

**REKONSTRUKSI PENGATURAN PENGADAAN BARANG
DAN JASA PEMERINTAH BERBASIS NILAI KEADILAN**

DISERTASI



Diajukan Untuk Memperoleh Gelar Doktor Dalam Bidang Ilmu Hukum
Pada Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)

Disusun Oleh :

MUHAMMAD FADLAN, S.H., M.H.

NIM. 10302000054

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG
SEMARANG
2022**

HALAMAN PERSETUJUAN

**REKONSTRUKSI PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA
PEMERINTAH BERBASIS KEADILAN**

Disertasi

Telah disetujui Untuk Diajukan dalam Ujian Kelayakan oleh Promotor dan
Co-Promotor pada tanggal seperti tertera di bawah ini.
Semarang, 2022

Oleh :

MUHAMMAD FADLAN, S.H., M.H.

PDIH. 10302000054

Promotor

Co-Promotor

Prof. Dr. H. Gunarto. SH. SE.Akt.

MHum.

NIDN; 06-0503-6205

Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H.,

M.Hum.

NIDN: 06-2105-7002

Mengetahui,

Ketua Program Doktor Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung



Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, SH., M.Hum.

NIDN: 06-2105-7002

PERNYATAAN ORIGINALITAS PENELITIAN

Dengan ini menyatakan bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Doktor baik Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang (UNISSULA) maupun perguruan tinggi lainnya.
2. Karya tulis ini adalah murni gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri tanpa bantuan pihak lain selain Tim Promotor dan masukan dari Tim Penelaah.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar Pustaka.
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan atau ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku pada perguruan tinggi ini.

Semarang, Februari 2023
Yang Memhual Pernyataan



Muhammad Fadlan, S.H.M.H
NIM. 10302000054

ABSTRAK

Pengadaan barang/jasa pemerintah dilaksanakan dalam rangka memenuhi kebutuhan akan barang/jasa untuk pelayanan publik, yang diawali dengan pembuatan kontrak pengadaan barang/jasa. Kontrak tersebut harus dilaksanakan oleh masing-masing pihak agar tidak menimbulkan kerugian bagi pihak lainnya. Pengadaan barang/jasa pemerintah saat ini diatur dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah oleh Perpres Nomor 12 Tahun 2021, akan tetapi pelaksanaannya masih terdapat permasalahan-permasalahan yang menimbulkan ketidakadilan.

Penelitian ini menggunakan paradigma konstruktivisme. Metode pendekatan yang digunakan adalah *yuridis sosiologis*, dengan spesifikasi penelitian bersifat deskriptif analisis. Data yang digunakan adalah data primer dan data sekunder, yang kemudian dianalisa.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa : (1) Proses pengadaan barang/jasa pemerintah juga termasuk pada ruang lingkup Hukum Administrasi Negara dan Hukum Pidana. Pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah memiliki banyak potensi untuk terjadinya pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan. Mulai penyalahgunaan wewenang, perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) sampai tindak pidana korupsi. Konsekuensinya, organisasi pengadaan barang/jasa pemerintah mempunyai tanggung jawab sebagai pegawai negeri dan sebagai personal. Bentuk pertanggungjawabannya dapat diberikan sanksi berupa tuntutan ganti rugi, sanksi administratif, dan sanksi pidana. (2) Kelemahan – kelemahan dalam pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah : a) Dalam perjanjian pengadaan barang/jasa pemerintah belum terdapat kesetaraan dan keseimbangan antara pengguna dan penyedia barang/jasa, dimana para pihak berupaya untuk menjaga agar hak dan kepentingannya dilindungi oleh hukum. b) Peranan pemerintah dalam kewenangannya untuk memberikan perlindungan hukum bagi para pihak dalam perjanjian tentang pengadaan barang/jasa pemerintah, antara lain melalui regulasi. c) Disamping regulasi juga dibutuhkan pengawasan juga sangat mempengaruhi. Pengawasan merupakan unsur penting dalam perlindungan para pihak, sekaligus sebagai upaya penegakan hukum perjanjian pengadaan barang/jasa secara menyeluruh. (3) Rekonstruksi nilai keadilan dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah ialah dengan cara memasukkan dan atau menambahkan aturan dalam Pasal 17 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021. Sebelumnya Pasal 17 berbunyi : 1) Penyedia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf i wajib memenuhi kualifikasi sesuai dengan barang/jasa yang diadakan dan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. 2) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat 1) bertanggung jawab atas: a) pelaksanaan Kontrak; b) kualitas barang/jasa; c) ketepatan perhitungan jumlah atau volume; d) ketepatan waktu penyerahan; dan e) ketepatan tempat penyerahan. Ditambahkan dan atau dimasukkan : 3) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sewaktu - waktu dapat mengajukan perubahan Volume, Mutu dan Harga Satuan dalam kontrak berdasarkan pertimbangan keadaan di lokasi pekerjaan disertai dengan Justifikasi Teknis yang telah disetujui oleh Pejabat Pembuat Komitmen.

Kata Kunci : Pengadaan Barang dan Jasa, Penyedia, Kesetaraan

ABSTRACT

Procurement of government goods/services is carried out in order to meet the need for goods/services for public services, which begins with the making of a contract for the procurement of goods/services. The contract must be implemented by each party so as not to cause harm to the other party. Procurement of government goods/services is currently regulated in Presidential Decree Number 16 of 2018 as amended by Presidential Decree Number 12 of 2021, however, there are still problems in its implementation that cause injustice.

This study uses the constructivism paradigm. The approach method used is sociological juridical, with descriptive analytical research specifications. The data used are primary data and secondary data, which are then analyzed.

The results of the study show that: (1) The process of procuring government goods/services is also included in the scope of State Administrative Law and Criminal Law. The implementation of government procurement of goods/services has a lot of potential for violations of laws and regulations. Starting from abuse of authority, acts against the law (onrechmatigedaad) to criminal acts of corruption. Consequently, government goods/services procurement organizations have responsibilities as civil servants and as individuals. The form of accountability can be sanctioned in the form of demands for compensation, administrative sanctions, and criminal sanctions. (2) Weaknesses in the regulation of government procurement of goods and services: a) There is no equality and balance between the user and the provider of goods/services in the government procurement agreement, whereby the parties strive to ensure that their rights and interests are protected by law. b) The role of the government within its authority is to provide legal protection for the parties to the agreement regarding government procurement of goods/services, including through regulation. c) In addition to regulation, supervision is also needed which is very influential. Supervision is an important element in the protection of the parties, as well as an effort to enforce the law on goods/services procurement agreements as a whole. (3) Reconstruction of the value of justice in the Procurement of Government Goods and Services is by inserting and or adding rules in Article 17 Presidential Regulation Number 16 of 2018 as amended by Presidential Regulation Number 12 of 2021. Previously Article 17 reads: 1) Provider as intended in Article 8 letter i must meet the qualifications in accordance with the goods/services procured and in accordance with the provisions of the laws and regulations. 2) The Provider as referred to in paragraph 1) is responsible for: a) the implementation of the Contract; b) quality of goods/services; c) the accuracy of calculating the amount or volume; d) timeliness of delivery; and e) the accuracy of the place of delivery. Added and or included: 3) The provider as referred to in paragraph (1) may at any time propose changes to the Volume, Quality and Unit Price in the contract based on consideration of conditions at the work location accompanied by Technical Justification which has been approved by the Commitment Making Officer.

Keywords: Procurement of Goods and Services, Providers, Equality

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL DEPAN	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
HALAMAN PERNYATAAN	iii
ABSTRAK	iv
ABSTRACT.....	v
DAFTAR ISI.....	ix
BAB I PENDAHULUAN I	
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	6
C. Tujuan Penelitian.....	7
D. Kegunaan Penelitian.....	7
E. Kerangka Konseptual.....	8
F. Kerangka Pemikiran.....	16
G. Landasan Teori.....	20
H. Metode Penelitian.....	47
I. Orisinalitas Penelitian.....	49
J. Sistematika Penulisan.....	55
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
A. Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah.....	57
1. Pengertian Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah.....	57

2. Para Pihak dalam Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah.....	59
B. Tindak Pidana	59
1. Pengertian Tindak Pidana.....	60
2. Unsur – unsur Tindak Pidana.....	62
C. Tindak Pidana Korupsi	65
1. Pengertian Tindak Pidana Korupsi.....	65
2. Bnetuk - bentuk Tindak Pidana Korupsi.....	69
D. Hukum dan Keadilan	72
1. Pengertian Hukum dan Keadilan.....	72
2. Keadilan sebagai bagian dari tujuan Hukum	74
E. Tindak Pidana dalam perspektif Hukum Islam	75
F. Keadilan dalam perspektif Hukum Islam	77
BAB III URGENSI PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH PERLU DIATUR BERBASISKAN KEADILAN	
A. Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia.....	78
B. Perkembangan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia.....	83
C. Permasalahan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia.....	96

BAB IV KELEMAHAN – KELEMAHAN PADA PENGATURAN	
PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH	
A. Lemahnya Sistem Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.....	109
B. Lemahnya Perlindungan Hukum bagi Pengguna Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.....	113
C. Lemahnya Perlindungan Hukum bagi Penyedia Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.....	124
BAB V PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA	
PEMERINTAH BERBASIS NILAI KEADILAN	
A. Kajian Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah berbagai negara.....	154
B. Rekonstruksi Sistem Pengadanaan Barang dan Jasa Pemerintah.....	170
C. Perlindungan Hukum Bagi Pengguna dan Penyedia Jasa.....	197
BAB VI PENUTUP	
A. Kesimpulan.....	216
B. Saran	220
C. Implikasi kajian	220

DAFTAR PUSTAKA.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pembangunan infrastruktur Indonesia telah menjadi prioritas utama pemerintah. Hal ini berkesinambungan dengan upaya pertumbuhan ekonomi yang terus dipacu selama beberapa tahun ini. Tercatat satu tahun pergantian pemerintahan, pertumbuhan Ekonomi Indonesia bertumbuh sekitar 4,73% di September 2015. Pembangunan infrastruktur yang terus dipacu tersebut haruslah didukung oleh sebuah legal standing yang kuat demi mempercepat pembangunan. Demi memastikan proses pembangunan tersebut telah banyak berbagai macam aturan yang terbit. Perubahan aturan-aturan tersebut dimaksud untuk menjawab tantangan dan perubahan pola pengadaan yang selama ini terjadi. Perubahan aturan tersebut kemudian berubah hanya pada sisi materil saja. Namun, jika bicara penguatan hukum secara substansi hukum tidak berubah sama sekali.

Telah banyak perubahan-perubahan terkait aturan pengadaan barang dan jasa pemerintah, namun hanya terlihat pada bentuk aturan yang bersifat khusus dan terpisah-pisah. Sejak di terbitkannya aturan mengenai pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, Peraturan yang di pakai pernah memiliki Legal Standing yang kuat berupa adanya Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi. Akan tetapi saat ini Legal Standing mengenai hukum pengadaan barang dan jasa berubah menjadi hanya sebatas Keputusan Presiden (Keppres). Kekuatan Hukum pengadaan-pun baru mulai terganti dengan perubahan di tahun 2010, dimana Keppres yang sebelumnya terbit menggantikan

Keppres pengadaan barang dan jasa pemerintah dalam kurun waktu 2003-2010, baru muncul jenis hukum yang lebih kuat dan mengikat dari Keppres yaitu Peraturan Presiden tepatnya pada masa Pemerintahan SBY. Padahal, melihat banyaknya perubahan isi dari peraturan tersebut sangat cocok diganti dengan jenis aturan yang secara hierarki perundang-undangan yang lebih tinggi dari sekedar Peraturan Presiden. Saat ini telah ada aturan terbaru mengenai hukum pengadaan barang dan jasa pemerintah, yakni Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 16 tahun 2018. Dan yang paling terbaru ialah Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Pengadaan barang dan jasa pemerintah menurut Perpres terbaru adalah kegiatan barang dan jasa oleh alat pemerintah dan penyedia (Kontraktor) mulai dari perencanaan, pengerjaan hingga serah terima pekerjaan hasil pengadaan.⁷ Tujuan dari pengadaan Barang dan jasa sendiri secara khusus dipergunakan untuk meningkatkan pelayanan publik. Pelayanan publik digunakan untuk melayani semua kebutuhan rakyat dalam bentuk fasilitas dan jasa yang masuk dalam sebuah program pengadaan barang dan jasa. Pelayanan publik menjadi kebutuhan dasar dalam bentuk pelayanan umum. Untuk membuat pelayanan umum tersebut menjadi semakin membaik dan tertib administrasi, tentu dibutuhkan sebuah aturan yang mengikat dan mengatur proses pengadaan barang dan jasa untuk membuat pelayanan publik baik dalam bentuk barang, jasa, infrastruktur dan bentuk lainnya. Proses pengadaan barang dan jasa tersebut menjadi hal yang sangat penting dalam memenuhi dan menyediaka sarana dan prasarana yang memadai. Aturan Pengadaan Barang dan jasa tidak lebih

daripada memenuhi tujuan dari amanat Undang-Undang Dasar 1945 yaitu menciptakan masyarakat yang adil dan makmur.

Amanah Undang-Undang Dasar tersebut secara internasional dapat dimaknai oleh terselenggaranya tata pemerintahan yang baik (*Good Governance*). *Good Governance* menurut dari UNDP (*United Nations Development Program*) adalah penyelenggaraan pemerintahan yang melibatkan banyak pihak seperti; Negara dan pemerintahan, Swasta, dan Masyarakat atau rakyat.¹

Pemilihan Penyedia Pekerjaan Konstruksi dilakukan dengan Pelelangan Umum, Pelelangan Terbatas, Pemilihan Langsung, Penunjukan Langsung dan Pengadaan Langsung. Sedangkan Pemilihan Penyedia Jasa Lainnya dilakukan dengan Pelelangan Umum, Pelelangan Sederhana, Penunjukan Langsung, Pengadaan Langsung dan Sayembara. Kontes/ Sayembara dilakukan khusus untuk pemilihan Penyedia Barang/ Jasa Lainnya yang merupakan hasil industri kreatif, inovatif dan budaya dalam negeri. Dalam praktiknya, pelaksanaan pengadaan barang/jasa meskipun telah diterbitkan Peraturan Presiden yang secara khusus mengatur tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah, namun seringkali masih terjadi pelanggaran-pelanggaran, baik pelanggaran yang dilakukan oleh pengguna maupun oleh penyedia.

Pelanggaran yang teridentifikasi dalam pelaksanaan Pengadaan Barang/ Jasa merupakan pelanggaran-pelanggaran yang bersifat pidana, wanprestasi atas perjanjian pengadaan barang/ jasa dan perbuatan melawan

¹ Sedarmayanti. 2009. Reformasi Administrasi Publik, Reformasi Birokrasi, dan Kepemimpinan Masa Depan: Mewujudkan Pelayanan prima dan Pemerintahan yang baik. Bandung, Refika Aditama. Halaman 270.

hukum maupun pelanggaran prosedural yang dilakukan oleh organisasi Pengadaan Barang/ Jasa. Terkadang berakhir pada kasus korupsi, mulai dari tersangka, terdakwa maupun terpidana. Tidak sedikit pula pelanggaran tersebut dilakukan oleh pejabat yang berakhir di jeruji besi, karena terjerat pelanggaran tindak pidana korupsi dan tindak pidana pencucian uang (TPPU) yang mengakibatkan kerugian Negara.

Mengenai perbuatan yang dilarang dalam pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa sebagaimana tertuang di dalam Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 16 tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah menjelaskan bahwa dalam melakukan pemaketan Barang/Jasa, PA/ KPA dilarang: (a) menyatukan atau memusatkan beberapa kegiatan yang tersebar di beberapa lokasi/daerah yang menurut sifat pekerjaan dan tingkat efisiensinya seharusnya dilakukan di beberapa lokasi/daerah masing-masing; (b) menyatukan beberapa paket pengadaan yang menurut sifat dan jenis pekerjaannya bisa dipisahkan dan/atau besarnya nilainya seharusnya dilakukan oleh Usaha Mikro dan Usaha Kecil serta koperasi kecil; (c) memecah Pengadaan Barang/Jasa menjadi beberapa paket dengan maksud menghindari pelelangan; dan/atau; (d) menentukan kriteria, persyaratan atau prosedur pengadaan yang diskriminatif dan/atau dengan pertimbangan yang tidak obyektif.

Jika PA/ KPA dengan sengaja melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh peraturan perundang-undangan, maka berdasarkan peraturan perundang-undangan PA/KPA akan menerima konsekuensi melakukan perbuatan melawan hukum. Pengendalian terhadap pelaksanaan pengadaan barang/ jasa pemerintah Dalam Pasal 115 Konsolidasi Peraturan Presiden

(Perpres) Nomor 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. menjelaskan bahwa K/L/D/I dilarang melakukan pungutan dalam bentuk apapun dalam pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa. Pimpinan K/L/D/I wajib melaporkan secara berkala realisasi Pengadaan Barang/Jasa kepada LKPP. Dan Pimpinan K/L/D/I berwajib memberikan pelayanan hukum kepada PA/ KPA/ PPK/ ULP/ Pejabat Pengadaan/ PPHP/ PPSPM/ Bendahara/ APIP dalam menghadapi permasalahan hukum dalam lingkup Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Khusus untuk tindak pidana dan pelanggaran persaingan usaha, pelayanan hukum hanya diberikan hingga tahap penyelidikan.

Mengenai pengawasan diatur bahwa K/L/D/I wajib melakukan pengawasan terhadap PPK dan ULP/Pejabat Pengadaan di lingkungan K/L/D/I masing - masing, dan menugaskan aparat pengawasan intern yang bersangkutan untuk melakukan audit sesuai dengan ketentuan. K/L/D/I menyelenggarakan sistem whistleblower Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dalam rangka pencegahan KKN. Penyelenggaraan sistem whistleblower dikoordinasikan oleh LKPP. Masyarakat dapat melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Pengawasan dan pemeriksaan atas Pengadaan Barang/Jasa dimaksudkan untuk mendukung usaha Pemerintah guna meningkatkan kinerja aparatur Pemerintah, mewujudkan aparatur yang profesional, bersih dan bertanggung jawab memberantas penyalahgunaan wewenang dan praktek KKN; dan menegakkan peraturan yang berlaku dan mengamankan keuangan negara. Pengawasan Masyarakat (Wasmas) dapat berfungsi sebagai barometer untuk mengukur dan

mengetahui kepercayaan publik terhadap kinerja aparaturnya pemerintah, khususnya dalam Pengadaan Barang/Jasa, memberikan koreksi terhadap penyimpangan dalam pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa dan memberikan masukan dalam perumusan kebijakan perencanaan, penganggaran, pelaksanaan dan pengawasan dalam Pengadaan Barang/Jasa.

Mengingat banyaknya permasalahan – permasalahan hukum yang ditemukan dalam proses pengadaan barang dan jasa seperti yang telah diuraikan diatas. Maka seyogyanya pengaturan barang dan jasa seharusnya telah diatur dalam bentuk peraturan setingkat undang – undang.

