

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Dalam tatanan hukum di Indonesia dikenal pembagian hukum menjadi 2 (dua) bagian yaitu hukum publik dan hukum privat. Hukum publik adalah hukum yang mengatur hubungan antara negara dengan alat-alat perlengkapan negara atau negara dengan warga negara. Sedangkan hukum privat adalah hukum yang mengatur hubungan antara satu orang dengan orang lain atau subjek hukum lain dengan menitikberatkan pada kepentingan perseorangan. Dalam hukum privat mengenal dua subjek hukum yaitu orang (*persoon*) dan badan hukum (*rechtspersoon*).

Orang (*persoon*) sebagai subjek hukum dikatakan juga sebagai pembawa hak atau pendukung hak. Sebagai subjek hukum manusia mempunyai hak dan kewajiban untuk melakukan tindakan-tindakan dalam lapangan hukum, seperti mengadakan perjanjian jual beli, pernikahan, pembagian warisan. Badan hukum disebut sebagai subjek hukum karena terdiri dari kumpulan orang yang diberi status "*Persoon*" oleh hukum sehingga mempunyai hak dan kewajiban¹. Hak dan kewajiban itu timbul dari hubungan hukum yang dilakukan oleh badan hukum tersebut. Agar badan hukum dapat bertindak seperti halnya subjek hukum diperlukan organ sebagai alat bagi badan hukum itu untuk menjalin hubungan hukum dengan subjek hukum lainnya. Dalam teori "*Konsensi*" dikatakan pada intinya bahwa badan hukum dalam negara tidak dapat memiliki kepribadian

¹ Zainal Asikin, *Pengantar Ilmu Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, h. 35.

hukum (hak dan kewajiban dan harta kekayaan) kecuali diperkenankan oleh hukum dalam hal ini berarti negara sendiri.²

Badan hukum sebagai subjek hukum layaknya orang (*persoon*), dapat melakukan perbuatan hukum seperti mengadakan perjanjian, melakukan jual beli, dan lain sebagainya. Badan-badan atau perkumpulan-perkumpulan tersebut mempunyai kekayaan sendiri, ikut serta dalam lalu lintas hukum dengan perantara pengurusnya, dapat digugat, dan dapat juga menggugat di muka hakim³. Dengan demikian badan hukum diakui keberadaannya sebagai pendukung hak dan kewajiban (subjek hukum) karena turut serta dalam lalu lintas hukum.

Adanya badan hukum (*Rechtspersoon*) disamping orang (*Persoon*) sebagai subjek hukum adalah suatu realita yang timbul sebagai suatu kebutuhan masyarakat terhadap suatu perubahan sosial yang terjadi karena perkembangan peradaban manusia. Seiring perkembangan peradaban manusia maka berkembang pula kebutuhan masyarakat dalam berbagai bentuk yang salah satunya berupa pemenuhan barang dan jasa. Pemenuhan akan barang/jasa tersebut merupakan tanggung jawab pemerintah, demi terciptanya peningkatan kesejahteraan masyarakat dan kelangsungan hidupnya yaitu berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Disisi lain pemerintah sebagai penyedia barang/ jasa juga memerlukan barang/jasa tersebut. Pemenuhan kebutuhan barang/jasa merupakan bagian yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan sebagai penunjang optimalisasi kerja baik oleh pemerintah pusat, pemerintahan daerah maupun swasta.

² Zainal Asikin, Op.Cit., h. 35,

³ R.Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Intermasa, Jakarta, 2003, h. 21

Pengadaan barang/jasa pada hakikatnya adalah upaya pihak pengguna untuk mendapatkan atau mewujudkan barang/jasa yang diinginkan, dengan menggunakan metode dan proses tertentu agar dicapai kesepakatan harga, waktu dan kesepakatan lainnya⁴. Dalam prosesnya, pengadaan barang/jasa melibatkan para pihak terkait, sehingga perlu ada etika, norma, dan prinsip pengadaan barang / jasa, untuk dapat mengatur atau dijadikan dasar penetapan pengadaan barang dan jasa⁵. Landasan hukum pengadaan barang/jasa diindonesia terdapat dalam Perpres Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Dalam Pasal 1 Ayat 1 Perpres Nomor 70 Tahun 2012 Pengadaan Barang/Jasa pemerintah menyebutkan bahwa 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. Prosedur pengadaan barang/jasa dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara yaitu menggunakan penyedia barang/jasa atau dengan cara swakelola (dikelola sendiri oleh institusinya)⁶. Apabila sebuah pengadaan barang/jasa dilakukan dengan menggunakan penyedia barang dan jasa, maka proses pengadaannya harus melalui panitia atau pejabat pengadaan, dalam Pasal 7 Ayat 1 Perpres Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang dimaksud panitia atau pejabat disini adalah pengguna anggaran (PA), kuasa pengguna anggaran

