilah kontrak atau perjanjian dengan melakukan perbandingan terhadap pengertian kontrak atau perjanjian dalam sistem *Anglo-American*. Sistematika Buku III tentang *Verbintenissenrecht* (Hukum Perikatan) mengatur mengenai *Overeenkomst* yang kalau diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia berarti perjanjian. Istilah kontrak merupakan terjemahan dari Bahasa Inggris *contract*. Didalam konsep Kontinental, penempatan pengaturan perjanjian pada Buku III BW Indonesia tentang Hukum Perikatan mengindikasikan bahwa perjanjian memang berkaitan dengan masalah Harta Kekayaan (*Vermogen*). Pengertian perjanjian ini mirip dengan *contract* pada konsep *Anglo-American* yang selalu berkaitan dengan bisnis. Di dalam pola pikir *Anglo-American*, perjanjian yang bahasa Belandanya *overeenkomst* dalam bahasa Inggris disebut *agreement* yang mempunyai pengertian lebih luas dari *contract*, karena mencakup hal-hal yang berkaitan dengan bisnis atau bukan

⁷ Subekti, 1996, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, hlm. 1

bisnis. Untuk *agreement* yang berkaitan dengan bisnis disebut *contract*, sedang untuk yang tidak terkait dengan bisnis hanya disebut *agreement*.⁸

Menurut Agus Yudha Hernoko, pengertian kontrak dan perjanjian adalah sama. Hal ini menurutnya berlandaskan pada perspektif dalam BW di mana antara perjanjian atau persetujuan (*overeenkomst*) mempunyai pengertian yang sama dengan kontrak. Selain itu dalam praktik kedua istilah tersebut juga digunakan dalam kontrak komersial, misal : perjanjian waralaba, perjanjian sewa guna usaha, kontrak kerjasama, perjanjian kerjasama, serta kontrak kerja konstruksi.⁹

b. Fungsi Kontrak

Kontrak merupakan bagian yang melekat dari transaksi bisnis baik dalam skala besar maupun dalam skala kecil, baik domestik maupun internasional. Fungsinya sangat penting dalam menjamin bahwa seluruh harapan yang dibentuk dari janji-janji para pihak dapat terlaksana dan dipenuhi. Dalam hal terjadi pelanggaran maka terdapat kompensasi yang harus dibayar. Kontrak dengan demikian merupakan sarana untuk memastikan bahwa apa yang hendak dicapai oleh para pihak dapat diwujudkan. Hukum kontrak merupakan instrument hukum yang mengatur terjadinya pertukaran itu dan sekaligus memberikan bentuk perlindungan bagi pihak yang dirugikan.¹⁰

Dalam dunia bisnis, waktu dan kepastian merupakan faktor penting. Hukum kontrak dalam hal ini memberikan sarana yang memungkinkan para pihak

⁸ Peter Mahmud Marzuki, 2003, *Batas-batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika, Hlm. 195-196

⁹ Agus Yudha Hernoko, 2010, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Hlm. 15.

¹⁰ Yohanes Sogar Simamora, *op. cit*, Hlm. 32

mengakomodasi seluruh kepentingannya. Kontrak merupakan janji yang mengikat dan janji tersebut menimbulkan harapan-harapan yang layak. Hukum kontrak dalam hal ini merupakan instrumen hukum yang berfungsi untuk menjamin pelaksanaan janji dan harapan itu.¹¹