Berdasarkan perbedaan pendapat tersebut maka penulis merasa perlu melakukan pengkajian lebih dalam lagi, sehingga dari beberapa latar belakang tersebut di atas maka menjadi dasar bagi peneliti untuk mengangkat judul pada penulisan Desertasi, yaitu: **“REKONSTRUKSI PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH BERBASIS KEADILAN”**

B. Rumusan Masalah

Dari latar belakang sebagaimana yang telah diuraikan pada bagian terdahulu, maka akan dibatasi permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian disertasi ini, yaitu sebagai berikut:

1. Mengapa regulasi atau pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah belum berbasis nilai keadilan?
2. Apa kelemahan – kelemahan regulasi/pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah saat ini?

3. Bagaimana rekonstruksi regulasi atau pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah yang berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

Sesuai dengan latar belakang masalah dan perumusan masalah, maka yang menjadi tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis urgensi regulasi atau pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah belum berbasis nilai keadilan.
2. Untuk menganalisis dan menemukan apa kelemahan – kelemahan regulasi/pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah saat ini.
3. Untuk merekonstruksi regulasi atau pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah yang berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian

Sesuai dengan latar belakang masalah dan perumusan masalah, maka yang menjadi kegunaan yang diharapkan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritis

Sebagai Kegunaan Teoritis yaitu kegunaan yang berkaitan dengan menemukan konsep baru di bidang ilmu hukum khususnya tentang regulasi atau pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.

2. Kegunaan Praktis

Sebagai Kegunaan praktis yaitu pertalian dengan masalah-masalah yang diteliti yang bermanfaat bagi institusi tempat penelitian dilakukan,

eksekutif, yudikatif, legislatif, dan (Civitas akademika sebagai bahan Pengembangan Ilmu Hukum, serta masyarakat.

E. KERANGKA KONSEPTUAL DISERTASI

1. Rekonstruksi

Sebelum mendefinisikan rekonstruksi, terlebih dahulu peneliti akan menjelaskan pengertian konstruksi dalam judul penelitian ini, karena kata konstruksi pada rekonstruksi merupakan kata yang menerangkan kata rekonstruksi itu sendiri. Tujuannya adalah agar dapat mengetahui jelas perbedaan-perbedaan dari makna-makna tersebut, sehingga mampu memberikan pemahaman maksud dari penelitian ini. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia edisi keempat, konstruksi adalah susunan dan hubungan kata dalam kalimat atau kelompok kata. Makna suatu kata ditentukan oleh konstruksi dalam kalimat atau kelompok kata.

Kata konstruksi ini dalam kenyataannya adalah konsep yang cukup sulit untuk dipahami dan disepakati. Kata konstruksi mempunyai beragam interpretasi, tidak dapat didefinisikan secara tunggal, dan sangat tergantung pada konteksnya. Beberapa definisi konstruksi berdasarkan konteksnya perlu dibedakan atas dasar : proses, bangunan, kegiatan, bahasa dan perencanaan. Dari beberapa uraian di atas definisi makna konstruksi dalam konteks hubungannya dengan penelitian ini memiliki arti suatu bentuk, tata cara atau secara lebih luas merupakan pola-pola hubungan yang ada di

dalam suatu system yang membentuk suatu proses kerja dalam hal ini proses perencanaan peraturan daerah.²

Kata konstruksi ini dalam kenyataannya adalah konsep yang cukup sulit untuk dipahami dan disepakati kata konstruksi mempunyai beragam interpretasi, tidak dapat didefinisikan secara tunggal, dan sangat tergantung pada konteksnya. Beberapa definisi konstruksi berdasarkan konteksnya perlu dibedakan atas dasar : proses, bangunan, kegiatan, bahasa dan perencanaan. Dari beberapa uraian diatas definisi makna konstruksi dalam kontkes hubungannya dengan penelitian ini memiliki arti suatu bentuk, tata cara atau secara lebih luas merupakan pola-pola hubungan yang ada di dalam suatu system yang membentuk suatu proses kerja dalam hal ini proses perencanaan peraturan daerah.

Pembaharuan atau rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian, dalam perencanaan pembangunan nasional sering dikenal dengan istilah rekonstruksi. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “re” berarti pembaharuan sedangkan „konstruksi” sebagaimana penjelasan diatas memiliki arti suatu system atau bentuk. Beberapa pakar mendefinisikan rekontruksi dalam berbagai interpretasi B.N Marbun mendefinisikan secara sederhana penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.³

2. Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

² Alwi, hasan. 2007. Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat. Jakarta: PT. Balai Pustaka

³ B.N. Marbun. 1996. Kamus Politik. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan. hlm.469

Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah 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. Barang/jasa pemerintah meliputi:

- a. Barang, adalah setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh Pengguna Barang.
- b. Pekerjaan Konstruksi, adalah seluruh pekerjaan yang berhubungan dengan pelaksanaan konstruksi bangunan atau pembuatan wujud fisik lainnya.
- c. Jasa Konsultansi, adalah jasa layanan profesional yang membutuhkan keahlian tertentu diberbagai bidang keilmuan yang mengutamakan adanya olah pikir (*brainware*).
- d. Jasa Lainnya, adalah jasa yang membutuhkan kemampuan tertentu yang mengutamakan keterampilan (*skillware*) dalam suatu sistem tata kelola yang telah dikenal luas di dunia usaha untuk menyelesaikan suatu pekerjaan atau segala pekerjaan dan/atau penyediaan jasa selain Jasa Konsultansi, pelaksanaan Pekerjaan Konstruksi, dan pengadaan Barang.

3. Subjek Pengadaan Barang dan Jasa

Pengadaan barang dan jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang dan jasa yang dibiayai dana yang bersumber dari APBN dan atau APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa.

Subjek dalam kontrak pengadaan barang dan jasa terdiri dari pemerintah yang merupakan pemberi kerja dan penyedia barang dan jasa.

Berikut ini organisasi dalam kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah, meliputi :

a. Pengguna Barang dan Jasa

Pemerintah selaku pihak pengguna barang dan jasa dalam struktur organisasi pengadaan diwakili Pengguna Anggaran/Kuasa Pengguna Anggaran (PA/KPA), Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), Panitia Pengadaan/ULP (Unit Layanan Pengadaan), Panitia/Pejabat Penerima Hasil Pekerjaan dan Aparat Pengawas Intern Pemerintah (APIP), yakni :

- 1) Menteri/Pimpinan Lembaga;
- 2) Gubernur/Bupati/Walikota selaku kepala pemerintahan daerah; dan
- 3) Kepala Satuan Kerja Perangkat Daerah bagi satuan kerja perangkat daerah yang dipimpinnya.

Pengguna Anggaran merupakan pejabat tertinggi yang mewakili pemerintah pada K/L/D/I yang dipimpinnya dalam pengelolaan keuangan negara yang dibantu oleh beberapa perangkat di bawahnya. Dalam prakteknya kewenangan pimpinan K/L/D/I selaku Pengguna Anggaran dapat didelegasikan kepada pejabat di bawahnya.

b. Kuasa Pengguna Anggaran (KPA)

KPA adalah pejabat yang ditetapkan oleh PA untuk menggunakan APBN atau ditetapkan oleh Kepala Daerah untuk menggunakan APBD. KPA pada K/L/D/I pusat lainnya merupakan Pejabat yang ditetapkan oleh Kepala Daerah atas usul PA/KPA untuk dana dekonsentrasi dan tugas

pebantuan ditetapkan oleh PA pada Kementerian/Lembaga/Institusi pusat lainnya atas usul Kepala Daerah. Sedangkan KPA, memiliki kewenangan sesuai pelimpahan oleh PA.

c. Pejabat Pembuat Komitmen (PPK)

PPK adalah pejabat yang bertanggungjawab atas pelaksanaan pengadaan barang/jasa.

d. ULP/Pejabat Pengadaan

Dalam organisasi pengadaan barang/jasa pemerintah ditetapkan adanya ULP/Pejabat Pengadaan yang dapat memberikan pelayanan pembinaan di bidang pengadaan barang/jasa.

e. Panitia/Pejabat Penerima Hasil Pekerjaan (PPHP)

Dalam rangka melakukan pemeriksaan, menerima dan membuat berita acara penerimaan hasil pekerjaan, PA/KPA menetapkan Panitia/Pejabat Penerima Hasil Pekerjaan yang anggotanya berasal dari pegawai negeri, baik dari instansi sendiri maupun instansi lainnya.

f. Aparat Pengawas Intern Pemerintah (APIP)

Aparat Pengawas Intern Pemerintah atau pengawas intern pada institusi yang selanjutnya disebut APIP adalah aparat yang melakukan pengawasan melalui audit, reviu, evaluasi, pemantauan dan kegiatan pengawasan lain terhadap penyelenggaraan tugas dan fungsi organisasi.

2. Penyedia Barang/Jasa

Pihak kedua yang merupakan bagian penting setelah pihak pemerintah dalam pengadaan barang/jasa adalah penyedia barang/jasa. Penyedia

dalam hal ini adalah badan usaha atau orang perseorangan yang menyediakan barang/pekerjaan konstruksi/jasa konsultasi/jasa lainnya.

Dalam pengadaan barang/jasa yang menjadi obyek dalam kontrak tersebut adalah barang, pekerjaan konstruksi, jasa konsultasi dan jasa lainnya.

Dalam Pasal 1 angka 29 Perpres Nomor 16 Tahun 2018 dirumuskan Barang adalah setiap benda baik yang berwujud maupun tidak berwujud, bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai dipergunaka atau dimanfaatkan oleh pengguna barang. Pekerjaan konstruksi adalah keseluruhan pekerjaan yang berhubungan dengan pelaksanaan konstruksi bangunan atau pembuatan wujud fisik lainnya. Sedangkan untuk jasa konsultasi adalah jasa layanan profesional yang membutuhkan keahlian tertentu diberbagai bidang keilmuan yang mengutamakan adanya oleh pikir (*brainware*). Obyek yang terakhir dari kontrak ini adalah jasa lainnya yang dirumuskan sebagai jasa yang membutuhkan kemampuan tertentu yang mengutamakan keterampilan (*skillware*) dalam suatu sistem tata kelola yang telah dikenal luas di dunia usaha untuk menyelesaikan suatu pekerjaan atau segala pekerjaan dan/atau penyediaan jasa selain jasa konsultasi, pelaksanaan pekerjaan konstuksi dan pengadaan barang.

4. Tahapan Pengadaan Barang dan Jasa

Proses pengadaan barang/jasa pemerintah menggunakan suatu sistem terintegrasi yang dilaksanakan melalui beberapa tahapan sebagai berikut :

- a. Persiapan Pemilihan Penyedia Barang/Jasa yang terdiri dari kegiatan: perencanaan, pemilihan sistem, penetapan metode penilaian kualifikasi, penyusunan jadwal, penyusunan dokumen, dan penetapan HPS,
- b. Pelaksanaan Pemilihan Penyedia Barang/Jasa terdiri dari kegiatan: pengumuman, penilaian kualifikasi, pendaftaran dan pengambilan dokumen, pemberian penjelasan, pemasukan dokumen penawaran, evaluasi penawaran, penetapan dan pengumuman pemenang, sanggahan, pemilihan gagal, penunjukan pemenang, penandatanganan kontrak, dan pelaksanaan kontrak.

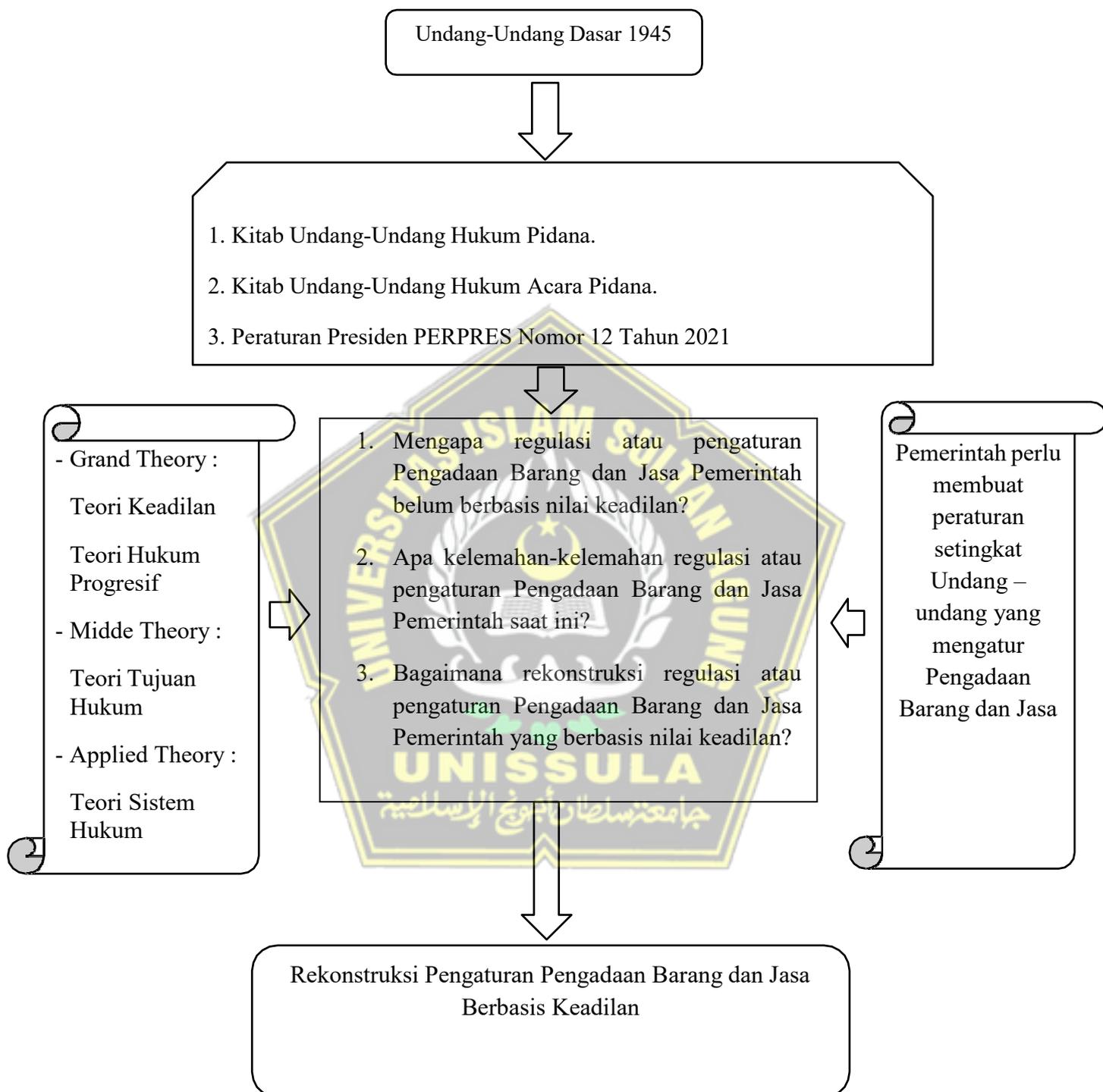
Salah satu tahapan yang sangat penting dalam proses pemilihan penyedia barang/jasa adalah tahap evaluasi terhadap penawaran yang diajukan oleh setiap peserta lelang. Metode evaluasi penawaran dalam pemilihan penyedia barang/jasa terdiri atas; sistem gugur, sistem nilai, dan sistem penilaian biaya selama umur ekonomis. Metode evaluasi penawaran untuk pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya pada prinsipnya menggunakan penilaian sistem gugur. Sistem gugur merupakan evaluasi penilaian penawaran dengan cara memeriksa dan membandingkan Dokumen Penawaran terhadap pemenuhan persyaratan yang telah ditetapkan dalam Dokumen Pemilihan Penyedia Barang/Jasa. Urutan proses evaluasi dimulai dari penilaian persyaratan administrasi, persyaratan teknis, dan kewajaran

harga. Terhadap penyedia barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya yang tidak lulus penilaian pada setiap tahapan dinyatakan gugur.

Evaluasi penilaian penawaran sistem gugur terdiri dari:

- a. Evaluasi Administrasi, dilakukan terhadap kelengkapan dan keabsahan syarat administrasi yang ditetapkan dalam Dokumen Pengadaan, dan menghasilkan dua kesimpulan, yaitu memenuhi syarat administrasi atau tidak memenuhi syarat administrasi.
- b. Evaluasi Teknis, dilakukan terhadap penawaran yang dinyatakan memenuhi persyaratan administrasi. Evaluasi teknis dilakukan terhadap pemenuhan syarat teknis yang ditetapkan dalam Dokumen Pengadaan. Hasil evaluasi teknis menghasilkan dua kesimpulan yaitu memenuhi syarat teknis atau tidak memenuhi syarat teknis.
- c. Evaluasi Harga, hanya dilakukan terhadap penawaran yang dinyatakan memenuhi syarat administrasi dan teknis. Berdasarkan hasil evaluasi harga, Kelompok Kerja ULP membuat daftar urutan penawaran yang dimulai dari urutan harga penawaran terendah dan mengusulkan penawar terendah yang responsif sebagai calon pemenang.

F. KERANGKA PEMIKIRAN



Aturan yang mengatur mengenai pengadaan barang dan jasa pemerintah selanjutnya diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pada awalnya dapat

diambil kesimpulan bahwa peraturan perundang-undangan terkait barang dan jasa pemerintah telah ada pada tahun 1941.

Pengadaan Barang dan/ Jasa merupakan suatu kegiatan untuk memperoleh barang/ jasa guna pemenuhan kebutuhan pembangunan oleh masyarakat maupun penyelenggaraan pemerintahan, diperlukan suatu pengelolaan yang dimulai dari perencanaan sampai dengan terpenuhinya kebutuhan pengadaan barang/ jasa untuk itu diperlukan organisasi yang khusus melaksanakan proses pengadaan barang/ jasa. Mengenai Organisasi pengadaan barang/ jasa pemerintah telah diatur dan tersebar di dalam Peraturan Presiden RI Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah, guna penyesuaian keadaan dan permasalahan dalam pelaksanaan pengadaan barang/ jasa.

Dalam Peraturan Presiden tersebut secara lengkap mengatur persyaratan, tugas, fungsi dan kewenangan organisasi pengadaan barang/ jasa. Sehingga menimbulkan konsekuensi logis bagi pelaksana pengadaan barang/ jasa, yaitu wajib dan mematuhi segala ketentuan yang tertuang di dalam peraturan perundang- undangan. Organisasi Pengadaan memiliki peranan penting dalam melaksanakan Pengadaan Barang/ Jasa, sebagai pelaksana seluruh proses pengadaan, tanpa organisasi pengadaan, Pengadaan Barang/ Jasa tidak dapat dilaksanakan.