⁴Adrian Sutedi, *Aspek Hukum Pengadaan barang Dan Jasa Dan Berbagai Permasalahannya*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, h. 4

⁵ *Ibid*,h. 1

⁶Swakelola Adalah Pekerjaan Yang Direncanakan, Dikerjakan Dan Diawasi Sendiri Oleh Institusi, Dimana Dalam Pelaksanaannya Dapat Dilaksanakan Oleh PPK, Instansi Pemerintah Lain Atau Kelompok Masyarakat/LSM Penerima Hibah (Lihat Pasal 1 Ayat 20 Undang-Undang Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Barang/Jasa)

(KPA), pejabat pembuat komitmen (PPK), Pejabat pengadaan, Panitia/pejabat penerima hasil.

Keberadaan penyedia dalam kontrak pengadaan barang/jasa tentunya harus diikat dalam suatu kontrak agar mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat bagi para pihak yang terlibat di dalamnya. Pasal 1 Ayat 22 Perpres Nomor 70 tahun 2012 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan bahwa yang dimaksud dengan kontrak pengadaan barang/jasa yang selanjutnya disebut kontrak adalah perjanjian tertulis antara Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) dengan Penyedia barang/jasa atau pelaksana swakelola. Kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah meliputi seluruh kontrak pengadaan antara pemerintah (departemen pemerintah, badan usaha milik negara, dan lembaga negara lainnya) dan perusahaan (baik milik negara atau swasta) bahkan perorangan⁷. Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah pada dasarnya merupakan kontrak komersial sekalipun didalamnya terkandung elemen hukum publik⁸. Disatu sisi hubungan hukumnya terbentuk karena kontrak, tetapi disisi lain isinya syarat dengan aturan penyedia barang/jasa.⁹

Kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah bersifat multi aspek karena di dalamnya terkandung 2 (dua) unsur hukum yaitu hukum privat dan hukum publik. Adanya unsur hukum publik dalam kontrak pemerintah menempatkan pemerintah dalam 2 (dua) peran yaitu sebagai kontraktan (disebut dengan kontrak pemerintah / *Government contracts*) pemerintah berkedudukan sebagai subjek

⁷ Adrian sutedi, *Lock.cit*, h. 2

⁸ Lihat Pasal 11 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003

⁹ Y.Sogar Simamora, *Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Pemerintah Indonesia*, Laksbang Justita, Surabaya, 2014, h. 2

hukum privat. Disisi lain dalam kedudukan sebagai badan hukum publik pemerintah menjalankan fungsi pelayanan publik, dalam kaitan inilah pemerintah terikat pada ketentuan konstitusi dan undang-undang, ia juga terikat pada norma privat khususnya dalam hubungan dengan kontrak¹⁰.

Adanya ranah publik dalam kontrak pemerintah menjadi pembeda antara kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah dengan kontrak komersial lainnya. Apabila dalam kontrak komersial para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hak dan kewajiban kontraktual, maka dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, kebebasan itu tidak sepenuhnya berlaku sebab terhadap kontrak ini berlaku aturan hukum khusus, yaitu terkait pelaksanaan kontraknya dan prosedur, Prinsip dan norma dalam kontrak privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah¹¹. Walaupun kontrak pemerintah berlaku aturan khusus sebagaimana terdapat dalam Perpres Nomor 70 tahun 2012 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah akan tetapi hal tersebut tidak boleh bertentangan dengan ketentuan aturan yang ada yaitu *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disingkat BW)

Buku III *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disingkat BW) tetap menjadi landasan umum bagi terbentuknya suatu kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Pemerintah sebagai kontraktan dalam suatu kontrak atau perjanjian merupakan pelaku hukum keperdataan, dan hubungan kontraktual yang tercipta dengan rekanan merupakan hubungan kemitraan/relational. Sebagai suatu hubungan relasional (*Relation contract*), kontrak pengadaan barang/jasa harusnya

¹⁰ *Ibid*,h. 67

¹¹ *Ibid*, h. 5

dibangun atas dasar hubungan proporsional dimana para pihaknya memposisikan secara seimbang dan setara, sehingga dalam posisi ini kedua belah pihak mempunyai kehendak yang sama, yang satu tidak menekan yang lain begitu sebaliknya. Segala hak dan kewajiban dipertukarkan secara bebas dan tidak boleh ada intervensi dari manapun, kalupun ada pengaturan hukumnya hanya sebatas pada tujuan untuk menciptakan aturan main yang adil bagi para pihak, dan bersifat ketentuan pelengkap yang melindungi para pihak dalam kontrak tersebut. Berdasarkan uraian latar belakang tersebut, maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian mengenai **”KARAKTERISTIK KONTRAK PEMERINTAH PENGADAAN BARANG/JASA”**

1.2 Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang pemikiran yang telah disampaikan maka permasalahan yang diajukan adalah:

1. Bagaimanakah ruang lingkup kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah?
2. Bagaimanakah perlindungan hukum penyedia dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah?