c. Jenis-jenis Kontrak

Kontrak memiliki beberapa jenis yang digolongkan berdasarkan penilaian-penilaian tertentu. Beberapa sarjana mengungkapkan pendapat mereka tentang hal ini. Menurut Salim H.S kontrak dibedakan kedalam beberapa jenis, dan diantara semua penggolongan tersebut, yang paling penting atau paling asasi adalah penggolongan berdasarkan namanya, yaitu kontrak *nominaat* dan *innominaat*.¹² Dari kedua perjanjian ini maka lahirlah perjanjian-perjanjian jenis lainnya, seperti segi bentuknya, sumbernya, maupun dari aspek hak dan kewajiban. Misalnya, perjanjian jual beli maka lahirlah perjanjian konsensual, obligator dan lain-lain. Penggolongan ini didasarkan pada nama perjanjian yang tercantum di dalam Pasal 1319 BW. Di dalam Pasal 1319 BW hanya disebutkan dua macam kontrak menurut namanya, yaitu kontrak *nominaat* (bernama) dan kontrak *innominaat* (tidak bernama). Kontrak *nominaat* adalah kontrak yang dikenal dalam BW. Yang termasuk dalam kontrak *nominaat* adalah jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, persekutuan perdata, hibah, penitipan barang, pinjam pakai, pinjam-meminjam, pemberian kuasa, penanggungan utang, perdamaian, dan lain-lain. Sedangkan kontrak *innominaat* adalah kontrak yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam masyarakat. Jenis kontrak ini belum

¹¹ *Ibid*

¹² *Ibid*, Hlm. 32.

dikenal dalam BW. Yang termasuk dalam kontrak innominaat adalah *leasing*, beli sewa, *franchise*, *joint venture*, kontrak karya, keagenan, *production sharing*, dan lain-lain.

d. Prinsip-prinsip Hukum Umum dalam Hukum Kontrak

Prinsip hukum mempunyai fungsi sangat penting dalam sistem hukum. Prinsip hukum itu mempengaruhi sistem hukum positif dan menjelma dalam sistem yang dibentuk.¹³ Prinsip-prinsip hukum umum dalam hukum kontrak tersebut diantaranya adalah sebagai berikut :

a. Proporsionalitas

Asas proporsionalitas dalam kontrak diartikan sebagai asas yang mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya.¹⁴ Ruang lingkup dan daya kerja asas proporsionalitas tampak lebih dominan pada kontrak komersial. Karakteristik kontrak komersial menempatkan posisi para pihak pada kesetaraan, sehingga tujuan para kontraktan yang berorientasi pada keuntungan bisnis akan terwujud apabila pertukaran hak dan kewajiban yang *fair* (proporsional). Asas proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan matematis (*equilibrium*), tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara *fair*.¹⁵

b. Prinsip Kebebasan Berkontrak.

Ini adalah prinsip utama dalam hukum kontrak dan diakui di hampir semua sistem hukum.

¹³ Yohanes Sogar Simamora, *op. cit.*, hlm. 36.

¹⁴ Agus Yudha Hernoko, *op. cit.*, Hlm. 31.

¹⁵ *Ibid*, Hlm. 84

Kebebasan Berkontrak meliputi kebebasan untuk:

- 1) Menetapkan dengan siapa kontrak akan dibuat;
 - 2) Menetapkan isi dan persyaratan kontrak;
 - 3) Menetapkan bentuk kontrak;
 - 4) Menetapkan cara pelaksanaan, perubahan dan pengakhiran kontrak;
 - 5) Dalam kontrak-kontrak internasional, menetapkan hukum yang berlaku atas kontrak (choice of law);
 - 6) Menetapkan forum/pengadilan dalam penyelesaian perselisih.
- Kebebasan berkontrak menjadi penting dalam mendukung kepentingan para pelaku ekonomi. Kebebasan inilah yang pada akhirnya melahirkan kontrak adhesi. Kontrak yang semula bersifat individual berkembang menjadi kolektif dan yang lebih penting dengan sifat adhesi itu terjadi pelepasan tanggung jawab akibat tidak dilaksanakannya suatu kewajiban.¹⁶

c. *Pacta Sunt Servanda*

Yaitu bahwa setiap kontrak yang telah dibuat secara sah oleh para pihak akan mengikat mereka secara hukum. Artinya adalah perubahan dan pengakhiran kontrak hanya akan sah dan mengikat bila dilakukan sesuai persyaratan di dalam kontrak dan berdasarkan kesepakatan para pihak.

d. Prinsip Itikad Baik

Pelaksanaan semua elemen kontrak harus dilaksanakan atas dasar itikad baik dan pola bertransaksi yang *fair*. Prinsip itikad baik ini tertuang dalam pasal 1338 ayat 3 BW.