Pengertian Organisasi Pengadaan Barang/Jasa sebagaimana tercantum dalam Pasal 7 Peraturan Presiden RI Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah terbagi dua yaitu Organisasi Pengadaan

Barang/ Jasa untuk Pengadaan melalui Penyedia Barang/ Jasa dan Organisasi Pengadaan Barang/ Jasa untuk Pengadaan melalui Swakelola.

Organisasi Pengadaan Barang/ Jasa untuk Pengadaan melalui Penyedia Barang/ Jasa terdiri atas: (a) PA/ KPA; (b) PPK; (c) ULP/ Pejabat Pengadaan; dan (d) Panitia/ Pejabat Penerima Hasil Pengadaan. Sedangkan Organisasi Pengadaan Barang/ Jasa untuk Pengadaan melalui Swakelola terdiri atas: (a) PA/KPA; (b) PPK; (c) ULP/ Pejabat Pengadaan/ Tim Pengadaan; dan (d) Panitia/ Pejabat Penerima Hasil

Pengguna Anggaran (PA) adalah Pejabat pemegang kewenangan penggunaan anggaran Kementerian/ Lembaga/ Satuan Kerja Perangkat Daerah atau Pejabat yang disamakan pada Institusi Pengguna APBN/ APBD. Kuasa Pengguna Anggaran yang selanjutnya disebut KPA adalah pejabat yang ditetapkan oleh PA untuk menggunakan APBN atau ditetapkan oleh Kepala Daerah untuk menggunakan APBD. Pejabat Pembuat Komitmen yang selanjutnya disebut PPK adalah pejabat yang bertanggung jawab atas pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa.

Unit Layanan Pengadaan yang selanjutnya disebut ULP adalah unit organisasi pemerintah yang berfungsi melaksanakan Pengadaan Barang/Jasa di K/L/D/I yang bersifat permanen, dapat berdiri sendiri atau melekat pada unit yang sudah ada. Selanjutnya Pejabat Pengadaan adalah personil yang memiliki Sertifikat Keahlian Pengadaan Barang/Jasa yang melaksanakan Pengadaan Barang/Jasa, serta yang dimaksud dengan Panitia/Pejabat Penerima Hasil Pekerjaan adalah panitia/ pejabat yang ditetapkan oleh PA/KPA yang bertugas memeriksa dan menerima hasil pekerjaan. Pejabat Penerima Hasil Pengadaan

adalah panitia/pejabat yang ditetapkan oleh PA/KPA yang bertugas memeriksa dan menerima hasil pekerjaan. Penyedia Barang/Jasa adalah badan usaha atau orang perseorangan yang menyediakan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Konsultansi/Jasa Lainnya. Mengenai persyaratan, tugas dan wewenang organisasi pengadaan barang/ jasa diatur di dalam Pasal 8 sampai dengan Pasal 21 Peraturan Presiden RI Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah.

Dalam menjalankan tugas dan fungsinya organisasi pengadaan seringkali menghadapi banyak permasalahan, antar lain berhadapan dengan permasalahan keterbatasan anggaran pendukung dan honor, ketidakfahaman peraturan perundang-undangan dikarenakan peraturan yang terus berubah, dalam pelaksanaan pengadaan barang/ jasa seringkali mendekati kolusi-korupsi-nepotisme dan fungsi ULP tidak optimal, sehingga hal tersebut bagi organisasi pengadaan menjadi rentan dan dianggap sebagai kambing hitam penyebab terjadinya perbuatan melawan hukum, baik pidana maupun perdata. Dengan demikian, organisasi pengadaan dalam menjalankan tugas dan fungsinya membutuhkan suatu proteksi dari pemerintah, suatu upaya perlindungan hukum yang bersifat represif dan preventif.

Perlindungan dalam ilmu hukum adalah suatu bentuk pelayanan yang wajib diberikan oleh aparat penegak hukum atau aparat keamanan untuk memberikan rasa aman, baik fisik maupun mental, kepada korban dan sanksi dari ancaman, gangguan, teror, dan kekerasan dari pihak manapun yang

diberikan pada tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan atas pemeriksaan di sidang pengadilan. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan terhadap subyek hukum dalam bentuk perangkat hukum baik yang bersifat preventif maupun yang bersifat represif, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dengan kata lain perlindungan hukum sebagai suatu gambaran dari fungsi hukum yaitu konsep dimana hukum dapat memberikan suatu keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian.

Adanya perlindungan hukum bagi seseorang berarti bahwa ia mendapat jaminan akan adanya perlindungan secara hukum terhadap suatu perbuatan hukum yang dilakukannya. Begitu juga halnya bagi organisasi pengadaan dalam tugasnya melaksanakan pengadaan barang/jasa pemerintah, agar terciptanya rasa keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian. Keadilan berarti bahwa apa yang dilakukan organisasi pengadaan yang sudah sesuai dengan ketentuan seyogyanya memperoleh reward atau imbalan yang sesuai dengan hasil kerja yang dilakukannya.

G. Landasan Teori

1. *Grand Theory* (Teori Utama)

a) Teori Keadilan

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian, setiap

pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu hubungan yang formal. Kita juga perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya.

Keadilan berasal dari kata dasar adil dengan mendapat imbuhan ke-an, menjadi keadilan. Keadilan berarti dapat menempatkan sesuatu secara proporsional dan persamaan hak sesuai dengan kapasitas dan kemampuan seseorang dalam melakukan sesuatu masalah⁴.

Di dalam literatur Inggris istilah keadilan disebut dengan “*justice*”, kata dasarnya “*jus*”. Perkataan “*jus*” berarti hukum atau hak. Dengan demikian salah satu pengertian dari *justice* adalah hukum. Dalam makna keadilan sebagai hukum, kemudian berkembang arti dari kata *justice* sebagai “*lawfulness*” yaitu keabsahan menurut hukum⁵.

Keadilan berasal dari kata dasar adil dengan mendapat imbuhan ke-an, menjadi keadilan. Keadilan berarti dapat menempatkan sesuatu secara proporsional dan persamaan hak sesuai dengan kapasitas dan kemampuan seseorang dalam melakukan sesuatu masalah⁶.

Di dalam literatur Inggris istilah keadilan disebut dengan “*justice*”, kata dasarnya “*jus*”. Perkataan “*jus*” berarti hukum atau hak. Dengan

⁴ Yatimin Abdullah, 2006, *Pengantar Studi Etika*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 537.

⁵ Bahder Johan Nasution, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja*, Mandar Maju, Bandung, h. 48.

⁶ Yatimin Abdullah, 2006, *Pengantar Studi Etika*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 537.

demikian salah satu pengertian dari *justice* adalah hukum. Dalam makna keadilan sebagai hukum, kemudian berkembang arti dari kata *justice* sebagai “*lawfulness*” yaitu keabsahan menurut hukum⁷.

Menurut bahasa (etimologi) keadilan ialah seimbang antara berat dan muatan⁸, sesuai dengan hak dan kewajiban, sesuai antara pekerjaan dan hasil yang diperoleh, sesuai dengan ilmu, sesuai dengan pendapatan dan kebutuhan.

WJS. Poerwadarminta memberikan pengertian adil sebagai berikut:

- 1) Adil berarti tidak berat sebelah (tidak memihak), pertimbangan yang adil, putusan yang dianggap adil;
- 2) Adil berarti patut, sepatutnya, tidak sewenang-wenang. Misalnya, dalam mengemukakan tuntutan yang adil.

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian, setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu hubungan yang formal. Kita juga perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya.

⁷ Bahder Johan Nasution, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi Pekerja*, Mandar Maju, Bandung, h. 48.

⁸ Ibnu Miskawaih, 1995, *Menuju Kesempurnaan Ahlak*, Mizan, Bandung, h. 115.

Keadilan berasal dari kata dasar adil dengan mendapat imbuhan ke-
an, menjadi keadilan. Keadilan berarti dapat menempatkan sesuatu secara
proporsional dan persamaan hak sesuai dengan kapasitas dan kemampuan
seseorang dalam melakukan sesuatu masalah⁹.

Di dalam literatur Inggris istilah keadilan disebut dengan “*justice*”,
kata dasarnya “*jus*”. Perkataan “*jus*” berarti hukum atau hak. Dengan
demikian salah satu pengertian dari *justice* adalah hukum. Dalam makna
keadilan sebagai hukum, kemudian berkembang arti dari kata *justice*
sebagai “*lawfulness*” yaitu keabsahan menurut hukum¹⁰.

Keadilan berasal dari kata dasar adil dengan mendapat imbuhan ke-
an, menjadi keadilan. Keadilan berarti dapat menempatkan sesuatu secara
proporsional dan persamaan hak sesuai dengan kapasitas dan kemampuan
seseorang dalam melakukan sesuatu masalah¹¹.

Di dalam literatur Inggris istilah keadilan disebut dengan “*justice*”,
kata dasarnya “*jus*”. Perkataan “*jus*” berarti hukum atau hak. Dengan
demikian salah satu pengertian dari *justice* adalah hukum. Dalam makna
keadilan sebagai hukum, kemudian berkembang arti dari kata *justice*
sebagai “*lawfulness*” yaitu keabsahan menurut hukum¹².

⁹ Yatimin Abdullah, 2006, *Pengantar Studi Etika*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h.
537.

¹⁰ Bahder Johan Nasution, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi
Pekerja*, Mandar Maju, Bandung, h. 48.

¹¹ Yatimin Abdullah, 2006, *Pengantar Studi Etika*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, h.
537.

¹² Bahder Johan Nasution, 2004, *Hukum Ketenagakerjaan Kebebasan Berserikat Bagi
Pekerja*, Mandar Maju, Bandung, h. 48.

Menurut bahasa (etimologi) keadilan ialah seimbang antara berat dan muatan¹³, sesuai dengan hak dan kewajiban, sesuai antara pekerjaan dan hasil yang diperoleh, sesuai dengan ilmu, sesuai dengan pendapatan dan kebutuhan.

WJS. Poerwadarminta memberikan pengertian adil sebagai berikut :

- 1) Adil berarti tidak berat sebelah (tidak memihak), pertimbangan yang adil, putusan yang dianggap adil;
- 2) Adil berarti patut, sepatutnya, tidak sewenang-wenang. Misalnya, dalam mengemukakan tuntutan yang adil.

Adil berarti patut, sepatutnya, tidak sewenang-wenang. Misalnya, dalam mengemukakan tuntutan yang adil, masyarakat adil, masyarakat yang sekalian anggotanya mendapat perlakuan yang sama adil¹⁴.

Apa yang dikemukakan WJS. Poerwadarminta tentang adil, hampir sama dengan pengertian adil/keadilan menurut pengertian kalangan masyarakat pada umumnya yaitu merupakan sifat tindakan atau perlakuan yang tidak memihak kepada salah satu pihak, tidak berat sebelah, memberikan sesuatu kepada setiap orang sesuai dengan hak yang harus diperolehnya, selalu berpihak kepada yang benar dan tidak berbuat sewenang-wenang¹⁵.

¹³ Ibnu Miskawaih, 1995, *Menuju Kesempurnaan Ahlak*, Mizan, Bandung, h. 115.

¹⁴ Poerwadarminta WJS., 1986, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h. 16.

¹⁵ Kuffal HMA., 2012, *Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*, Universitas Muhammadiyah, Malang, h. 48.

Mengenai pengertian keadilan memiliki sejarah pemikiran yang panjang. Tema keadilan merupakan tema utama dalam hukum semenjak masa Yunani kuno¹⁶, karena salah satu tujuan hukum adalah keadilan.

Perbincangan tentang keadilan berkembang dengan pendekatan dan sudut pandang yang berbeda-beda, sehingga karenanya berkembang pula teori-teori keadilan dari para sarjana yang intinya mengemukakan teorinya dari sudut pandangannya masing-masing.

Konsep keadilan merupakan cita hukum yang hendak dan harus diwujudkan di Indonesia, sebab hal ini merupakan amanat dan perintah dari Konstitusi. Keadilan yang hendak dicapai tentu merujuk pada Pancasila sebagai *philosophische grondslag* Indonesia atau menurut Soekarno disebut juga sebagai fundamental falsafah¹⁷. Menurut Sri Endah Wahyuningsih, keadilan harus melalui batu penguji Pancasila yang merupakan filsafat hukum nasional¹⁸. Sebagai falsafah negara, Pancasila digunakan sebagai dasar dalam mengatur pemerintahan negara dan penyelenggaraan negara. Kedudukan Pancasila sebagai dasar negara, merupakan sumber tertib hukum tertinggi yang mengatur kehidupan negara dan masyarakat, di mana norma dan nilai keadilan yang hendak diwujudkan harus selaras dengan Pancasila, utamanya Sila Ketuhanan

¹⁶ Fernando M. Manullang E., 2007, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta h. 96.

¹⁷ Lihat C.S.T. Kansil, 1983, *Pancasila dan UUD 1945 Dasar Falsafah Negara*, Pradnya Pertama, Yogyakarta, h. 55. Dalam Anis Mashdurohatun, Zaenal Arifin, Gunarto, 2016, *Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggungan: atas tanah yang berkeadilan*, Unissula Press, Semarang, h. 27.

¹⁸ Sri Endah Wahyuningsih, 2018, *Model Pengembangan Asas Hukum Pidana Dalam KUHP Berbasis Nilai – Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa*, Penerbit Fastindo, Semarang, h. 31.

Yang Maha Esa, Sila Kemanusiaan yang adil dan beradab, serta Sila Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia¹⁹.

Keadilan senantiasa dipertentangkan dengan istilah ketidakadilan, oleh karenanya di mana ada konsep keadilan maka di situ pun ada konsep ketidakadilan. Menurut Susanto, keadilan secara substansi akan dilahirkan melalui benturan keadilan itu sendiri dengan keraguan dan ketidakadilan, bahwa sesungguhnya keadilan tidak akan berdaya tanpa ketidakadilan dan keraguan²⁰. Hal tersebut secara umum dapat ditarik kesimpulan bahwa orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan *fair*, sedangkan orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak *fair* (*unfair*).

Pandangan Leon Petrazyscki terhadap keadilan dapat dikatakan berbeda dengan pandangan kebanyakan orang yang menilai bahwa keadilan itu adalah abstrak. Menurut Petrazyscki, keadilan adalah sebuah fenomena yang konkret yang dapat ditangkap melalui intuisi kita. Sehubungan dengan hal ini Petrazyscki mengatakan²¹:

“The doctrine herein developed concerning law in general had intuitive law in particular comprises all the premises needed to solve the problem of the of justice : actually, justice is nothing but intuitively law in our sense. As a real phenomenon justice is a psychic phenomenon, knowledge of which can be acquired

¹⁹ Anis Mashdurohatun, *Ibid*.

²⁰Lihat Anthon F. Susanto, 2010, “Keraguan dan Ketidakadilan Hukum (Sebuah Pembacaan Dekonstruktif)”, *Jurnal Keadilan Sosial*, Edisi 1, 2010, Jakarta, h. 23.

²¹The Indonesian Legal Resource Center, ILRC, 2009, *Mengajarkan Hukum yang Berkeadilan, Cetak Biru Pembaharuan Pendidikan Hukum Berbasis Keadilan Sosial*, Penerbit Unair, Surabaya, h. 18.

thoughselfobservation and the joint method” (Doktrin yang dibangun dengan memperhatikan hukum dan hukum yang intuitif tetap menjadi pemikiran kita sebagaimana kenyataan yang ada bahwa keadilan itu adalah fenomena yang harus terlihat, diketahui dan dapat dituntut melalui observasi diri dan bergabung dengan metode).

Maidin Gultom memberikan pengertian keadilan sebagai penghargaan terhadap setiap orang yang menurut harkat dan martabatnya sebagai pribadi dan dalam hubungannya dengan segala sesuatu yang ada di luar pribadinya²². Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Keadilan dalam catatan sejarah pemikiran manusia dimulai sejak zaman Socrates, Plato dan Aristoteles. Sampai sejauh ini konsep dan teorisasi keadilan tetap aktual dibicarakan. Dalam kajian teoritik tentang keadilan ditemukan sejumlah konsep yang terkait dengan nilai dan etika dalam kehidupan.

Di Indonesia keadilan digambarkan dalam Pancasila sebagai dasar negara, yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia²³. Nilai-nilai yang terkandung dalam sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia didasari dan dijiwai oleh sila-sila dari Pancasila²⁴. Penempatan Pancasila sebagai *staats fundamental-norm* pertama kali disampaikan oleh

²²M. Syukri Akub dan Baharuddin Badaru, 2012, *Wawasan Due Process of Law dalam Sistem Peradilan Pidana*, Rangkang Education, Yogyakarta, h.17.

²³Agus Santoso H.M., 2012, *Hukum, Moral, dan Keadilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h. 86.

²⁴ Ibid.

Notonagoro²⁵, di mana konsep *staats fundamental-norm* (norma fundamental negara) diambil dari teori tentang Jenjang Norma Hukum (*Die theorie von stufenordnungder rechts normen*) Hans Nawiasky²⁶. Dengan demikian maka Pancasila merupakan norma tertinggi karena *presupposed* atau ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat dalam suatu negara dan merupakan norma yang menjadi rujukan bagi norma-norma hukum di bawahnya. Sejalan dengan hal tersebut, maka dalam konsep hukum dalam kaidah hukum positif, nilai keadilan dalam Pancasila harus selaras dan seiring sejalan dengan *staatsgrundgesetze* yang berupa hukum dasar atau juga disebut konstitusi (*vervassung*), undang-undang (*formelegesetze*), maupun aturan lain dibawahnya (Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum).

Berdasarkan sila-sila dari Pancasila, maka dalam sila kelima terkandung nilai-nilai keadilan yang harus terwujud dalam kehidupan bersama (kehidupan sosial). Adapun keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakekat keadilan kemanusiaan yaitu keadilan dalam hubungannya manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan manusia lainnya, manusia dengan masyarakat, bangsa dan negara, serta hubungan manusia dengan Tuhannya²⁷.

²⁵Lihat Notonagoro, "Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (Pokok Kaidah Fundamental Negara Indonesia)", dalam Jimly Asshiddiqie, "Ideologi, Pancasila dan Konstitusi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia", dalam Dani Pinasang, "Falsafah Pancasila Sebagai Norma Dasar (Grundnorm) Dalam Rangka Pengembangan Sistem Hukum Nasional", *Jurnal Hukum Unsrat*, Vol. XX/No. 3/April-Juni/2012, April 2012, Manado, hlm. 3.

²⁶ Lihat Dardji Darmodihardjo, 1999, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia, Jakarta, h. 21.

²⁷ Kaelan, 2007, *Pendidikan Kewarganegaraan Untuk Perguruan Tinggi*, Paradigma, Yogyakarta, h. 36.

Menurut I Ketut Rindjin, sesungguhnya keadilan sosial yang berlaku dalam masyarakat meliputi segala bidang kehidupan, tidak hanya meliputi aspek materiil saja, tetapi juga aspek spiritual, yaitu yang menyangkut adil dibidang hukum, politik, sosial, budaya, maupun ekonomi²⁸. Makna keadilan sosial mencakup pula pengertian adil dan makmur yang merupakan tujuan dari negara Indonesia²⁹.