1.3 Tujuan Penelitian

Mengacu kepada permasalahan diatas maka tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah :

1.3.1. Tujuan Umum

Adapun tujuan umum dari penelitian ini adalah untuk mengetahui secara mendalam karakteristik kontrak pemerintah pengadaan barang/jasa sehingga dapat

memberi sumbangan pemikiran bagi pemerintah, swasta dan masyarakat agar lebih memahami terkait kontrak pengadaan barang/jasa

1.3.2. Tujuan Khusus

Adapun tujuan khusus dari penelitian ini sesuai dengan permasalahan yang dibahas adalah :

- a. Untuk memperoleh kejelasan tentang ruang lingkup kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah
- b. Untuk memperoleh pemahaman mengenai perlindungan hukum penyedia dalam kontrak pengadaan barang/jasa Pemerintah

1.3.3 Manfaat Penelitian

Setiap penelitian yang dilakukan diharapkan dapat memberikan manfaat baik pengembangan ilmu pengetahuan maupun mempunyai kegunaan praktis. Penelitian ini mempunyai manfaat, yaitu :

1.3.4. Manfaat Teoritis

- a. Penelitian ini diharapkan dapat menyumbangkan pemikiran teoritis bagi pengembangan ilmu hukum khususnya terkait karakteristik kontrak pemerintah pengadaan barang/jasa

1.3.5. Manfaat Praktis

Adapun manfaat praktis dari hasil penelitian ini dapat dibagi menjadi 2 (dua) manfaat, yaitu :

- a. Bagi masyarakat, hasil penelitian tesis ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran yang nantinya bermanfaat untuk memecahkan masalah-masalah terkait kontrak pemerintah pengadaan barang/jasa

khususnya mengenai persoalan tentang karakteristik kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah

- b. Bagi peneliti, hasil penelitian tesis ini untuk menambah dan memperluas pengetahuan dan wawasan penulis di bidang Kontrak pemerintah pengadaan barang/jasa

1.4 Metode Penelitian

Metodologi mempunyai peranan yang sangat penting dalam penelitian dan pengembangan pengetahuan karena mempunyai beberapa fungsi, antara lain adalah untuk menambah kemampuan para ilmuwan yang mengadakan atau melaksanakan penulisan secara lebih baik atau lebih lengkap serta untuk memberikan kemungkinan yang lebih besar, untuk meneliti hal-hal yang belum diketahui. Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka. Pendekatan normatif digunakan dengan maksud untuk mengkaji dan menganalisis bahan pustaka atau data sekunder yang berkaitan dengan materi penelitian yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier¹². Penelitian ini akan menekankan pada data sekunder yaitu dengan mempelajari dan mengkaji asas-asas hukum dan kaidah-kaidah hukum positif yang berasal dari bahan-bahan kepustakaan yang ada dalam peraturan perundang-undangan serta ketentuan-ketentuan hukum, asas-asas hukum dan/atau doktrin-doktrin hukum

¹² Soerjono Soekanto Dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Bormatif : Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, h. 13-14.

terutama yang berkaitan dengan karakteristik kontrak pemerintah pengadaan barang/jasa

1.4.1 Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang dilakukan untuk tesis ini adalah penelitian hukum normatif (*normative legal research*) yaitu suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi sesuai dengan karakteristik preskriptis ilmu hukum. penelitian hukum normatif ini adalah suatu prosedur dan cara penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan dari segi normatifnya.¹³

Pada penulisan tesis ini menggunakan penelitian hukum normatif dikarenakan isu hukum dalam penulisan ini perlunya mengkaji dan menganalisis ruang lingkup serta perlindungan hukum penyedia dalam kontrak pengadaan barang/jasa.

1.4.2 Pendekatan Penelitian

Pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conseptual approach*). Pendekatan perundang-undangan digunakan karena penulis akan melakukan penelitian dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi¹⁴ yang terkait dengan ruang lingkup serta perlindungan hukum penyedia dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Sedangkan pendekatan konseptual digunakan karena penulis juga akan melakukan penelitian melalui

¹³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm. 35.