e. **Pengertian Pengadaan Barang dan Jasa**

Menurut Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 pengadaan barang dan jasa merupakan tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Serta pengertian lainnya yang didasarkan pada pasal 1 perpres nomor 70 Tahun 2012 perubahan

¹⁶ Yohanes Sogar Simamora, *op.cit*, Hlm. 39

kedua atas perpres nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan 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, pengadaan barang dan jasa yang diatur dalam Perpres tersebut juga meliputi :

- a. Pengadaan untuk investasi oleh Bank Indonesia, Badan Hukum Milik Negara, Badan Usaha Milik Negara, dan semua yang dibiayai seluruh atau sebagiannya dari APBN ataupun APBD.
- b. Pengadaan barang dan jasa yang seluruh atau sebagian dananya bersumber dari pinjaman atau hibah. Hibah ini berasal dari dalam negeri yang diterima oleh pemerintah pusat atau pemerintah daerah.
- c. Pengadaan barang dan jasa yang seluruh atau sebagian dananya bersumber dari pinjaman atau hibah. Hibah ini berasal dari luar negeri atau PHLN (Pinjaman Hibah Luar Negeri). Untuk PHLN ini, apabila terdapat perbedaan antara Perpres dengan ketentuan yang berlaku bagi pemberi hibah, kedua belah pihak dapat menyepakati tata cara pengadaan yang akan digunakan.

f. Pengertian Pemerintah

Secara teoritis dan praktik, terdapat perbedaan antara pemerintah dengan pemerintahan. Pemerintahan adalah segala urusan yang dilakukan oleh Negara

dalam menyelenggarakan kesejahteraan dan kepentingan Negara.¹⁷ Dengan kata lain, pemerintahan adalah *bestuurvoering* atau pelaksanaan tugas pemerintah, sedangkan pemerintah ialah organ atau alat atau juga aparat yang menjalankan pemerintahan.

Pengertian pemerintah dalam arti sempit adalah lembaga eksekutif saja dan pemerintahan sebagai segala kegiatan, fungsi, tugas, dan kewajiban yang dijalankan oleh lembaga eksekutif untuk mencapai tujuan Negara. Sedangkan dalam arti luas, pengertian dari pemerintah adalah mencakup aparatur Negara yang meliputi semua organ-organ, badan-badan atau lembaga-lembaga, alat perlengkapan Negara yang melaksanakan berbagai kegiatan untuk mencapai tujuan Negara. Dengan kata lain pengertian pemerintah adalah segala kegiatan yang terorganisir yang bersumber pada kedaulatan dan kemerdekaan, berlandaskan pada dasar Negara, rakyat atau penduduk dan wilayah Negara itu demi tercapainya tujuan Negara.¹⁸

Menurut Soehadjo, pemerintahan sebagai organisasi bila kita mempelajari ketentuan-ketentuan susunan organisasi, termasuk didalamnya fungsi, penugasan, kewenangan, dan kewajiban masing-masing departemen pemerintahan, badan-badan, instansi, serta dinas-dinas pemerintahan. Sebagai fungsi dapat diteliti mengenai ketentuan-ketentuan yang mengatur apa dan cara tindakan aparatur pemerintahan telah sesuai dengan kewenangan masing-

¹⁷ Bagir Manan dan Kuntara Magnar, 1997, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, Hlm 158-159

¹⁸ <http://artikel2.com>, diakses pada tanggal 08 Agustus 2014, pukul 16.05

masing.¹⁹ Fungsi pemerintahan itu dapat ditentukan dengan menempatkannya dalam hubungan dengan fungsi perundang-undangan dan peradilan.

g. Kewenangan Pemerintah

Dalam setiap negara hukum terdapat sebuah prinsip utama dalam penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan, yaitu asas legalitas. Pengertian yang terkandung dalam asas tersebut adalah bahwa semua ketentuan yang mengikat setiap warga negara harus didasarkan kepada undang-undang. Oleh karena itu maka undang-undang menjadi sendi utama dalam penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan. Maksud dari adanya penerapan asas ini adalah demi terciptanya kepastian hukum dan kesamaan perlakuan bagi seluruh masyarakatnya. Dengan kata lain, dalam setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus memiliki legitimasi.