Menurut Ida Bagus Wyasa Putra, teori keadilan Pancasila mencakup sekurang-kurangnya tiga komponen keadilan yaitu; keadilan tukar menukar, keadilan sosial, dan keadilan dalam membagi³⁰. Apa yang dimaksud dengan ketiga komponen keadilan tersebut dapat diberikan penjelasan sebagai berikut;

- 1) Keadilan tukar menukar mencakup dua konsep yaitu; (a) memberikan kepada pihak lain segala sesuatu yang menjadi haknya, atau yang semestinya mereka terima, sehingga masing-masing pihak mempunyai kesempatan untuk melaksanakan hak dan kewajiban tanpa rintangan; (b) dalam hubungan manusia orang perorangan; memberikan kepada sesama segala sesuatu yang menjadi hak pihak lain atau yang seharusnya diterima pihak lain, sehingga timbul keadaan saling memberi dan saling menerima.
- 2) Keadilan sosial, yaitu dalam hubungan manusia perseorangan dengan masyarakat, memberi dan melaksanakan segala sesuatu

²⁸ Rindjin Ketut, 2012, *Pendidikan Pancasila Untuk Perguruan Tinggi*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, h. 178.

²⁹ Kaelan, *Op. Cit*, h. 37.

³⁰ Wyasa Putra Ida Bagus I, *Op.Cit.* h. 210.

yang memajukan kemakmuran serta kesejahteraan sebagai tujuan mutlak masyarakat.

- 3) Keadilan dalam membagi, yaitu dalam hubungan antara masyarakat dengan warganya, masyarakat dengan alat penguasaannya, membagikan segala kenikmatan dan beban bersama dengan secara rata dan merata, menurut keselamatan sifat dan tingkat perbedaan rohaniah serta badaniah warganya, baik sebagai perseorangan maupun golongan, sehingga terlaksana sama rasa sama rata .

Keadilan Pancasila menurut Ida Bagus Wyasa Putra mempunyai cakupan lebih luas dan tidak hanya sekedar keadilan sosial saja, tetapi juga keadilan tukar menukar dan keadilan dalam membagi. Sejalan dengan teori keadilan Pancasila ini, maka penerapan moratorium remis bagi terpidana narkoba, juga harus didasarkan kepada keadilan Pancasila 18 Agustus 1945, dan Undang Undang Dasar 1945.

Teori keadilan Pancasila ini akan dijadikan pisau analisis terhadap (3) tiga masalah yang telah dirumuskan, sehingga pembahasan setiap masalah yang dirumuskan diantara ketiga rumusan masalah dimaksud akan dianalisis berdasarkan kepada teori keadilan Pancasila.

b) Teori Hukum Progresif

Progresif adalah kata yang berasal dari bahasa asing (Inggris) yang asal katanya adalah *progress* yang artinya maju. *Progressive* adalah kata sifat, jadi sesuatu yang bersifat maju. Hukum Progresif berarti hukum yang

bersifat maju. Pengertian progresif secara harfiah ialah, *favouring new, modern ideas, happening or developing steadily* (menyokong ke arah yang baru, gagasan modern, peristiwa atau perkembangan yang mantap), atau berhasrat maju, selalu (lebih) maju, meningkat.³¹

Istilah hukum progresif di sini adalah istilah hukum yang diperkenalkan oleh Satjipto Rahardjo, yang dilandasi asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia. Satjipto Rahardjo merasa prihatin dengan rendahnya kontribusi ilmu hukum dalam mencerahkan bangsa Indonesia, dalam mengatasi krisis, termasuk krisis dalam bidang hukum itu sendiri. Untuk itu beliau melontarkan suatu pemecahan masalah dengan gagasan tentang hukum progresif.

Istilah hukum progresif, diperkenalkan oleh Satjipto Rahardjo, yang dilandasi asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia. Satjipto Rahardjo merasa prihatin dengan rendahnya kontribusi ilmu hukum dalam mencerahkan bangsa Indonesia, dalam mengatasi krisis, termasuk krisis dalam bidang hukum itu sendiri.

Adapun pengertian hukum *progresif*, adalah mengubah secara tepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut di dasarkan pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk

³¹ Pius A Partanto dan M. Dahlan Al Barry, 2001, *Kamus Ilmiah Populer* (Surabaya: Arkola.), hlm. 628.

sesuatu yang lebih luas yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.³²

Pengertian sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo tersebut berarti hukum *progresif* adalah serangkaian tindakan yang radikal, dengan mengubah sistem hukum (termasuk merubah peraturan – peraturan hukum bila perlu) agar hukum lebih berguna, terutama dalam mengangkat harga diri serta menjamin kebahagiaan dan kesejahteraan manusia.

Secara lebih sederhana beliau mengatakan bahwa hukum progresif adalah hukum yang melakukan pembebasan, baik dalam cara berpikir maupun bertindak dalam hukum, sehingga mampu membiarkan hukum itu mengalir saja untuk menuntaskan tugasnya mengabdikan kepada manusia dan kemanusiaan. Jadi tidak ada rekayasa atau keberpihakan dalam menegakkan hukum. Sebab menurutnya, hukum bertujuan untuk menciptakan keadilan dan kesejahteraan bagi semua rakyat.³³

Satjipto Rahardjo mencoba menyoroiti kondisi di atas ke dalam situasi ilmu-ilmu sosial, termasuk ilmu hukum, meski tidak sedramatis dalam ilmu fisika, tetapi pada dasarnya terjadi perubahan yang fenomenal mengenai hukum yang dirumuskannya dengan kalimat dari yang sederhana menjadi rumit dan dari yang terkotak-kotak menjadi satu kesatuan. Inilah yang disebutnya sebagai pandangan holistik dalam ilmu (hukum).

³² Satjipto Rahardjo, 2007, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas), hlm. 154.

³³ Satjipto Rahardjo, 2004, *Ilmu Hukum; Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan* (Surakarta: Muhammadiyah Press University), hlm. 17.

Pandangan holistik tersebut memberikan kesadaran visioner bahwa sesuatu dalam tatanan tertentu memiliki bagian yang saling berkaitan baik dengan bagian lainnya atau dengan keseluruhannya. Misalnya saja untuk memahami manusia secara utuh tidak cukup hanya memahami, mata, telinga, tangan, kaki atau otak saja, tetapi harus dipahami secara menyeluruh³⁴.

Bermakna hukum yang peduli terhadap kemanusiaan sehingga bukan sebatas dogmatis belaka sehingga secara spesifik hukum *progresif* antara lain bisa disebut sebagai hukum yang *pro rakyat* dan hukum yang berkeadilan. Konsep hukum *progresif* adalah hukum tidak ada untuk kepentingannya sendiri, melainkan untuk suatu tujuan yang berada di luar dirinya. Oleh karena itu, hukum *progresif* meninggalkan tradisi *Analytical Jurisprudence* atau *Rechtsdogmatiek*.

Progresifisme hukum mengajarkan bahwa hukum bukan raja, tetapi alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia. Asumsi yang mendasari progresifisme hukum adalah pertama hukum ada untuk manusia dan tidak untuk dirinya sendiri, kedua hukum selalu berada pada status *law in the making* dan tidak bersifat final, ketiga hukum adalah institusi yang bermoral kemanusiaan.³⁵

Berdasar asumsi-asumsi di atas maka kriteria hukum progresif adalah:

³⁴ *Ibid*, hlm. 18.

³⁵ *Ibid*, hlm. 20.

1. Mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
2. Memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat.
3. Hukum progresif adalah hukum yang membebaskan meliputi dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik melainkan juga teori.
4. Bersifat kritis dan fungsional.

2. *Middle Theory* (Teori Menengah)

a) Teori Sistem Hukum Lawrence Friedman

Ada banyak cara untuk membahas hukum atau system hukum salah satunya adalah dengan membahasnya sebagai *law*, yakni sekumpulan aturan-aturan norma tertulis atau tidak tertulis yang berkenaan dengan perilaku benar dan salah, hak dan kewajiban. Ini adalah penggunaan istilah hukum yang umum misalnya kita bertanya apakah hukum memperbolehkan kita membayar makan siang kita dengan cara memotong uang pengembalian pajak penghasilan, apakah akan dikatakan sebagai hal yang melanggar hukum bila kita menerobos lampu merah atau merampok bank.

Teori Sistem Hukum Menurut Lawrence M. Friedman, seorang profesor di bidang hukum, sejarawan, yang juga pakar sejarah hukum Amerika, dan penulis produktif, ada tiga elemen utama dari sistem hukum (legal system), yaitu:

1. Struktur Hukum (*Legal Structure*)

2. Isi Hukum (*Legal Substance*)

3. Budaya Hukum (*Legal Culture*)

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum menyangkut aparat penegak hukum, substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.

Dalam teori Lawrence M. Friedman hal ini disebut sebagai sistem Struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 meliputi; mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Badan Pelaksana Pidana (Lapas). Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan “*fiat justitia et paret mundus*” meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan. Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagusnya suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan

penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum diantaranya lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, apabila peraturannya buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Tentang struktur hukum Friedman menjelaskan :

“To begin with, the legal sytem has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction

...Strukture also means how the legislature is organized ...what procedures the police department follow, and so on. Strukture, in way, is a kind of cross section of the legal system...a kind of still photograph, with freezes the action.”

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislatif ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur ada yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (*legal*

struktur) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

Struktur adalah Pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan.

Untuk mengetahui kondisi peraturan perundang-undangan yang mengatur remisi terhadap terpidana narkoba dipergunakan teori system hukum dari Lawrence M. Friedman. Sistem hukum menurut Lawrence M. Friedman terdiri dari tiga elemen, yaitu elemen struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*)³⁶. Aspek struktur (*structure*) oleh Friedman dirumuskan sebagai berikut:

"The structure of a legal system consists of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction (that is, what kind of cases they hear, and how and why), and modes of appeal from one court to another. Structure also means how the legislature is organized, how many members sit on the Federal Trade Commission, what a president can (legally) do or not do, what procedures the police department follows, and so on". (Struktur sistem hukum terdiri dari unsur-unsur seperti ini: jumlah dan

³⁶Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society, an introduction*, Prentice Hall, New Jersey, p.7. (Selanjutnya disebut Lawrence M. Friedman I) Pada prinsipnya menurut Friedman bahwa sistem hukum terdiri dari struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. Struktur hukum menyangkut lembaga-lembaganya, substansi hukum mencakup semua peraturan hukum, sementara itu budaya hukum mencakup gambaran sikap dan perilaku terhadap hukum, dan faktor-faktor yang menentukan diterimanya sistem hukum tertentu dalam suatu masyarakat.

ukuran pengadilan; yurisdiksi mereka (yaitu, kasus apa yang mereka dengar, dan bagaimana dan mengapa), dan cara-cara banding dari satu pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislatif diorganisasikan, berapa banyak anggota duduk di Komisi Perdagangan Federal, apa yang dapat dilakukan atau tidak dilakukan oleh presiden, prosedur apa yang diikuti oleh departemen kepolisian, dan sebagainya).

Mengacu kepada rumusan di atas, maka pengadilan beserta organisasinya, dan DPR merupakan elemen struktur dari sistem hukum. Lembaga DPR sebagai elemen struktur, alat-alat kelengkapan dan anggota DPR merupakan aspek struktur dalam sistem hukum.

Elemen kedua dari sistem hukum adalah substansi hukum (*substance*). Penjelasan Friedman terhadap substansi hukum adalah sebagai berikut³⁷:

"By this is meant the actual rules, norms, and behavior patterns of people inside the system. This is, first of all, "the law" in the popular sense of the term-the fact that the speed limit is fifty-five miles an hour, that burglars can be sent to prison, that 'by law' a pickle maker has to list his ingredients on the label of the jar".

(Dengan ini berarti aturan aktual, norma, dan pola perilaku orang di dalam sistem. Ini adalah, pertama-tama, "hukum" dalam pengertian populer istilah-fakta bahwa batas kecepatan adalah lima puluh lima mil per jam, bahwa pencuri dapat dikirim ke penjara, bahwa 'secara

³⁷Lawrence M. Friedman, dalam Inosentius Samsul, 2004, *Perlindungan Konsumen, Kemungkinan Penerapan Tanggungjawab Mutlak*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, h. 23.

hukum' pembuat acar memiliki untuk mencantumkan bahan-bahannya pada label toples).

Dengan demikian, Friedman mengatakan, bahwa yang dimaksudkan dengan substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang ada, norma-norma dan aturan tentang perilaku manusia, atau yang biasanya dikenal orang sebagai "hukum" itulah substansi hukum. Sedangkan mengenai budaya hukum, Friedman mengartikannya sebagai sikap dari masyarakat terhadap hukum dan sistem hukum, tentang keyakinan, nilai, gagasan, serta harapan masyarakat tentang hukum. Dalam tulisannya Friedman merumuskannya sebagai berikut³⁸;

"By this we mean people's attitudes toward law and the legal system-their beliefs, values, ideas, and expectations. In other words, it is that part of the general culture which concerns the legal system". (Yang kami maksud adalah sikap orang terhadap hukum dan sistem hukum - kepercayaan, nilai, ide, dan harapan mereka. Dengan kata lain, itu adalah bagian dari budaya umum yang menyangkut sistem hukum).

Selanjutnya untuk menjelaskan hubungan antara ketiga elemen sistem hukum tersebut Friedman dengan menarik dan jelas sekali membuat sebuah ilustrasi yang menggambarkan sistem hukum sebagai suatu "proses produksi" dengan menempatkan mesin sebagai "struktur", kemudian produk yang dihasilkan sebagai "substansi hukum", sedangkan bagaimana mesin ini digunakan merupakan representasi dari elemen "budaya hukum".

³⁸*Ibid*, h. 24.

Dalam bahasanya, Friedman merumuskan ilustrasi tersebut sebagai berikut³⁹;

"Another way to visualize the three elements of law is to imagine legal "structure" as a kind of machine. "Substance" is what the machine manufactures or does. The "legal structure" is whatever or whoever decides to turn the machine on and off, and determines how it will be used". (Cara lain untuk memvisualisasikan ketiga hukum itu adalah dengan membayangkan "struktur" hukum sebagai semacam mesin. "Substansi" adalah apa yang diproduksi atau dilakukan mesin. "Struktur hukum" adalah apa pun atau siapa pun yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin, dan menentukan bagaimana mesin itu akan digunakan).

Pada dasarnya pembangunan hukum sama dengan pembangunan komponen-komponen sistem hukum⁴⁰. Pernyataan ini mengacu pada tujuan utama hukum adalah mewujudkan ketertiban (*order*)⁴¹. Kebutuhan akan ketertiban ini merupakan fakta dan kebutuhan obyektif bagi setiap masyarakat manusia⁴². Pada dasarnya ada tiga tujuan hukum yaitu; kepastian, keteraturan, dan keadilan⁴³. Dengan demikian, tujuan dalam

³⁹*Ibid.* Lihat juga John Pieris dan Wiwik Sri Widiarty, 2007, *Negara Hukum dan Perlindungan Konsumen Terhadap Produk Pangan Kedaluarsa*, Pelangi Cendikia, Jakarta, h. 37-35.

⁴⁰Lili Rasjidi, Wyasa Putra IB., 2003, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Mandar Maju, Bandung, h. 184.

⁴¹Andrieansjah Soeparman, 2013, *Hak Desain Industri Berdasarkan Penilaian Kebaruan Desain Industri*, PT. Alumni, Bandung, h. 56.

⁴²Mochtar Kusumaatmadja, 1976, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bina Cipta, Bandung, h. 2-3.

⁴³Lili Rasjidi, Wyasa Putra IB., *Op.Cit.*, h. 185.

pembangunan hukum terhadap remisi bagi terpidana narkoba adalah kepastian hukum, keteraturan, dan keadilan dalam sistem hukumnya.

Seperti dikemukakan oleh Achmad Ali, persoalan yang dihadapi Indonesia saat ini adalah adanya keterpurukan dalam ketiga elemen sistem hukum tersebut, dan yang sangat menyedihkan adalah fakta bahwa ketiga elemen sistem hukum Indonesia masih belum harmonis satu sama lain⁴⁴.

Begitu juga terkait dengan elemen substansi hukum yang menyangkut peraturan hukum (Peraturan Perundang-Undangan) berkaitan dengan remisi terhadap terpidana narkoba, disamping menunjukkan adanya norma kabur, juga menunjukkan adanya norma konflik atau pertentangan antara peraturan satu dengan peraturan yang lainnya, sehingga menampakkan adanya ketidakpastian hukum.

Guna meneliti peraturan perundang-undangan yang ada terkait dengan remisi terhadap terpidana narkoba, maka sudah barang tentu ketiga komponen sistem hukum itu tidak boleh lepas dari pengamatan, terutama komponen substansi hukum (*legal substance*). Dengan demikian, untuk mengetahui stagnasi-stagnasi hukum ketiga komponen sistem hukum itu harus diberikan perhatian penuh.