¹⁴ *Ibid*, h. 93

pendekatan atas pandangan-pandangan dan doktrindoktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan-pandangan serta doktrindoktrin di dalam ilmu hukum dan asas-asas hukum yang relevan dengan hukum perjanjian khususnya dibidang Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, diharapkan penulis akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum dan asas-asas hukum yang relevan¹⁵ khususnya yang terkait dengan keberlakuan prinsip umum hukum kontrak dalam kontrak pengadaan barang/jasa

1.4.3 Sifat Penelitian

Penelitian ini bersifat deskriptif analitis yaitu menggambarkan suatu peraturan hukum dalam konteks teori-teori hukum dan pelaksanaannya, serta menganalisis fakta secara cermat tentang penggunaan peraturan perundang-undangan dan asas-asas hukum yang terkait dengan karakteristik kontrak dalam pengadaan barang/jasa

1.4.4 Sumber Data Penelitian

Sumber-sumber data penelitian yang dipakai dalam penelitian ini dapat dibedakan menjadi sumber-sumber penelitian yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier, yaitu sebagai berikut:

1. *Bahan Hukum Primer*, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat dan terdiri dari norma atau kaedah dasar, peraturan dasar, peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, konvensi dan/atau traktak,

¹⁵ *Ibid*

maupun bahan hukum dari zaman penjajahan yang hingga kini masih berlaku¹⁶

2. *Bahan Hukum Sekunder*, terdiri dari semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, putusan pengadilan serta komentar-komentar atas putusan pengadilan. Bahan hukum sekunder yang terutama dipakai di dalam penelitian ini adalah buku teks, karena buku teks berisi prinsip-prinsip dasar ilmu hukum dan pandangan-pandangan klasik para sarjana yang mempunyai klasifikasi tinggi¹⁷
3. *Bahan Hukum Tersier*, yang terdiri dari bahan hukum penunjang yang memberi petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum sekunder¹⁸ seperti misalnya kamus umum, kamus hukum, majalah dan/atau jurnal-jurnal ilmiah

1.4.5 Teknik Dan Alat Pengumpulan Data

Teknik dan alat pengumpulan data yang digunakan dalam menyusun penelitian ini diperoleh dari cara studi dokumen atau studi kepustakaan. Studi dokumen atau studi kepustakaan merupakan suatu alat pengumpulan data yang dilakukan melalui data tertulis dengan mempergunakan “*content analysis*”.¹⁹ *content analysis* adalah teknik untuk menganalisa tulisan atau dokumen dengan cara mengidentifikasi secara sistematis ciri atau karakter dan pesan atau maksud

¹⁶ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit Universitas Indonesia (UI Press), Jakarta, 2006, h.52

¹⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Op Cit*, h.141

¹⁸ Soerjono Soekanto, *Op Cit*, h. 52

¹⁹ *Ibid*, h. 52

yang terkandung dalam tulisan atau dokumen. Studi kepustakaan ini akan dilakukan penulis dengan memanfaatkan berbagai literatur berupa peraturan perundang-undangan, buku-buku, karya-karya ilmiah, maupun bahan kuliah yang terkait dengan karakteristik kontrak pemerintah dalam pengadaan barang/jasa, serta sumber data sekunder lain yang dibahas oleh penulis.

1.4.6 Analisis Data

Analisis penelitian ini dilaksanakan dengan cara menguraikan dan menghubungkan bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian studi kepustakaan yang berupa peraturan perundang-undangan dan bahan hukum lainnya yang kemudian disajikan dalam penulisan yang sistematis untuk menjawab permasalahan yang dirumuskan.²⁰

1.5 Keaslian

Tabel 1
Perbandingan Karya Ilmiah Terhadap Keaslian

NO	Nama/ Penulis	Judul Karya Ilmiah	Kegiatan Penelitian
1	RR. Larasati Tesis (Universitas Indonesia)	Tanggung jawab hukum tentang keuangan negara dalam pengadaan barang/jasa pemerintah	Tesis ini membahas bagaimana implementasi hukum tentang Keuangan Negara dalam proses Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah serta tanggung jawab hukum para pihak dalam proses pengadaan terkait produk hukum yang dihasilkannya.
2	Sri Nirmala Tesis	Tinjauan hukum	Penelitian ini memberikan

²⁰ *Ibid*, h. 21

	(Universitas Indonesia)	kontrak pengadaan barang/jasa dari perspektif kenotariatan	penilaian sejauh mana kekuatan hukum kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah yang dibuat dengan akte dibawah tangan.
--	-------------------------	--	---

Dari bentuk perbandingan karya tersebut di atas, maka penelitian ini yang berjudul “Karakteristik Kontrak Pengadaan Baran/jasa Pemerintah” mempunyai ciri khas maupun pembeda tersendiri dari penulisan karya ilmiah yang lain. Ciri khas dan pembeda tersebut terletak dari segi bahasan dimana dapat dilihat dalam tesis pertama membahas terkait Implementasi hukum tentang keuangan negara dalam proses pengadaan barang/jasa pemerintah dan tesis kedua membahas terkait kekuatan hukum kontrak pengadaan baran/jasa pemerintah yang dibuat dengan akte dibawah tangan. Namun dalam tesis ini kami membahas sudut pandang yang berbeda yaitu terkait ruang lingkup serta perlindungan hukum penyedia dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Maka dari itu, penelitian ini merupakan hal baru dan menarik untuk dikaji.