Substansi yang terdapat dalam asas legalitas adalah wewenang, yaitu kemampuan untuk melakukan suatu tindakan hukum tertentu. Hal inilah yang dimiliki oleh pemerintah dalam menjalankan tugas dan fungsi pemerintahan. Kewenangan memiliki kedudukan penting dalam kajian tata negara dan hukum administrasi. Menurut Bagir Manan, wewenang dalam bahasa hukum tidaklah sama dengan kekuasaan. Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Dalam hukum, wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban. Dalam kaitan dengan otonomi daerah, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri dan mengelolah sendiri. Sedangkan kewajiban secara

¹⁹ Soehardjo, 1991, *Hukum Administrasi Negara Pokok-pokok Pengertian serta Perkembangannya di Indonesia*. Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.

horizontal berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya. Vertikal berarti kekuasaan untuk menjalankan pemerintahan dalam satu tertib ikatan pemerintahan negara secara keseluruhan.²⁰

Kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara, yaitu atribusi, delegasi, dan mandat. Pada perolehan wewenang secara atribusi, terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini lahir suatu wewenang baru.²¹ Dalam perolehan wewenang secara delegasi, terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh badan atau jabatan tata usaha negara yang telah memperoleh wewenang pemerintahan secara atributif kepada badan atau jabatan tata usaha negara lainnya. Jadi suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang.²² Dengan kata lain dapat disimpulkan bahwa atribusi berkenaan dengan penyerahan wewenang baru, sedangkan delegasi menyangkut pelimpahan wewenang yang telah ada. Jadi delegasi tentunya selalu didahului oleh atribusi.

Perolehan wewenang dengan cara yang lain adalah melalui mandat. Dalam mandat tidak dibicarakan penyerahan wewenang, tidak pula pelimpahan wewenang. Dalam hal mandat tidak terjadi perubahan wewenang apapun (setidaknya dalam arti yuridis formal), yang ada hanyalah hubungan internal.

²⁰ Bagir Manan, 2000, *Wewenang Provinsi, Kabupaten, dan Kota dalam Rangka Otonomi Daerah*, Makalah pada seminar nasional fakultas hukum Unpad, Bandung, Hlm. 1-2.

²¹ Ridwan HR, *op.cit*, Hlm. 104.

²² Indroharto, *op. cit*, Hlm. 91.

Sehingga mandat dapat diartikan sebagai pemberian wewenang oleh organ pemerintahan kepada organ lainnya untuk mengambil keputusan atas namanya.²³

Wewenang pemerintahan memiliki beberapa sifat, yaitu terikat, fakultatif, dan bebas, terutama dalam kaitannya dengan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan-keputusan (*besluiten*) dan ketetapan-ketetapan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan sehingga dikenal ada keputusan atau ketetapan yang bersifat terikat dan bebas. Sifat-sifat tersebut dapat dijabarkan sebagai berikut :²⁴

- a. Wewenang pemerintahan yang bersifat terikat, yaitu terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dari keputusan yang harus diambil.

Dengan kata lain, terjadi apabila peraturan dasar yang menentukan isi dari keputusan yang harus diambil secara terinci, maka wewenang pemerintahan semacam itu merupakan wewenang yang terikat.

- b. Wewenang fakultatif terjadi dalam hal badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat diartikan dalam hal-hal atau keadaan-keadaan tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya.

²³ Ridwan HR, *op. cit*, Hlm. 107

²⁴ Indroharto, *op. cit*, Hlm. 99-101.

- c. Wewenang bebas, yakni terjadi ketika peraturan dasarnya memberi kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya atau peraturan dasarnya memberikan ruang lingkup kebebasan kepada pejabat tata usaha negara yang bersangkutan.