3. *Applied Theory* (Teori Terapan/Aplikasi)

a) Teori Tujuan Hukum

Berbicara mengenai cita-cita hukum, tidak dapat dipungkiri bahwa pemikiran dari seorang ahli hukum, filsuf hukum dan sekaligus juga seorang

⁴⁴Achmad Ali, 2008, *Menguak Realitas Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h.9 – 11.

birokrat dan politisi Jerman dari mazhab Relativisme yaitu Gustav Radbruch (1878-1949) sangat berpengaruh di dunia hukum. Menurut Radbruch, hukum sebagai gagasan kultural tidak bisa formal, tetapi harus diarahkan kepada cita-cita hukum yaitu keadilan, untuk mengisi cita keadilan itu, kita harus menoleh kepada kegunaannya sebagai unsur kedua dari cita hukum. Pengertian kegunaan hanya dapat dijawab dengan menunjukkan pada konsepsi-konsepsi yang berbeda tentang negara dan hukum. Untuk melengkapi formalitas keadilan dan relativitas kegunaan, keamanan dimasukkan sebagai unsur ketiga dari cita hukum. Kegunaan menuntut kepastian hukum. Hukum harus pasti. Tuntutan akan keadilan dan kepastian merupakan bagian-bagian yang tetap dari cita hukum, dan ada di luar pertentangan-pertentangan bagi pendapat politik. Kegunaan memberi unsur relativitas. Tetapi tidak hanya kegunaan sendiri yang relatif, hubungan antara tiga unsur dari cita hukum itu juga relatif. Seberapa jauh kegunaan lebih kuat dari keadilan atau keamanan lebih penting dari kegunaan, merupakan masalah yang harus diputuskan oleh sistem politik.⁴⁵

Menurut Gustav Radbruch terdapat dua macam pengertian kepastian hukum yaitu kepastian hukum oleh hukum dan kepastian hukum dalam atau dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian hukum dalam masyarakat adalah hukum yang berguna. Kepastian hukum oleh karena hukum memberi tugas hukum yang lain, yaitu keadilan hukum serta hukum harus tetap berguna. Sedangkan kepastian hukum dalam hukum

⁴⁵W. Friedman, *Legal Theory*. 1994. diterjemahkan oleh Muhammad Arifin dengan judul *Teori dan Filsafat Hukum-Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan (Susunan II)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan Kedua, hlm.42-45

tercapai apabila hukum tersebut sebanyak-banyaknya dalam undang-undang. Dalam undang-undang tersebut terdapat ketentuan-ketentuan yang bertentangan (undang-undang berdasarkan suatu sistem yang logis dan praktis). Undang-undang dibuat berdasarkan *rechtswelijklheid* (keadaan hukum yang sungguh) dan dalam undang-undang tersebut tidak terdapat istilah-istilah yang dapat difatsirkan secara berlain-lainan.⁴⁶

Menurut Gustav Radbruch keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan (*Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit*) adalah tiga terminologi yang sering dilantunkan diruang-ruang kuliah dan kamar-kamar peradilan, namun belum tentu dipahami hakikatnya atau disepakati maknanya. Sebagai contoh keadilan dan kepastian hukum yang sekilas memiliki makna berseberangan tetapi boleh jadi juga tidak demikian. Kata keadilan dapat menjadi terma analog sehingga tersaji istilah keadilan prosedural, keadilan legalis, keadilan komutatif, keadilan distributif, keadilan indikatif, keadilan kreatif, keadilan substantif dan sebagainya. Keadilan prosedural, sebagaimana diistilahkan oleh Nonet dan Selznick untuk menyebut salah satu indikator dari tipe hukum otonom, misalnya, ternyata setelah dicermati bermuara pada kepastian hukum demi tegaknya *the rule of law*. Jadi, pada konteks ini keadilan dan kepastian hukum tidak berseberangan, melainkan justru bersandingan.⁴⁷

⁴⁶Esmi Warassih. 1991. *Implementasi Kebijakan Pemerintah melalui Peraturan Perundang-Undangan dalam Perspektif Sosiologis*, Surabaya: Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, hlm.85.

⁴⁷ Sidharta. 2010. *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara, Bunga Rampai Komisi Yudisial, Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan*, Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 3.

Keadilan dan Kepastian adalah dua nilai aksiologis di dalam hukum. Wacana filsafat hukum sering mempersoalkan kedua nilai ini seolah-olah keduanya merupakan antinomi, sehingga filsafat hukum dimaknai sebagai pencarian atas keadilan yang berkepastian atau kepastian yang berkeadilan.⁴⁸ Pandangan Gustav Radbruch secara umum diartikan bahwa kepastian hukum tidak selalu harus diberi prioritas pemenuhannya pada tiap sistem hukum positif, seolah-olah kepastian hukum itu harus ada lebih dulu, baru kemudian keadilan dan kemanfaatan.

Pandangan Gustav Radbruch secara umum diartikan bahwa kepastian hukum tidak selalu harus diberi prioritas pemenuhannya pada tiap sistem hukum positif, seolah-olah kepastian hukum itu harus ada lebih dulu, baru kemudian keadilan dan kemanfaatan. Gustav Radbruch kemudian meralat teorinya bahwa ketiga tujuan hukum sederajat.⁴⁹

Gustav Radbruch kemudian meralat teorinya bahwa ketiga tujuan hukum sederajat dengan mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu :⁵⁰

- a. Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan.
- b. Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan.
- c. Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan.
- d. Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah.

⁴⁸*Ibid*

⁴⁹Nur Agus Susanto.2014. *Dimensi Aksiologis Dari Putusan Kasus "ST" Kajian Putusan Peninjauan Kembali Nomor 97 PK/Pid.Sus/2012*, Jurnal Yudisial Vol. 7 No. 3 Desember 2014.

⁵⁰*Ibid*..

Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas di antara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu, Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut⁵¹ di atas dengan menempatkan tujuan keadilan di atas tujuan hukum yang lain. Memanglah demikian bahwa keadilan adalah tujuan hukum yang pertama dan utama, karena hal ini sesuai dengan hakekat atau ontologi hukum itu sendiri. Bahwa hukum dibuat untuk menciptakan ketertiban melalui peraturan yang adil, yakni pengaturan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan dengan seimbang sehingga setiap orang memperoleh sebanyak mungkin apa yang menjadi bagiannya. Bahkan dapat dikatakan dalam seluruh sejarah filsafat hukum selalu memberikan tempat yang istimewa kepada keadilan sebagai suatu tujuan hukum.⁵²

Bagi Radbruch ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satu waktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum ke wilayah tepi. Diwaktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan. Hubungan yang sifatnya relatif dan berubah ubah ini tidak memuaskan. Meuwissen memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan

⁵¹Ahmad Zaenal Fanani.2011. *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Varia Peradilan No. 304 Maret 2011, hlm 3.

⁵²*Ibid*, hlm 4..

tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan kita dapat menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti Radbruch.⁵³

Seandainya kita lebih cenderung berpegang pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia segera menggeser nilai-nilai keadilan dan kegunaan. Karena yang penting pada nilai kepastian itu adalah peraturan itu sendiri. Tentang apakah peraturan itu telah memenuhi rasa keadilan dan berguna bagi masyarakat adalah di luar pengutamaan nilai kepastian hukum. Begitu juga jika kita lebih cenderung berpegang kepada nilai kegunaan saja, maka sebagai nilai ia akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan, karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut bermanfaat atau berguna bagi masyarakat. Demikian juga halnya jika kita hanya berpegang pada nilai keadilan saja, maka sebagai nilai ia akan menggeser nilai kepastian dan kegunaan, karena nilai keadilan tersebut tidak terikat kepada kepastian hukum ataupun nilai kegunaan, disebabkan oleh karena sesuatu yang dirasakan adil belum tentu sesuai dengan nilai kegunaan dan kepastian hukum. Dengan demikian kita harus dapat membuat kesebandingan di antara ketiga nilai itu atau dapat mengusahakan adanya kompromi secara proporsional serasi, seimbang dan selaras antara ketiga nilai tersebut.⁵⁴

⁵³Sidharta Arief. 2007. *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, hlm. 20.

⁵⁴*Ibid*, hlm 23.

H. METODE PENELITIAN

1. Paradigma Penelitian

Dalam hal ini penulis menggunakan paradigma Konstruktivisme, mengenai pengaturan hukum tentang pengadaan barang dan jasa.

2. Jenis Penelitian

Dalam hal ini penulis menggunakan jenis penelitian deskriptif analitis. Penelitian deskriptif analitis adalah suatu bentuk penelitian yang ditujukan untuk mendeskripsikan fenomena – fenomena yang ada, baik fenomena alamiah maupun fenomena buatan manusia.⁵⁵

3. Metode Penelitian

Dalam hal ini penulis menggunakan metode penelitian Hukum Yuridis Sosiologis, yaitu pendekatan penelitian yang mempelajari pengaruh masyarakat terhadap hukum, sejauh mana gejala-gejala yang ada dalam masyarakat itu dapat memengaruhi hukum dan sebaliknya serta bertolak dari paradigma ilmu empiris.

Dalam penelitian ini juga menggunakan pendekatan peraturan perundang-undangan (*Statute Approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Dalam metode pendekatan peraturan perundang-undangan, peneliti perlu memahami hirarki dan asas-asas dalam peraturan perundang-undangan, atau produk yang merupakan *beschikking/decreet* yaitu suatu keputusan yang diterbitkan oleh pejabat administrasi yang bersifat konkrit dan khusus.⁵⁶ Pendekatan konseptual merupakan suatu pendekatan yang

⁵⁵ Irwansyah, 2020, Penelitian Hukum, Yogyakarta : Mirra Buana Media. Hlm. 38

⁵⁶ Peter Mahmud Marzuki. 2005. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Prenada Media. hlm. 137

digunakan untuk memperoleh kejelasan dan pembenaran ilmiah berdasarkan konsep-konsep hukum yang bersumber dari prinsip-prinsip⁵⁷.

4. Sumber Data

Sumber data bahan hukum yang digunakan sebagai sumber bahan hukum dalam penelitian ini adalah:

a. Bahan hukum primer, yaitu :

Data primer yaitu data atau segala informasi yang diperoleh dan didapat oleh penulis langsung dari sumber pertama baik individu atau sekelompok bagian dari objek penelitian, seperti hasil wawancara dan observasi langsung pada objek yang diteliti.

b. Bahan hukum Sekunder, yaitu :

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- 2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
- 3) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.
- 4) Peraturan Presiden PERPRES Nomor 12 Tahun 2021

c. Bahan hukum tersier, bahan yang diperoleh dari buku-buku, majalah, koran, situs internet, pendapat serta pandangan dari berbagai pihak yang digunakan dalam penelitian ini.

5. Teknik Pengumpulan Data

Dalam pengumpulan bahan hukum penulis menggunakan 2 metode :

- 1) Studi Kepustakaan dan 2) Wawancara. Studi kepustakaan, yaitu dengan meneliti peraturan perundang-undangan dan literatur-literatur dengan

⁵⁷M. Hadin Muhjad, 2008, *Dasar – dasar Penelitian Hukum*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin, hlm 35.

menginventarisir buku-buku yang mempunyai keterkaitan dengan permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini.

6. Metode Analisis Data

Setelah semua bahan hukum primer, sekunder dan tersier terkumpul maka kemudian dilakukan pengolahan bahan hukum dengan membagi-bagi bahan hukum sesuai dengan bagian permasalahan, kemudian disusun sedemikian rupa untuk menjawab isu hukum yang telah dirumuskan.

Setelah semua bahan hukum diolah, penulis menganalisis bahan hukum tersebut secara kualitatif dengan pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

I. ORIGINALITAS/KEASLIAN PENELITIAN

Adapun penelitian dalam bentuk disertasi yang diangkat dengan judul **”REKONSTRUKSI PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH BERBASIS NILAI KEADILAN”**, sangatlah berbeda dengan penelitian-penelitian terdahulu atau sebelumnya yang juga menganalisa mengenai masalah ganti kerugian. Adapun penelitian-penelitian sebelumnya yang berhubungan dengan disertasi ini adalah:

No	Peneliti dan Tahun	Judul Penelitian	Hasil Penelitian	Kebaharuan Promovendus
1	2020	REKONSTRUKSI REGULASI PELAKSANAAN PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH	1. Pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 diatur dalam Peraturan	

		<p>BERDASARKAN PERATURAN PRESIDEN NOMOR 16 TAHUN 2018 BERBASIS NILAI KEADILAN</p>	<p>Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 9 Tahun 2018 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Melalui Penyedia sebagai peraturan pelaksanaan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018, yang terdiri dari tahapan : (a) penetapan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa (SPPBJ), (b) penandatanganan kontrak Penyerahan lokasi kerja, (c) Surat Perintah Mulai Kerja (SPMK)/Surat Perintah Pengiriman (SPP), (d) pemberian uang muka, (e) penyusunan program mutu, (f) rapat persiapan pelaksanaan kontrak, (g) mobilisasi, (h) pemeriksaan bersama, (i) pengendalian kontrak, (j) inspeksi pabrikasi, (k) pembayaran prestasi pekerjaan, (l) perubahan kontrak, (m) penyesuaian harga, (n) keadaan kahar, (o) penghentian kontrak atau berakhirnya kontrak, (p) pemutusan kontrak, (q) pemberian kesempatan, serta (r) denda dan ganti rugi. Meskipun telah diatur secara sistematis, akan tetapi dalam pelaksanaannya masih menimbulkan permasalahan-permasalahan, salah</p>	
--	--	---	--	--

			<p>satunya adalah terkait dengan pemasalahan penyesuaian harga kontrak, sehingga belum mencerminkan nilai-nilai keadilan.</p> <p>2. Permasalahan yang timbul pada pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018, dari : (a) segi substansi hukum : (i) inkonsistensi penggunaan istilah pemilik pekerjaan dan pelaksana pekerjaan, (ii) potensi disharmoni terkait dengan materi pokok tentang definisi arbitrase, arbiter, prasyarat menjadi arbiter dan teknis umum acara (Pasal 85 Perpres 16/2018), (iii) Perpres memberikan delegasi kepada lembaga untuk mengatur hal atau lembaga baru [Pasal 85 ayat (1) Perpres 16/2018], (iv) pengaturan mengenai kewajiban yang tidak konsisten/saling bertentangan antar pasal [Pasal 85 ayat (2) Perpres 16/2018], (v) tidak ada ketentuan musyawarah mufakat untuk penyelesaian sengketa, (vi) tidak adanya jangka waktu yang pasti pada penyesuaian harga</p>	
--	--	--	--	--

			<p>kontrak, (vii) tidak ada ketentuan terhadap risiko kenaikan harga akibat kebijakan fiskal dan moneter yang dikeluarkan pemerintah, dan (viii) tidak terdapat sanksi bagi pengguna barang/jasa jika terlambat dalam memproses penyesuaian harga yang diajukan oleh penyedia barang/jasa; (b) segi struktur hukum : tidak ada lembaga khusus yang berkompeten dalam melakukan audit dan menghitung biaya-biaya dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, mengingat pengadaan barang/jasa pemerintah sudah ditentukan waktunya, sehingga membutuhkan audit dan perhitungan yang cepat dan pasti, dengan demikian tidak merugikan penyedia barang/jasa dan keuangan negara; (c) segi kultur/budaya hukum :</p> <p>(i) lemahnya integritas dan kualitas panitia pengadaan barang/jasa pemerintah, dan (ii) kurangnya itikad baik para pihak dalam melaksanakan kontrak pekerjaan pengadaan barang/jasa pemerintah;</p> <p>3. Rekonstruksi pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa</p>	
--	--	--	---	--

			<p>pemerintah berbasis nilai keadilan, dari : (a) segi substansi hukum : (i) perlu melakukan klarifikasi kembali kepada LKPP terkait definisi “pemilik pekerjaan dan pelaksana pekerjaan” yang tidak sinkron dengan terminologi yang digunakan di peraturan undang-undang lain, (ii) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 levelnya dinaikkan menjadi undang-undang. Merujuk Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999, BPSK dibentuk melalui undang-undang, LPSP harusnya juga berpayung hukum selevel undang-undang, (iii) penekanan aspek sengketa pengadaan barang/jasa, termasuk dalam aspek hukum administratif atau kontrak. Jika dua-duanya, harus dibuat dua-duanya. Seharusnya tahap pertama tetap musyawarah/mufakat, (iv) perlu melakukan klarifikasi kembali kepada LKPP terkait definisi arbitrase, arbiter, prasyarat menjadi arbiter, dan teknis hukum acara, sehingga konsisten antar ketentuan, (v) diatur ketentuan tentang musyawarah mufakat (vi) adanya</p>	
--	--	--	--	--

			<p>ketentuan ganti rugi dari pihak pengguna barang/jasa atas keterlambatan pembayaran klaim penyesuaian harga kontrak yang diajukan oleh penyedia barang/jasa, dan (vii) ketentuan pengalihan risiko atas kebijakan fiskal dan moneter yang dikeluarkan oleh pemerintah, yang dapat mempengaruhi harga-harga barang atau alat konstruksi bagi penyedia barang/jasa, yang tidak hanya dibebankan kepada penyedia tetapi juga pengguna barang/jasa; (b) struktur hukum : dibentuk lembaga yang mempunyai kompetensi, tidak hanya melakukan audit, tetapi juga memperhitungkan biaya-biaya atas penyesuaian harga kontrak yang diajukan oleh pihak penyedia barang/jasa; serta (c) kultur/budaya hukum :</p> <p>(i) kewajiban untuk melaksanakan kontrak berdasarkan itikad baik, yang sudah diakui secara universal dalam prinsip hukum kontrak internasional,</p> <p>(ii) melaksanakan asas-asas umum pemerintahan yang baik bagi pengguna</p>	
--	--	--	---	--

			barang/jasa sebagai etika administrasi yang berlaku bagi para pejabat yang memang mempunyai tugas memberikan pelayanan kepada publik.	
2				

J. SISTEMATIKA PENULISAN

Untuk lebih memudahkan dalam proses penguraian serta pembahasan mengenai isi dan materi dalam penyusunan disertasi ini, maka masing-masing isi dan materinya tersebut dibagi-bagi ke dalam beberapa bab, yang mana masing-masing babnya terdiri atas beberapa sub bab, yang pada prinsipnya dapat digambarkan sebagai berikut :

Bab I merupakan Pendahuluan, yang berisikan latar belakang masalah, rumusan permasalahan, keaslian penelitian, tujuan dan kegunaan penelitian, metode penelitian, serta sistematika penelitian.

Bab II merupakan Tinjauan Pustaka yang menguraikan tentang teori-teori yang berhubungan dengan materi penelitian, dari teori tersebut dimaksudkan untuk memberi gambaran dan pandangan secara umum tentang materi penelitian akan digunakan sebagai landasan dasar analisis

Bab III merupakan uraian jawaban dari permasalahan pertama yaitu berkaitan dengan urgensi pengaturan pengadaan barang dan jasa berbasiskan keadilan.

Bab IV merupakan uraian jawaban dari permasalahan kedua yaitu berkaitan mengenai kelemahan – kelemahan apa yang terjadi pada pengaturan pengadaan barang dan jasa

Bab V merupakan uraian jawaban dari permasalahan ketiga yaitu berkaitan mengenai pengaturan pengadaan barang dan jasa kedepannya.

Bab VI merupakan Penutup, yang berisikan Kesimpulan terhadap apa yang telah diuraikan dalam bab-bab sebelumnya dan Saran terhadap apa yang telah diuraikan dan merupakan akhir dari Disertasi ini.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah

1. Pengertian Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah

Dalam melaksanakan pelayanan publik, tentunya lembaga/institusi memerlukan barang-barang untuk operasional, sehingga pelayanan publik yang diberikan dapat berjalan dengan baik dan lancar. Bila pelayanan publik berjalan dengan baik dan lancar, maka tingkat kepuasan masyarakat akan meningkat.⁵⁸

Barang/jasa publik adalah barang yang penggunaannya terkait dengan kepentingan masyarakat banyak, baik secara berkelompok maupun secara umum, sedangkan barang/jasa privat merupakan barang yang hanya digunakan secara individual atau kelompok tertentu. Berdasarkan atas penggolongan ini, maka suatu barang atau jasa dapat saja dikategorikan atas barang publik tapi dapat juga dikategorikan atas barang privat tergantung pada penggunaannya.⁵⁹

Sebagai contoh barang publik adalah komputer dan peralatan tulis yang digunakan di instansi atau lembaga pemerintah yang digunakan dalam operasional pelayanan publik, maka dikategorikan sebagai barang publik, tapi bila digunakan untuk kepentingan pribadi maka dikategorikan sebagai barang privat.

⁵⁸ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *Sentralisasi Birokrasi Pengadaan Barang & Jasa Pemerintah*, Cetakan Pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2018, hlm. 109-110.

⁵⁹ Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, *Jurnal Pengadaan, Senarai Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah(LKPP)*, Jakarta, 2011, hlm. 11 dan 12.