1.6 Metode Penelitian

Dalam memecahkan suatu masalah, kerja seorang ilmuwan berbeda dengan orang awam. Seorang ilmuwan selalu menempatkan logika serta menghindarkan diri dari pertimbangan subyektif. Sebaliknya bagi awam, kerja memecahkan masalah lebih dilandasi oleh campuran pandangan perorangan ataupun dengan apa yang dianggap sebagai masuk akal oleh banyak orang.²⁵

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian tesis ini adalah suatu metode yang terarah dan sistematis sebagai cara untuk menemukan, mengembangkan, dan menguji kebenaran sebab nilai ilmiah suatu penelitian tesis tidak lepas dari metode penelitian. Setiap penulisan tesis harus mengandung suatu kebenaran yang dapat dipertanggungjawabkan, maka diperlukan metode yang sistematis dan terarah sehingga memperoleh hasil sesuai dengan prosedur yang benar. Metode penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum, dan analisis bahan hukum.²⁶ Sejalan dengan uraian diatas, maka sebagai pedoman dalam

²⁵Bambang Sunggono, 2011, *Metode Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, Hlm. 43.

²⁶Herowati Poesoko, 2008, *Diktat Mata kuliah Metode Penulisan dan Penelitian Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Jember, Jember, Hlm 24-25.

penulisan tesis ini menggunakan metode penelitian seperti bagaimana yang tertulis di bawah ini.

Penelitian hukum merupakan suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin guna menjawab isu hukum prinsip-prinsip hukum yang dihadapi.²⁷ Dalam penulisan tesis ini menggunakan tipe penelitian *Theoretical Research*, yaitu penelitian yang berusaha menggali sebuah pemahaman yang lebih sempurna mengenai dasar-dasar konseptual dari asas-asas hukum, dan yang berusaha menggali pemahaman yang lebih sempurna mengenai akibat-akibat yang ditimbulkan dari demikian banyaknya aturan-aturan hukum, dan prosedur-prosedur hukum yang mengatur sebuah area atau aktifitas tertentu.

a. Pendekatan Masalah

Di dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan. Dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapat informasi dari berbagai aspek mengenai isi yang sedang dicoba untuk dicari jawabannya. Pendekatan yang digunakan dalam tipe penelitian tesis yuridis normatif ini adalah menggunakan pendekatan Undang-undang (*statute approach*), yaitu menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Pendekatan asas-asas hukum (*legal principle approach*), serta pendekatan konseptual (*Conceptual Approach*) yaitu pendekatan yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang oleh karena itu

²⁷ Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, Hlm. 35.

peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi.²⁸

b. Sumber Bahan Hukum

Sumber-sumber penelitian hukum dalam penulisan tesis dapat dibedakan menjadi sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahan hukum sekunder untuk memecahkan isu hukum dan sekaligus memberikan pretesis mengenai apa yang seyogyanya. Di samping sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum, peneliti hukum juga dapat menggunakan bahan-bahan non hukum apabila dipandang perlu. Dalam penelitian tesis, peneliti menggunakan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan non hukum.

1. Bahan Hukum Primer.

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri atas perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim.

²⁸Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.*, h.95

Bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian tesis ini terdiri atas :

- a. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- b. Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi.
- c. Undang-undang Nomor 17 Tahun 2003 Tentang Keuangan Negara.
- d. Undang-undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara.
- e. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 45 Tahun 2013 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.
- f. Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- g. Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011 Tentang Perubahan Pertama atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- h. Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- i. Peraturan Presiden Nomor 157 Tahun 2014 Tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 106 Tahun 2007 Tentang Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

- j. Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014 Tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- k. Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015 Tentang Perubahan Keempat atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- l. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pedoman Umum Perencanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- m. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 5 Tahun 2012 Tentang Unit Layanan Pengadaan.
- n. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 13 Tahun 2012 Tentang Pengumuman Rencana Umum Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- o. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 14 Tahun 2012 Tentang Petunjuk Teknis Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- p. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 15 Tahun 2012 Tentang Standar Dokumen Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

- q. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 17 Tahun 2012 Tentang E-Purchasing.
- r. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 18 Tahun 2012 Tentang E-Tendering.
- s. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014 Tentang Pelimpahan Kewenangan dari Pengguna Anggaran kepada Kuasa Pengguna Anggaran dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.
- t. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 9 Tahun 2014 Tentang Petunjuk Teknis Operasional Sertifikasi Keahlian Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- u. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 18 Tahun 2014 Tentang Daftar Hitam dalam Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- v. Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 19 Tahun 2014 Tentang Pembayaran Prestasi Pekerjaan pada Pekerjaan Konstruksi.