Untuk pengadaan barang/jasa bagi instansi/lembaga maka dilaksanakan pengadaan barang/jasa pemerintah, yang dikenal dengan *public procurement*. *Public procurement* adalah pengadaan barang/jasa yang dilakukan oleh pemerintah.⁶⁰

Definisi pengadaan barang dan jasa menurut kamus hukum berarti memborong pekerjaan/menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan pekerjaan atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pemborongan itu dilakukan.⁶¹

Maksud dari memborong pekerjaan adalah melimpahkan, menyediakan, atau memberikan kepada pihak lain untuk mengerjakan semua atau sebagian pekerjaan sesuai, tentunya dengan persyaratan tertentu sesuai dengan perjanjian atau kontrak yang dibuat sebelum pekerjaan dilaksanakan. Pihak lain yang disertai tugas untuk melaksanakan pekerjaan haruslah mengerti dan ahli dalam pekerjaan tersebut.⁶²

Berbagai rumusan tentang definisi pengadaan telah banyak dikemukakan oleh para pakar, di antaranya Arrowsmith, Nur Bahagia, Christopher & Schooner, dan sebagainya. Pada prinsipnya, pengadaan adalah kegiatan untuk mendapatkan barang, atau jasa secara transparan, efektif, dan efisien sesuai dengan kebutuhan dan keinginan penggunanya.

⁶⁰ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *op.cit.*,

⁶¹ Marzuqi Yahya dan Endah Fitri Susanti, *Buku Pintar Pengadaan Barang & Jasa Pemerintah, Sesuai Dengan Perpres*, Laskar Aksara, Jakarta, 2012, hlm. 3 dan 4.

⁶² Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *op.cit.*, hlm. 111.

Maksud barang di sini meliputi peralatan dan juga bangunan, baik untuk kepentingan publik maupun privat.⁶³

2. Para Pihak dalam Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah

Dalam kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah ada beberapa pihak yang saling terkait. Para pihak yang terkait dalam pengadaan barang/jasa pemerintah harus memahami hak dan kewajibannya masing-masing, dan memenuhi serta menjalankan peraturan. Perlu adanya sikap keterbukaan dan saling memberikan masukan agar selama proses pengadaan barang/jasa dapat berjalan dengan baik dan lancar, serta tidak merugikan para pihak. Meskipun para pihak disyaratkan saling mengenal dan bekerjasama dengan baik, akan tetapi tidak boleh menyalahgunakan kewenangan yang dimiliki masing-masing dengan maksud untuk mendapatkan keuntungan yang dapat merugikan keuangan negara.⁶⁴

Aktivitas pengadaan dilakukan oleh berbagai pihak terkait yang dapat diklasifikasikan atas tiga pelaku utama, yaitu pengguna/ pengusul, penyedia barang/jasa, dan pelaksana pengadaan. Pengguna/pengusul pengadaan barang/jasa adalah individu (pejabat) atau unit organisasi yang diberikan kewenangan untuk mengusulkan pengadaan barang/jasa.⁶⁵

Pengusul atau pengguna barang merupakan unit organisasi yang merepresentasikan pengguna dan mempunyai kewenangan untuk mengusulkan pengadaan barang/jasa. Penyedia barang/jasa adalah individu

⁶³ Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, *op.cit.*, hlm. 10

⁶⁴ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *op.cit.*, hlm. 114-115.

⁶⁵ *Ibid*

B. Tindak Pidana

1. Pengertian Tindak Pidana

Pada tahun 1920-an, para pelaku kejahatan terorganisasi di Amerika Serikat, mencuci uang hitam dari usaha kejahatannya melalui usaha binatu (*laundry*). Mereka banyak mendirikan usaha binatu sebagai tempat persembunyian uang haram. ⁶⁶Sejak itu, tindakan menyembunyikan atau menyamarkan asal usul uang hasil kejahatan tersebut disebut sebagai tindak pidana pencucian uang (*money laundering*).

Hukum pidana dapat didefinisikan sebagai aturan hukum yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu suatu akibat berupa pidana.⁶⁷ Istilah tindak pidana merupakan salah satu terjemahan dari Bahasa Belanda yaitu "*Het Strafbbaarfeit*" yang dalam bahasa Indonesia diterjemahkan berarti: ⁶⁸

- a. Perbuatan yang dapat atau boleh dihukum
- b. Peristiwa pidana
- c. Perbuatan pidana dan
- d. Tindak pidana.

Istilah ini terdapat dalam WvS Belanda, yang sudah barang tentu terdapat juga di WvS Hindia Belanda (KUHP), tetapi tidak ada penjelasan resmi tentang apa yang dimaksud dengan *strafbaar feit* itu. Oleh karenanya,

⁶⁶ J.E Sahetapy, 2003, *Bisnis Uang Haram*, KHN (Komisi Hukum Nasional), Jakarta, hlm. 11.

⁶⁷ Sudarto, Op.cit., hlm. 38

⁶⁸ *Ibid.*

para ahli hukum berusaha memberikan arti dan isi dari istilah itu, sayangnya sampai kini belum ada keseragaman pendapat.⁶⁹

Pengertian tindak pidana yang dipahami selama ini merupakan kreasi teoretis para ahli hukum. Tindak pidana merupakan suatu pengertian dasar dari hukum pidana⁷⁰ dan merupakan perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang.⁷¹ Istilah tindak pidana dipakai sebagai pengganti *strafbaar feit*.⁷² Mengenai pengertian dan unsur-unsur tindak pidana, dalam teori hukum pidana ada dua golongan (pandangan) yaitu *monistis* dan *dualistis*. Menurut pandangan *monistis*, keseluruhan adanya syarat pemidanaan merupakan sifat dari perbuatan, tidak ada pemisahan antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana⁷³. Pengikut pandangan *monistis* antara lain D. Simons, Van Hamel, E. Mezger, Karni dan Wirjono Projodikoro. Pandangan *dualistis* membedakan secara tegas antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana. Pengikut dari pandangan *dualistis* ini antara lain H.B. Vos, W.P.J. Pompe, Moeljatno, dan Sudarto.

Sasaran yang dituju oleh pidana adalah 'Orang'⁷⁴, atau terbatas pada kualitas seseorang.⁷⁵ Ini berarti hal itu ditujukan terhadap subjek hukum

⁶⁹Adami Chazawi, 2001, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 1*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada), hlm. 67.

⁷⁰Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, (Semarang: Yayasan Sudart), hlm. 40.

⁷¹Andi Hamzah, 2008, *Terminologi Hukum Pidana*, Jakarta : Sinar Grafika, hlm. 164.

⁷²Sudarto, *Loc.cit.*

⁷³*Ibid.*, hlm. 40.

⁷⁴Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2005, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana (cetakan ketiga)*, Bandung: Alumni. hlm. 97.

⁷⁵Andi Hamzah, *Op.cit.*, hlm. 40.

pidana. Menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief, pengertian subjek tindak pidana meliputi dua hal, yaitu:

siapa yang melakukan tindak pidana (si pembuat) dan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan.⁷⁶

Jika mengambil pengertian tindak pidana dari pandangan *dualistis*, yang berpangkal tolak pada asas tiada pidana tanpa kesalahan, maka kesalahan dikeluarkan dari unsur tindak pidana dan ditempatkan sebagai faktor yang menentukan dalam pertanggungjawaban pidana.⁷⁷

2. Unsur – unsur Tindak Pidana

D. Simons menyebutkan adanya unsur obyektif dan unsur subyektif dalam *strafbaar feit*, sebagai berikut:⁷⁸

Yang disebut sebagai unsur obyektif dari *strafbaar feit* adalah:

- a. perbuatan orang,
- b. akibat yang kelihatan dari perbuatan itu,
- c. keadaan tertentu yang menyertai perbuatan itu.

Yang disebut sebagai unsur subyektif dari *strafbaar feit* adalah :

- a. orang yang mampu bertanggung jawab,

Adanya kesalahan (*dolus* atau *culpa*). Perbuatan harus dilakukan dengan kesalahan. Kesalahan ini dapat berhubungan dengan keadaan-keadaan mana perbuatan itu dilakukan.

Tindak pidana pencucian uang merupakan tindak pidana bawaan (*derivative crime*) yang selalu diawali dengan tindak pidana asal (*predicate*

⁷⁶Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, hlm. 133.

⁷⁷*Loc.cit.*

⁷⁸Sudarto, *Op.cit.*, hlm. 38

crime), seperti tindak pidana korupsi, narkoba, psikotropika dan terorisme. *Dirty money*, uang kotor atau uang ilegal yang dihasilkan dari tindak pidana asal dicuci atau diproses untuk disamarkan, sehingga tersembunyi asal usulnya dan tidak dapat di ketahui serta dilacak oleh para penegak hukum. Setelah proses pencucian uang selesai dilakukan, maka uang tersebut secara formil yuridis merupakan uang yang berasal dari sumber yang sah atau kegiatan-kegiatan yang tidak melanggar hukum. Berdasarkan proses-proses tersebut, tindak pidana pencucian uang dapat dikatakan sebagai sarana untuk menghilangkan jejak asal usul dari uang hasil tindak pidana asal dan menjadikan uang tersebut sebagai uang yang legal secara formil yuridis.

Menurut Sarah N. Welling, uang kotor (*dirty money*) tersebut disebabkan oleh dua cara: *pertama*, melalui penggelapan pajak (*tax evasion*), memperoleh uang secara legal atau halal, tetapi jumlah yang dilaporkan kepada pemerintah untuk keperluan penghitungan pajak lebih sedikit dari pada yang sebenarnya diperoleh. *Kedua*, memperoleh uang melalui cara-cara yang melanggar hukum. Teknik-teknik yang biasa dilakukan untuk hal itu antara lain ialah penjualan obat-obatan terlarang atau perdagangan narkoba secara gelap (*drug sales* atau *drug trafficking*).⁷⁹

Istilah tindak pidana adalah berasal dari istilah yang dikenal dalam hukum pidana Belanda yaitu “*stafbaar feit*”. Walaupun istilah ini terdapat dalam WvS Belanda atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, tetapi tidak ad penjelasan resmi tentang apa yang dimaksud dengan tindak pidana

⁷⁹ Sarah N. Welling dikutip oleh. Lihat dalam: Sutan Remy Sjahdeini, *Seluk Beluk Tindak Pidana Pencucian Uang dan Pembiayaan Terorisme*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2004, hal. 7.

tersebut, karena itu para ahli hukum berusaha untuk memberikan arti dan isi dari istilah itu.⁸⁰

Menurut Moeljatno tindak pidana adalah : “Perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan dengan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut”.⁸¹

Bahwa yang dilarang itu adalah perbuatan manusia, yaitu suatu kejadian atau keadaan yang ditimbulkan oleh kelakuan orang artinya larangan itu ditujukan pada perbuatannya. Sedangkan ancaman pidananya itu ditujukan pada orangnya.

Berdasarkan ketentuan pasal 103 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, dimungkinkan adanya peraturan Perundang-Undangan pidana di luar KUHP. Peraturan Perundang-Undangan pidana di luar KUHP ini merupakan pelengkap hukum pidana yang dikodifikasikan dalam KUHP. Dalam Pasal 103 KUHP disebutkan :

“Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai dengan Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain”

Yang dimaksud dengan hukum pidana khusus adalah : “Semua tindak pidana yang terdapat diluar kodifikasi dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana pada buku II dan buku III, misalnya tindak pidana korupsi,

⁸⁰ Chazawi, Adam. *Hukum Pidana*. Jakarta:PT Raja Grafindo Persada. 2001. Hal : 1

⁸¹ Moeljatno: *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*.1983. Hal : 71

tindak pidana psikotropika, tindak pidana perbankan dan tindak pidana narkoba”.⁸²

Pengertian korupsi menurut Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

“Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi adalah setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian Negara.”

C. Tindak Pidana Korupsi

1. Pengertian Tindak Pidana Korupsi

Selain KUHP pasal 413-437 peraturan tentang korupsi pertama kalinya sejak dikeluarkannya Penguasa Militer Nomor Prt/ PM/06/1957 tentang Pemberantasan Korupsi. Dalam peraturan ini, korupsi diartikan bahwa suatu perbuatan-perbuatan yang merugikan keuangan dan perekonomian negara. Dalam faktanya, peraturan tersebut masih dirasakan kurang sempurna, sehingga Penguasa Militer mengeluarkan Peraturan Nomor Prt/PM/08/1957 tentang Penilikan Harta Benda. Peraturan ini memberi wewenang kepada Penguasa Militer untuk mengadakan penilikan terhadap harta benda seseorang atau suatu badan yang kekayaannya diperoleh secara mendadak dan mencurigakan. Guna melengkapi kedua peraturan tersebut, Penguasa Militer membuat suatu peraturan sebagai dasar hukum kepada Penguasa Militer untuk mensita dan merampas barang-

⁸² Chazawi, Adam. *Hukum Pidana*. Jakarta:PT RajaGrafindo Persada. 2001. Hal : 127

barang dari seseorang yang diperoleh secara mendadak dan mencurigakan tersebut, yaitu Peraturan Penguasa Militer Nomor Prt/PM/011/1957 .

Pada saat Undang-Undang Keadaan Bahaya Nomor 74 tahun 1957 berlaku sebagai pengganti Regeling op den Staat van Oorlog en van Beleg, maka berbagai peraturan tersebut ikut pula diganti. Peraturan pengganti tersebut berasal dari Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Darat tanggal 16 April 1958 Nomor PRT/PEPERPU/013/1958 tentang “pengusutan, penuntutan dan pemeriksaan perbuatan korupsi pidana dan pemilikan harta benda”. Dalam peraturan tersebut, korupsi dibedakan menjadi 2 yaitu : Perbuatan Korupsi Pidana dan Perbuatan Korupsi lainnya. Ukuran untuk menentukan Perbuatan korupsi pidana adalah “dengan atau karena melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran” sedangkan perbuatan korupsi lainnya ditentukan “dengan atau karena perbuatan melawan hukum”

Sanksi untuk perbuatan korupsi lainnya adalah tidak berupa pidana tetapi perampasan harta benda hasil korupsi itu. Di sini muncul kewenangan Pengadilan Tinggi, dalam memeriksa perkara harta benda berpedoman kepada “hukum acara perdata” yang berlaku bagi Pengadilan Negeri. yang mengadilinya atas gugatan Badan Koordinasi Penilik Harta Benda, dapat merampas harta benda hasil korupsi tersebut. Dua tahun setelah berlakunya Peraturan Penguasa Militer tersebut, Pemerintah, pada tanggal 9 Juni 1960 mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 24 tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi. Satu tahun kemudian, PERPU Nomor

24 tahun 1960 tersebut ditingkatkan menjadi Undang-Undang yaitu Undang-Undang Nomor 1 tahun 1961. Walaupun PERPU nomor 24 Tahun 1960 telah menjadi Undang-Undang Nomor 1 tahun 1961, namun dalam penyebutannya menjadi Undang-Undang Nomor 24/Prp/1960. Dalam Undang-Undang Nomor 24/Prp/1960 ini, tidak dijumpai lagi istilah perbuatan korupsi bukan pidana. Undang-undang ini (UU No. 24/Prp/1960), fokus mengatur mengenai tindak pidana korupsi. Sedangkan ukuran tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud di dalam Undang-Undang Nomor 24/Prp/1960 ini masih tetap mengacu terhadap Peraturan Penguasa Militer, yaitu “dengan atau karena melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran”. Hal ini membawa konsekwensi bahwa setiap orang yang diajukan ke persidangan karena melakukan tindak pidana korupsi harus dibuktikan pula kejahatan dan pelanggaran yang dilakukan, mengingat “dengan atau karena melakukan kejahatan atau pelanggaran” tercantum dalam rumusan delik, maka harus dibuktikan.

Pada tanggal 29 Maret 1971, dengan mantap pimpinan sidang mengetukkan palu sebagai tanda disahkannya Rancangan Undang-Undang tersebut menjadi Undang-Undang yaitu Undang-Undang Nomor 3 tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Adapun pertimbangan diciptakannya Undang-Undang Nomor 3 tahun 1971 ini adalah:

1. Perbuatan-perbuatan korupsi sangat merugikan keungan /perekonomian negara dan menghambat pembangunan nasional;

2. Undang–Undang Nomor 24/Prp/1960 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi berhubungan dengan perkembangan masyarakat kurang mencukupi untuk dapat mencapai hasil yang diharapkan, dan oleh karenanya undang-undang tersebut perlu diganti.

Selama lebih kurun waktu 28 tahun berlakunya Undang-Undang Nomor 3 tahun 1971, nampaknya usaha pemberantasan tindak pidana korupsi melalui instrumen hukum (UU No. 3 tahun 1971) tidak memperoleh hasil yang signifikan, dan bahkan tidak dapat memuaskan banyak pihak, sehingga dapat dikatakan bahwa penegakan hukum dalam pemberantasan tindak pidana korupsi ini menemui hambatan. Kesulitan tersebut terletak dalam masalah pembuktian, karena ada yang beranggapan bahwa apabila pelaku tindak pidana korupsi telah mengembalikan uang hasil korupsinya, maka perbuatannya sudah dianggap tidak melawan hukum lagi. Di sini nampak kesulitan dalam membuktikan adanya perbuatan melawan hukum dan merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara meskipun sebenarnya Mahkamah Agung Indonesia tidak berpendirian demikian seperti tercantum dalam Putusan MARI No. 1401 K/Pid/1992 tanggal 29 Juni 1994. Adanya kesulitan dalam penerapan Undang-Undang Nomor 3 tahun 1971 ini, maka Pemerintah mengeluarkan Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pertimbangan perlu digantinya Undang-Undang Nomor 3 tahun 1971

ini, sebagaimana tercantum di dalam konsideran Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 adalah :

1. Tindak pidana korupsi sangat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara dan menghambat pembangunan;
2. Akibat tindak pidana korupsi yang terjadi selama ini selain merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, juga menghambat pertumbuhan dan kelangsungan pembangunan nasional yang menuntut efisiensi tinggi;
3. Undang-undang Nomor 3 tahun 1971 tentang Pemberantasan tindak Pidana Korupsi sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum dalam masyarakat, karena itu perlu diganti, sehingga diharapkan lebih efektif dalam mencegah dan memberantas tindak pidana korupsi .

2. Bentuk - bentuk Tindak Pidana Korupsi

Dikutip dari buku Kapita Selektta dan Beban Biaya Sosial Korupsi, definisi korupsi telah gamblang dijelaskan di dalam 13 pasal Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 juncto Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001. Berdasarkan pasal-pasal tersebut, tindak pidana korupsi dirumuskan ke dalam 30 jenis yang kemudian dikelompokkan lagi menjadi 7 tindak pidana korupsi yaitu ⁸³:

1. Kerugian Keuangan Negara

⁸³ Tim Penyusun KPK, Kapita Selektta dan Beban Biaya Sosial Korupsi, Jakarta : KPK, Hlm.

Secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi. Pelakunya memiliki tujuan menguntungkan diri sendiri serta menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada. Misalnya, seorang pegawai pemerintah melakukan mark up anggaran agar mendapatkan keuntungan dari selisih harga tersebut. Tindakan ini merugikan keuangan negara karena anggaran bisa membengkak dari yang seharusnya.

2. Suap Menyuap

Memberi atau menjanjikan sesuatu kepada Aparatur Sipil Negara, penyelenggara negara, hakim, atau advokat dengan maksud supaya berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya. Suap menyuap bisa terjadi antarpegawai maupun pegawai dengan pihak luar. Suap antarpegawai misalnya dilakukan untuk memudahkan kenaikan pangkat atau jabatan. Sementara suap dengan pihak luar misalnya ketika pihak swasta memberikan suap kepada pegawai pemerintah agar dimenangkan dalam proses tender.

3. Penggelapan dalam Jabatan

Tindakan dengan sengaja menggelapkan uang atau surat berharga, atau melakukan pemalsuan buku-buku atau daftar-daftar yang khusus untuk pemeriksaan administrasi. Contoh penggelapan dalam jabatan, penegak hukum merobek dan menghancurkan barang bukti suap untuk melindungi pemberi suap.

4. Pemasaran

Pegawai negeri atau penyelenggara negara menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, atau dengan menyalahgunakan kekuasaannya memaksa seseorang memberikan sesuatu, membayar, atau menerima pembayaran dengan potongan atau untuk mengerjakan sesuatu bagi dirinya sendiri. Misalnya, seorang pegawai negeri menyatakan bahwa tarif pengurusan dokumen adalah Rp50 ribu, padahal seharusnya hanya Rp15 ribu atau malah gratis. Pegawai itu memaksa masyarakat untuk membayar di luar ketentuan resmi dengan ancaman dokumen mereka tidak diurus.

5. Perbuatan Curang

Perbuatan curang dilakukan dengan sengaja untuk kepentingan pribadi yang dapat membahayakan orang lain. Misalnya, pemborong pada waktu membuat bangunan atau penjual bahan bangunan melakukan perbuatan curang yang membahayakan keamanan orang atau barang. Contoh lain, kecurangan pada pengadaan barang TNI dan Kepolisian Negara RI yang bisa membahayakan keselamatan negara saat berperang.

6. Benturan Kepentingan dalam Pengadaan

Pegawai negeri atau penyelenggara negara baik langsung maupun tidak langsung dengan sengaja turut serta dalam pemborongan, pengadaan atau persewaan padahal dia ditugaskan untuk mengurus atau mengawasinya. Misalnya, dalam pengadaan alat tulis kantor seorang pegawai pemerintahan menyertakan perusahaan keluarganya untuk proses tender dan mengupayakan kemenangannya.

7. Gratifikasi

Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban tugasnya. Misalnya, seorang pengusaha memberikan hadiah mahal kepada pejabat dengan harapan mendapatkan proyek dari instansi pemerintahan. Jika tidak dilaporkan kepada KPK, maka gratifikasi ini akan dianggap suap.

D. Hukum dan Keadilan

1. Pengertian Hukum dan Keadilan

Keadilan adalah suatu keadaan *conditio sine qua non* dalam hukum. Dapat dikemukakan bahwa di dalam setiap tatanan hukum yang ada, hukum itu di dalam dirinya selalu menginginkan terciptanya suatu keadaan yang disebut dengan “adil”. Dalam artinya yang luas, kata “adil” berarti keseimbangan dari berbagai ide atau gagasan mengenai makna hukum yang intinya terdiri dari kepastian hukum, kedayagunaan dan keadilan dalam arti sempit. Walaupun arti atau makna keadilan itu bisa berbeda-beda dari suatu sistem nilai ke sistem nilai yang lain, namun suatu sistem hukum tak dapat bertahan lama apabila tidak dirasakan adil oleh masyarakat yang diatur oleh hukum itu. Dengan perkataan lain, ketidakadilan akan mengganggu ketertiban yang justru menjadi tujuan tatanan hukum itu. Ketertiban yang terganggu berarti bahwa keteraturan dan

karenanya kepastian tidak lagi terjamin. Jadi suatu tatanan hukum tidak bisa dilepaskan dari keadilan.⁸⁴

Hukum dapat diartikan sebagai kaidah-kaidah (undang-undang, *leges*, *wetten*, dan sebagainya), yang mengatur hidup bersama, yang dibuat oleh instansi yang berwenang, dan yang berlaku serta mempunyai daya mengikat. Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum. Karenanya timbullah pertanyaan “Apakah keadilan termasuk pengertian hukum atau tidak?”, “Sejauh mana keadilan berpautan dengan hukum?”, dan “Apakah hukum harus dipandang sebagai unsur konstitutif hukum, atau hanya sebagai unsur regulatif?”. Jika adil merupakan unsur konstitutif hukum, suatu peraturan yang tidak adil bukan hanya hukum yang buruk, akan tetapi semata-mata bukan hukum. Sebaliknya, bila adil merupakan unsur regulatif bagi hukum, suatu peraturan yang tidak adil tetap hukum walaupun buruk, dan tetap berlaku dan mewajibkan.⁸⁵

Dalam dunia zaman kini, secara global terdapat dua jenis sistem hukum yang dianut, yakni sistem hukum kontinental yang dianut di daratan Eropa dan sistem hukum Anglo-Saxon yang dianut di Inggris dan Amerika. Perbedaan antara kedua sistem hukum itu tidak hanya terletak dalam praktek hukum, melainkan juga dalam arti atau makna tentang hukum. Menurut pengertian tradisional, yang cukup kuat di daratan Eropa, hukum pertama-tama menuju suatu aturan yang dicita-citakan yang memang telah dirancangkan dalam undang-undang, akan tetapi belum

⁸⁴ Handy Sobandi, Tinjauan Pustaka Tentang Keadilan (Disusun Sebagai Suplement Bahan Ajar Mata Kuliah Pendidikan Pancasila), Bahan Ajar, Fakultas Teknologi Informasi Universitas Kristen Maranatha, Bandung, 2006, hlm. 26-27

⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 27

terwujud dan tidak pernah akan terwujud sepenuhnya. Sesuai dengan dikhotomi (pemisahan) ini terdapat dua istilah untuk menandakan hukum, yaitu pertama, hukum dalam arti keadilan (keadilan = *iustitia*) atau *ius/recht*. Maka di sini hukum menandakan peraturan yang adil tentang kehidupan masyarakat, sebagaimana dicita-citakan. Kedua, hukum dalam arti undang-undang atau *lex/wet*. Kaidah-kaidah yang mewajibkan itu dipandang sebagai sarana untuk mewujudkan aturan yang adil tersebut. Perbedaan antara kedua istilah tersebut, yaitu istilah “hukum” mengandung suatu tuntutan keadilan, dan istilah “undang-undang” menandakan norma-norma yang de facto digunakan untuk memenuhi tuntutan tersebut, baik tertulis maupun tak tertulis.⁸⁶

2. Keadilan sebagai bagian dari tujuan Hukum

Dalam bidang hukum, pada umumnya keadilan dipandang sebagai tujuan (*end*) yang harus dicapai dalam hubungan-hubungan hukum antara perseorangan-perseorangan, perseorangan dengan pemerintah dan di antara negara-negara yang berdaulat. Tujuan mencapai keadilan itu melahirkan konsep keadilan sebagai hasil (*result*) atau keputusan (*decision*) yang diperoleh dari penerapan atau pelaksanaan sepatutnya asas-asas dan perlengkapan hukum dan konsep keadilan sebagai suatu nilai (*value*). Konsep keadilan sebagai hasil (*result*) atau keputusan (*decision*) ini, dapat disebut juga sebagai keadilan prosedural (*procedural justice*). Konsep keadilan inilah yang dilambangkan dengan dewi keadilan, pedang, timbangan, dan penutup mata untuk menjamin pertimbangan yang tak

⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 27-28

memihak dan tak memandang orang. Sejalan dengan ini ialah pengertian keadilan sebagai suatu asas (*principle*). Asas adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu.⁸⁷

Selain konsep keadilan sebagai hasil (*result*) atau keputusan (*decision*), keadilan juga dapat dikonsepsikan sebagai suatu nilai (*value*). Keadilan merupakan nilai penting dalam hukum.⁸⁸ Hanya saja, berbeda dengan nilai kepastian hukum yang bersifat umum, nilai keadilan ini lebih bersifat personal atau individual dan kasuistik. Keadilan bukanlah penyamarataan dan bukan pula berarti tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Keadilan adalah memberikan sesuai dengan haknya secara sukarela dan agar tercipta kondisi tersebut, maka harus dilandasi oleh prinsip/sikap non deskriminasi atau tidak membeda-bedakan (persamaan derajat) dan tidak memihak.⁸⁹

E. Tindak Pidana dalam perspektif Hukum Islam

Apabila berbicara mengenai hukum pidana, konsekuensi dari hal tersebut adalah bahwa setiap hal-hal atau perbuatan yang melanggar hukum maka akan menimbulkan hukuman bagi pelakunya. Perbuatan melanggar hukum di dalam hukum positif yang berlaku di suatu Negara pada prinsipnya berbeda dengan perbuatan melanggar hukum yang ditentukan di dalam hukum Islam.

⁸⁷ he Liang Gie, Teori-teori Keadilan, Supersukses, Yogyakarta, 1982, hlm. 8.

⁸⁸ Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum (Suatu Pengantar), Liberty, Yoyakarta, 2002, hlm. 74.

⁸⁹ Handy Sobandi, *op.cit.*, hlm. 29-30.

Cakupan melanggar hukum di dalam hukum positif hanya terbatas kepada perbuatan yang salah atau melawan hukum terhadap bidang-bidang hukum tertentu seperti bidang hukum pidana, perdata, tata usaha Negara, hukum pertanahan dan sebagainya. Sedangkan di dalam hukum Islam, terhadap hal-hal yang dianggap salah atau melanggar hukum adalah sesuatu yang melanggar ketentuan-ketentuan hukum syariat, yang dasar hukumnya dapat ditemui di dalam Al Qur'an, Hadist, maupun Ijtihad para ulama. Ketentuan-ketentuan syariat ini tidak hanya berkaitan dengan hubungan muamalah saja, tetapi juga menyangkut ibadah, yang pada dasarnya pelanggaran terhadap ketentuan tersebut semuanya akan mendapatkan hukuman, meskipun hukuman terhadap perbuatan tersebut ada yang diterima di dunia maupun ada hukuman yang akan diberikan di akhirat kelak.

Jika berbicara mengenai hukum pidana Islam atau yang dinamakan dengan *Fikih Jinayah*, maka akan dihadapkan kepada hal-hal mempelajari ilmu tentang hukum syara' yang berkaitan dengan masalah perbuatan yang dilarang (jarimah) dan hukumannya (uqubah), yang diambil dari dalil-dalil terperinci. Jadi, secara garis besar dapat diketahui bahwa objek pembahasan atau cakupan dari hukum pidana Islam adalah jarimah atau tindak pidana serta uqubah atau hukumannya.⁹⁰

Namun jika melihat cakupan yang lebih luas lagi, maka cakupan hukum pidana Islam pada dasarnya hampir sama dengan yang diatur di dalam Hukum Pidana positif, karena selain mencakup masalah tindak pidana dan hukumannya juga disertai dengan pengaturan masalah percobaan, penyertaan,

⁹⁰ Ahmad Wardi Muslich, Hukum Pidana Islam, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, Hlm. 9.

maupun gabungan tindak pidana. Berikut ini dijelaskan hal-hal yang berupa tindak pidana (*jarimah*) dan hukuman (*uqubah*) dalam Hukum Pidana Islam.

F. Keadilan dalam perspektif Hukum Islam

Allah SWT disebut sebagai “Yang Maha Adil dan Bijaksana terhadap semua hamba-Nya, karena Allah SWT tidak mempunyai kepentingan apa-apa dari perbuatan yang dilakukan oleh hamba-Nya jika manusia berbuat kebaikan, maka tidak akan mempengaruhi Kemahaadilan-Nya tidak akan mengurangi kemahaadilannya itu. Apa yang diperbuat oleh manusia, apakah kebaikan atau kezaliman, hasilnya akan diterima oleh manusia itu sendiri.

Quran Surat 41:46.

46. Barangsiapa yang mengerjakan amal yang saleh maka (pahalanya) untuk dirinya sendiri dan barangsiapa yang mengerjakan perbuatan jahat, maka (dosanya) untuk dirinya sendiri; dan sekali-kali tidaklah Rabb-mu menganiaya hamba-hambanya.

Dan Quran Surat al-Jaatsiyah (45): 15

15. Barangsiapa yang mengerjakan amal saleh, maka itu adalah untuk dirinya sendiri, dan barangsiapa yang mengerjakan kejahatan, maka itu akan menimpa dirinya sendiri, kemudian kepada Tuhanmulah kamu dikembalikan.

Dalam periwayatan hadits, social al-adl (adil) merupakan salah satu kriteria seorang rawi (penyampai hadits) untuk menentukan apakah hadis yang diriwayatkannya sahih atau tidak. Adil dalam ilmu Hadits berarti “Ketaatan menjalankan perintah Allah SWT⁶ dan menjauhi laranganNya, menjauhkan diri dari perbuatan keji, memelihara hak dan kewajiban, memelihara lidah dari kata-kata yang dapat merusak ajaran agama, dan berani menegakkan yang benar (muruah). Juhur ulama sepakat mengatakan bahwa semua sahabat Nabi SAW adalah adil dan tidak perlu lagi dibahas keadilan mereka dalam meriwayatkan hadis dan persaksian mereka. (innas as-sahabah kullukum‘uduh).

BAB III

URGENSI PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH PERLU DIATUR BERBASIS NILAI KEADILAN

A. Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia

Di Indonesia belum terdapat undang-undang yang secara khusus mengatur tentang kontrak komersial oleh pemerintah. Landasan hukum yang utama bagi kontrak pengadaan barang dan jasa di Indonesia terdapat dalam keputusan presiden dan peraturan presiden. Aturan pengadaan barang dan jasa di Indonesia diawali dengan terbitnya Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah, yang kemudian disempurnakan dengan Keputusan Presiden Nomor 80 tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, dan kemudian disempurnakan lagi melalui Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 yang telah mengalami perubahan sebanyak empat kali, dengan Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011, Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012, Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014, dan Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015, dan terakhir adalah Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018. Pada intinya apa yang diatur dalam Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2000 diatur kembali dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 hingga Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018, namun dengan beberapa perubahan yang cukup signifikan. Di samping itu, Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana diubah Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 dilengkapi pula dengan Peraturan Kepala LKPP yang

mengatur secara terperinci mengenai mekanisme dan prosedur bagi pelaksanaan masing-masing jenis pengadaan, ditambah lagi dengan adanya Standar Dokumen Pengadaan (SDP) atau Standart Biding Document (SBD), yang pengaturannya juga dalam bentuk Peraturan Kepala LKPP, sehingga lebih mempermudah organ pengadaan dalam melaksanakan pengadaan barang/jasa.

Jika di dalam Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2000 hanya mengatur hal-hal yang terkait dengan jenis kontrak, penandatanganan kontrak, perubahan kontrak serta penghentian dan pemutusan kontrak. Di dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 ditambah dengan *condition of contracts*, yang dituangkan dalam Standar Dokumen Pengadaan bagi masing-masing jenis pengadaan, sehingga dalam pelaksanaannya sedikit banyak menutupi celah-celah hukum yang pada akhirnya dapat mengurangi risiko kerugian negara yang disebabkan oleh ketidakmampuan pejabat pengadaan dalam menyusun dan mengelola kontrak. Dalam hal ini patut diperhatikan bahwa pejabat pengadaan tidak wajib untuk meminta pendapat hukum dari ahli hukum kontrak kecuali untuk kontrak pengadaan barang/jasa yang kompleks dan/atau bernilai di atas Rp. 100.000.000.000,- (seratus miliar rupiah). Dalam Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 mempunyai struktur yang lebih sederhana. Hanya mengatur hal-hal yang bersifat normatif, dan menerapkan praktik-praktik terbaik dalam melaksanakan pengadaan barang dan jasa.

Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana diubah Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 merupakan hasil penyempurnaan dari perjalanan panjang ketentuan tentang pengadaan barang/

jasa oleh pemerintah sejak Keputusan Presiden Nomor 11 Tahun 1973 tentang Pedoman Pelaksanaan APBN Tahun Anggaran 1973/1974 (Keppres Nomor 11 Tahun 1973). Setelah Keppres Nomor 11 Tahun 1973, berturut-turut hampir setiap tahun lahir keppres baru karena memang keppres yang bersangkutan mengatur tentang pelaksanaan APBN. Namun, ketentuan pengadaan barang bagi pemerintah selalu disisipkan di dalamnya. Baru setelah tahun 2000 lahir keppres yang secara khusus mengatur tentang pengadaan. pengadaan. Keputusan/peraturan presiden yang terkait dengan pengadaan barang/jasa pemerintah setelah Keppres Nomor 11 Tahun 1973 tersebut adalah :

1. Keppres Nomor 17/1974 tentang Pedoman Pelaksanaan APBN Tahun Anggaran 1974/1975 (Keppres No. 17/1974);
2. Keppres No. 7/1975 tentang Pedoman Pelaksanaan APBN Tahun Anggaran 1975/1976 (Keppres No. 7/1975);
3. Keppres No. 14/1976 tentang Pedoman Pelaksanaan APBN Tahun Anggaran 1976/1977 (Keppres No. 14/1976);
4. Keppres No. 12/1977 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 12/1977);
5. Keppres No. 14 /1979 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 14/1979);
6. Keppres No. 14 A/1980 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 14A/1980);
7. Keppres No. 18/1981 tentang Penyempurnaan Keputusan Prsiden Nomor 14A Tahun 1980 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 18/1981);
8. Keppres No. 29/1984 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 19/1984);
9. Keppres No. 16/1994 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 16/1994);

10. Keppres No. 24/1995 tentang Perubahan Atas Keppres No. 16/1994 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 24/1995).
11. Keppres No. 6/1999 tentang Penyempumaan Keppres No. 16/1994 sebagaimana telah diubah dengan Keppres No. 24/1995 tentang APBN (Keppres No. 6/1999);
12. Keppres No. 17/2000 tentang Pelaksanaan APBN (Keppres No. 17/2000);
13. Keppres No. 18/2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah (Keppres No. 18/2000);
14. Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Keppres No. 80/2003);
15. Keppres No. 61/2004 tentang Perubahan Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Keppres No. 61/2004);
16. Perpres No. 32/2005 tentang Perubahan Kedua Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 32/2005);
17. Perpres No. 70/2005 tentang Perubahan Ketiga Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 70/2005);
18. Perpres No. 8/2006 tentang Perubahan Keempat Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 8/2006);

19. Perpres No. 79/2006 tentang Perubahan Kelima Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 79/2006);
20. Perpres No. 85/2006 tentang Perubahan Keenam Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 85/2006);
21. Perpres No. 95/2007 tentang Perubahan Ketujuh Atas Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 95/2007);
22. Perpres No. 54/2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 54/2010);
23. Perpres No. 35/2011 tentang Perubahan Atas Perpres No. 54/2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 35/2011);
24. Perpres No. 70/2012 tentang Perubahan Kedua Perpres No. 54/2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 70/2012);
25. Perpres No. 172 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga Perpres No. 54/2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No.172/2014);
26. Perpres No. 4 Tahun 2015 tentang Perubahan Keempat Perpres No. 54/2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (Perpres No. 4/2015);
27. Perpres Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

28. Perpres Nomor 12 Tahun 2021 tentang perubahan Perpres Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Dari daftar di atas, nampak bahwa keppres/perpres tersebut merupakan peraturan pelaksanaan lebih lanjut dari Undang-Undang tentang APBN. Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, keppres-keppres tersebut juga mengacu disamping pada ICW sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1968, juga pada Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 khususnya Pasal 23 ayat (1) yang mengatur tentang keuangan. Keppres/perpres yang mengatur tentang pengadaan barang jasa pemerintah tersebut dapat dibagi ke dalam dua kelompok, yaitu kelompok yang termuat dan menjadi bagian dari keppres tentang pelaksanaan APBN dan dalam keppres/perpres yang substansinya khusus mengatur tentang pengadaan barang/jasa pemerintah.