2. Bahan Hukum Sekunder

Dalam penelitian ini, data sekunder ini berupa dokumen-dokumen perjanjian atau kontrak pengadaan barang/jasa, dengan menggunakan pedoman syarat-syarat sahnya suatu perjanjian dan juga asas kebebasan berkontrak, dengan

cara menyimpulkan dari setiap klausul yang disebutkan dalam pasal-pasal yang terdapat dalam perjanjian tersebut.

3. Bahan Non Hukum

Bahan non hukum yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah berupa buku tentang Pedoman Penulisan Karya Ilmiah dan bahan-bahan lainnya yang diperoleh dari kamus dan makalah selama masih relevan terhadap kajian ilmiah yang akan dilakukan.

c. Analisis Bahan Hukum

Analisis yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah dengan cara mengklasifikasikan dan menganalisis permasalahan-permasalahan yang akan dibahas dalam tesis ini berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Analisa tersebut diharapkan dapat memberikan argumentasi, teori, atau konsep baru untuk memecahkan masalah isu hukum yang dihadapi dan memberikan pretesis mengenai apa yang seyogyanya. Selanjutnya ditarik kesimpulan dengan menggunakan metode deduktif yaitu menyimpulkan pembahasan menuju ke hal-hal yang bersifat khusus dan diharapkan dapat memberikan pretesis tentang apa yang seharusnya diterapkan berkaitan dengan permasalahan yang terkait.

1.7 Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan pada tesis ini terdiri dari 4 (empat) bab dan masing-masing bab tersebut terdiri dari uraian-uraian yang berkaitan satu sama lain yang merupakan rangkaian yang tak terpisahkan. Sistematika dalam penulisan ini bertujuan agar masing-masing bab dapat dimengerti dan dipahami dengan jelas terhadap substansi pokok uraian pada tiap bab, dan untuk menjaga konsistensi dan kefokusannya penulis terhadap materi yang ada dalam penelitian ini.

Bab 1 Berisi Pendahuluan, yang menguraikan latar belakang yang digunakan untuk mengangkat permasalahan, rumusan masalah yang dituangkan kedalam bentuk pertanyaan, tujuan penulisan, dan metode penelitian. Latar belakang menguraikan tentang apa yang menjadi masalah penelitian dan alasan mengapa masalah yang diangkat tersebut perlu dikaji. Rumusan masalah adalah rumusan secara konkrit tentang masalah yang ada, dalam bentuk pertanyaan yang dilandasi oleh pemikiran yang teoritis yang kebenarannya perlu dikaji. Tujuan penelitian ini mengemukakan tujuan yang ingin dicapai melalui proses penelitian yang harus diuraikan dengan jelas dan tegas. Manfaat penulisan, tinjauan pustaka, serta metode penelitian berisi tipe penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum, analisis bahan hukum, dan sistematika penulisan.

Bab 2 mengenai penerapan prinsip kebebasan berkontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah. Uraian tersebut dimasukkan dalam Bab 2 karena untuk membahas permasalahan pertama.

Bab 3 mengenai perlindungan hukum yang diberikan kepada penyedia barang/jasa dalam kontrak pengadaan barang/jasa oleh pemerintah sebagai akibat

dari adanya limitasi dalam kebebasan berkontrak. Uraian tersebut dimasukkan dalam Bab 3 karena untuk membahas permasalahan kedua.

Bab 4 Berisi penutup, terdiri dari kesimpulan dan saran. Kesimpulan merupakan pernyataan akhir sebagai intisari jawaban atas pokok permasalahan yang telah diuraikan dalam bab pembahasan, sedangkan saran berisi masukan dari penulis atas penelitian yang telah dilakukan dengan harapan nantinya memberikan kontribusi, rekomendasi, dan solusi lebih baik.