B. Perkembangan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia

Dalam melaksanakan pelayanan publik, tentunya lembaga/institusi memerlukan barang-barang untuk operasional, sehingga pelayanan publik yang diberikan dapat berjalan dengan baik dan lancar. Bila pelayanan publik berjalan dengan baik dan lancar, maka tingkat kepuasan masyarakat akan meningkat.⁹¹

Barang/jasa publik adalah barang yang penggunaannya terkait dengan kepentingan masyarakat banyak, baik secara berkelompok maupun

⁹¹ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *Sentralisasi Birokrasi Pengadaan Barang & Jasa Pemerintah*, Cetakan Pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2018, hlm. 109-110

secara umum, sedangkan barang/jasa privat merupakan barang yang hanya digunakan secara individual atau kelompok tertentu. Berdasarkan atas penggolongan ini, maka suatu barang atau jasa dapat saja dikategorikan atas barang publik tapi dapat juga dikategorikan atas barang privat tergantung pada penggunaannya.⁹²

Sebagai contoh barang publik adalah komputer dan peralatan tulis yang digunakan di instansi atau lembaga pemerintah yang digunakan dalam operasional pelayanan publik, maka dikategorikan sebagai barang publik, tapi bila digunakan untuk kepentingan pribadi maka dikategorikan sebagai barang privat.

Untuk pengadaan barang/jasa bagi instansi/lembaga maka dilaksanakan pengadaan barang/jasa pemerintah, yang dikenal dengan *public procurement*. *Public procurement* adalah pengadaan barang/jasa yang dilakukan oleh pemerintah.⁹³

Definisi pengadaan barang dan jasa menurut kamus hukum berarti memborong pekerjaan/menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan pekerjaan atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pemborongan itu dilakukan.⁹⁴

Maksud dari memborong pekerjaan adalah melimpahkan, menyediakan, atau memberikan kepada pihak lain untuk mengerjakan semua

⁹² Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Jurnal Pengadaan, Senarai Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP), Jakarta, 2011, hlm. 11 dan 12.

⁹³ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *loc.cit*.

⁹⁴ Marzuqi Yahya dan Endah Fitri Susanti, Buku Pintar Pengadaan Barang & Jasa Pemerintah, Sesuai Dengan Perpres, Laskar Aksara, Jakarta, 2012, hlm. 3 dan 4.

atau sebagian pekerjaan sesuai, tentunya dengan persyaratan tertentu sesuai dengan perjanjian atau kontrak yang dibuat sebelum pekerjaan dilaksanakan. Pihak lain yang disertai tugas untuk melaksanakan pekerjaan haruslah mengerti dan ahli dalam pekerjaan tersebut.⁹⁵

Berbagai rumusan tentang definisi pengadaan telah banyak dikemukakan oleh para pakar, di antaranya Arrowsmith, Nur Bahagia, Christopher & Schooner, dan sebagainya. Pada prinsipnya, pengadaan adalah kegiatan untuk mendapatkan barang, atau jasa secara transparan, efektif, dan efisien sesuai dengan kebutuhan dan keinginan penggunanya. Maksud barang di sini meliputi peralatan dan juga bangunan, baik untuk kepentingan publik maupun privat.⁹⁶

Dalam pengertian tersebut, pengadaan dilakukan secara terbuka, dalam waktu yang cepat, serta mendapatkan hasil yang tepat dan sesuai dengan kualifikasi barang/jasa yang dibutuhkan. Barang di sini merupakan benda yang berwujud, tidak berwujud, bergerak atau tidak bergerak yang dapat diperdagangkan, digunakan, dan dimanfaatkan oleh pengguna barang. Dalam konteks pengadaan barang/jasa pemerintah, barang meliputi bahan baku, barang setengah jadi, barang jadi atau peralatan, dan makhluk hidup.

Pengadaan barang/jasa pemerintah menurut ketentuan Pasal 1 angka 1 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang/jasa oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD

⁹⁵ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *loc.cit.*

⁹⁶ Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, *op.cit.*, hlm. 10

yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan.

Filosofi pengadaan barang/jasa adalah upaya untuk mendapatkan barang/jasa yang diinginkan dan dilakukan atas dasar pemikiran yang logis dan sistematis (*the system of thought*), mengikuti norma dan etika yang berlaku, berdasarkan metode dan proses pengadaan yang baku.⁹⁷

Pengadaan barang dan jasa pemerintah atau publik terkait erat dengan pemenuhan pelayanan publik institusi publik terhadap warga negara dan kontrak antara pemerintah sebagai pemilik anggaran dengan pihak swasta sebagai penyedia barang dan jasa. Pengadaan barang publik memiliki relasi langsung dengan pelayanan publik di mana penyediaan barang dan jasa oleh institusi publik dilakukan untuk memenuhi pelayanan publik yang menjadi tanggungjawabnya kepada warga negara.⁹⁸

Pengadaan barang dan jasa dalam pemerintahan, diperlukan untuk menunjang *performance* dan operasional mereka. Pengadaan barang dan jasa di instansi pemerintah ini sangat rumit dan harus dilakukan secermat mungkin karena berhubungan dengan penggunaan APBN/APBD. Selain itu proses pengadaan harus sesuai dengan tahapan-tahapan yang sudah diatur di dalam peraturan perundang-undangan tentang pengadaan barang dan jasa pemerintah, yakni Peraturan Presiden (Perpres) Nomor 16 Tahun 2018 tentang

⁹⁷Adrian Sutedi, *Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm. 3

⁹⁸Rohidin Suharno, Agus Salim dan Ibnu Jandi, *Penilaian Warga Sebagai Wujud Partisipasi Dalam Pelayanan Publik : Catatan Atas Survey Citizen Report Card (CRC) Bidang Pendidikan dan Kesehatan di DKI Jakarta, Kemitraan-Pattiro, Jakarta, 2008, hlm. 19.*

Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah berikut peraturan pelaksanaannya. Kesalahan sedikit saja dilakukan, maka panitia pengadaan dapat terjerat hukum.

Sejauh yang menyangkut kontrak pengadaan belum ditemukan ketentuan yang menentukan siapa yang disebut pemerintah. Dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018, juga keppres dan perpres sebelumnya yang mengatur tentang pelaksanaan pengadaan oleh pemerintah, tidak secara tegas menyebutkan pengertian pemerintah, kecuali Pasal 1 angka 2 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, yang menyebutkan bahwa : “Kementerian Negara yang selanjutnya disebut Kementerian adalah perangkat pemerintah yang membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan”. Pasal 1 angka 3 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, menyebutkan bahwa : “Lembaga adalah organisasi non-Kementerian Negara dan instansi lain pengguna anggaran yang dibentuk untuk melaksanakan tugas tertentu berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau peraturan perundang-undangan lainnya”. Pasal 1 angka 4 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, menyebutkan bahwa : “Perangkat Daerah adalah unsur pembantu Kepala Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dalam penyelenggaraan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah”. Pasal 1 angka 5 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, menyebutkan bahwa : “Pemerintah Daerah adalah kepala daerah sebagai unsur penyelenggara Pemerintahan Daerah yang memimpin pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah otonom”.

Tahapan proses pengadaan barang/jasa pemerintah terdiri atas tiga tahap global, yaitu perencanaan, pelaksanaan, dan pengawasan. Cakupan aktivitas pengadaan meliputi lima kegiatan utama, yaitu rencana

pengadaan, proses pengadaan, penerimaan dan penyimpanan, serta pemakaian dan manajemen aset, dan tiga transaksi, yaitu transaksi pembelian barang/jasa (kontrak), transaksi penerimaan barang/jasa, dan transaksi pengeluaran atau penggunaan barang/jasa.⁹⁹

Pengadaan barang/jasa pemerintah ini sebenarnya tidak harus diadakan dalam bentuk lelang atau dikerjakan oleh pihak lain atau di luar sistem pemerintahan. Pengadaan barang/jasa tersebut dibagi menjadi dua bagian yang sama-sama krusial, yakni¹⁰⁰ :

- a. Bagian yang bisa ditangani sendiri oleh instansi terkait, sehingga tidak perlu mengadakan lelang kepada pihak luar untuk menangani pengadaan barang dan jasa tersebut;
- b. Bagian yang memang harus dilelang atau ditawarkan kepada pihak luar pemerintah agar turut melaksanakan pengadaan barang dan jasa tersebut. Ada kompensasi nilai pengadaan barang dan jasa tersendiri jika dikerjakan oleh pihak luar melalui lelang.

Melihat pembagian di atas, pengadaan barang/jasa yang dapat ditangani oleh instansi itu sendiri dapat menghemat anggaran dan tidak perlu menempuh proses lelang yang sangat panjang dan berbelit-belit. Adakalanya instansi tidak dapat melaksanakan pengadaan barang/jasa sendiri karena ketidaktahuan mengenai barang/jasa yang dibutuhkan, sehingga memerlukan bantuan pihak luar yang lebih ahli dan professional mengenai barang/jasa yang dibutuhkan. Tentunya melalui proses lelang untuk memberikan pekerjaan kepada pihak luar yang berkompeten di bidangnya, dan memberikan kesempatan kepada

⁹⁹ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *loc.cit.*

¹⁰⁰ Marzuqi Yahya dan Endah Fitri Susanti, *loc.cit.*

masyarakat luas untuk meningkatkan usaha dan berpartisipasi dalam pengadaan barang/jasa pemerintah.¹⁰¹

Pengadaan barang/jasa pemerintah juga dapat dilakukan secara swakelola. Pekerjaan yang dapat diswakelola diantaranya pekerjaan yang bersifat rahasia, pekerjaan yang secara rinci tidak dapat dihitung/ditentukan terlebih dahulu, sehingga apabila dilaksanakan oleh penyedia barang/jasa akan menanggung risiko besar. Pekerjaan tersebut dilihat dari segi besaran, sifat, lokasi dan pembiayaannya tidak perlu dilakukan dengan cara pelelangan, pemilihan langsung dan penunjukan langsung, atau pengadaan langsung dan/atau tidak diminati oleh penyedia barang/jasa, dan pekerjaan untuk proyek percontohan (*pilot project*) yang bersifat khusus untuk pengembangan teknologi/metoda kerja yang belum dapat dilaksanakan oleh penyedia barang/jasa.¹⁰²

Pengadaan barang/jasa dengan menggunakan model penunjukan langsung dapat dilakukan karena memenuhi alasan dan syarat-syaratnya untuk dilakukan penunjukan langsung, misalnya pekerjaan yang bersifat mendesak, pekerjaan lanjutan dari pekerjaan yang sedang dilaksanakan berdasarkan kontrak yang telah ada harga satuan tetap dan secara teknis merupakan satu kesatuan kegiatan yang tidak dapat dipecah-pecahkan dari pekerjaan sebelumnya, dan pekerjaan tambahan yang tidak dapat dielakkan dalam rangka penyelesaian pengadaan barang/jasa yang dapat

¹⁰¹ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *op.cit.*, hlm. 113.

¹⁰² *Ibid.*

dipertanggungjawabkan secara professional dengan standar harga yang tidak berubah.¹⁰³

Aktivitas pengadaan barang/jasa dibagi ke dalam empat bagian yang meliputi¹⁰⁴ :

- a. Perencanaan pengadaan;
- b. Proses pengadaan;
- c. Penyimpanan barang;
- d. Penggunaan barang dan manajemen asset.

Pada bagian perencanaan pengadaan, diawali dengan adanya sejumlah permintaan/kebutuhan akan barang/jasa yang berasal dari instansi/lembaga pemerintah selaku pengguna (*user*) kepada pelaksana pengadaan/pengelola. Untuk memastikan adanya permintaan tersebut dan diyakini dapat dilaksanakan karena tersedianya anggaran, mulailah dilakukan langkah-langkah untuk mempersiapkan segala sesuatunya dengan mengidentifikasi dan memastikan jumlah, jenis, dan volume barang/jasa yang dibutuhkan oleh instansi/lembaga.⁸⁴

Beberapa hal yang perlu diidentifikasi berkaitan dengan kebutuhan akan barang/jasa meliputi informasi yang berkaitan dengan jenis barang, spesifikasi barang, harga, jumlah barang yang diperlukan, dan lokasi penggunaan barang. Sumber informasi untuk keperluan ini adalah pengguna itu sendiri, sebab penggunalah yang paling tahu akan kebutuhannya.⁸⁵

Untuk memperoleh berbagai jenis, tipe, dan jumlah barang/jasa biasanya diperoleh melalui pembelian atau pembuatan. Suatu barang/jasa dapat diperoleh dengan cara pembelian jika barang tersebut sudah ada

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, *op.cit.*, hlm. 16.

dan biasanya dipamerkan di *show room* atau tempat-tempat penjualan barang agar konsumen/pengguna melihat langsung dan dapat memilih jenis dan kualitas barang yang dibutuhkan.⁸⁶

Sebagai contoh adalah kebutuhan alat berat berupa mesin, atau ATK dan seterusnya bisa diperoleh dengan cara melakukan transaksi pembelian, dan tidak perlu melalui proses lelang, dan pembelian ini dapat dilakukan sendiri oleh instansi terkait yang membutuhkan.¹⁰⁵

Pengadaan barang/jasa diawali dari perencanaan. Dari proses perencanaan, kemudian pengadaan barang/jasa dilanjutkan dengan proses pelaksanaan dan pengawasan selanjutnya dikerjakan dan diawasi sendiri dengan menggunakan tenaga dan alat sendiri, walaupun dimungkinkan menggunakan sumber daya dari luar.¹⁰⁶

Perencanaan dilakukan agar aktivitas pengadaan barang/jasa yang nanti akan dilaksanakan tidak menyimpang dari tujuan yang telah ditetapkan, sehingga diperlukan perencanaan yang matang dan efisien untuk melangkah ke tahap selanjutnya. PA dan KPA yang bertugas menangani perencanaan pengadaan barang/jasa. Rencana pengadaan tersebut harus melihat pada kebutuhan barang/jasa dalam instansi yang membutuhkan. Susunan rencana umum pengadaan barang dan jasa pemerintah ini dilakukan dengan mengidentifikasi kebutuhan, menyusun dan menetapkan rencana anggaran, menetapkan kebijakan umum, penyusunan KAK, serta pengumuman rencana umum pengadaan barang dan jasa pemerintah.¹⁰⁷

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

Setelah tahap perencanaan, dilanjutkan dengan pemilihan metode dan evaluasi penawaran. Metode pemilihan rekanan ini terdiri atas 10 (sepuluh jenis), yakni kontes, sayembara, penunjukan langsung, pengadaan langsung, pemilihan lansung, seleksi sederhana, pelelangan sederhana, pelelangan terbatas, seleksi umum, dan pelelangan umum.¹⁰⁸

Metoda pemilihan digunakan bila terbatas jumlah penyedia barang/jasa yang sesuai dengan kualifikasi atau klasifikasinya. Pemilihan dilakukan dengan mengundang lebih dari 1 (satu) penyedia barang/jasa melalui permintaan penawaran dan negosiasi secara bersaing, sehingga diperoleh harga yang wajar dan secara teknis dapat dipertanggung jawabkan. Selain itu, dilihat dari segi kepraktisan pemilihan dapat juga dilakukan sebagai proses lebih lanjut atas pelelangan ulang yang mengalami kegagalan.¹⁰⁹

Metoda pelelangan (tender) digunakan bila terdapat tak terbatas jumlah penyedia barang/jasa yang sesuai dengan kualifikasi atau klasifikasinya. Pelelangan dimaksudkan untuk menciptakan persaingan yang sehat di antara penyedia barang/jasa yang setara dan memenuhi syarat berdasarkan tata cara lelang yang transparan dan berkeadilan, sehingga terpilih penyedia barang/jasa terbaik.¹¹⁰

Pelelangan secara luas dan terbuka melalui papan pengumuman resmi, dan/atau media cetak/elektronik. Selain itu, dimungkinkan pula pembelian langsung yang merupakan pengadaan barang/jasa yang dilakukan secara

¹⁰⁸ *Ibid.* hlm. 115-116

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

langsung kepada penyedia barang/jasa tanpa melalui proses pelelangan atau pemilihan langsung.¹¹¹

Pengadaan barang/jasa tertentu dapat dilakukan dengan cara pembelian langsung karena harganya standar dan tetap misalnya BBM, nilainya kecil, atau karena alasan situasional misalnya pekerjaan yang tidak dapat ditunda-tunda lagi karena telah terjadi keadaan kahar.¹¹²

Barang yang dibeli diharapkan akan datang di gudang dari penyedia sesuai dengan apa yang tertera dalam transaksi pembelian (kontrak), baik jenis barang, spesifikasi, jumlah, dan waktunya. Sebelum barang disimpan di dalam gudang, perlu diperhatikan transaksi penerimaan barang antara penyedia dengan pengelola.¹¹³

Setelah menentukan metode yang akan digunakan untuk memilih rekanan, dilanjutkan dengan menentukan metode kualifikasinya. Ada dua metode kualifikasi, yakni prakualifikasi dan pascakualifikasi. Jika penilaian kualifikasi, baik menggunakan metode prakualifikasi dan pascakualifikasi sudah dilalui, kemudian dilanjutkan dengan penetapan metode penyampaian dokumen. Penyampaian dokumen tersebut terdiri atas metode satu sampul dan metode dua sampul.¹¹⁴

Tahap selanjutnya adalah penetapan metode evaluasi penawaran oleh pejabat yang bersangkutan. Metode atau tahapan evaluasi penawaran yang digunakan oleh ULP atau pejabat pengadaan terdiri dari tiga tahap, yakni evaluasi administrasi, evaluasi teknis, dan evaluasi harga. Untuk evaluasi

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

penawaran harga, ULP dan pejabat pengadaan dapat memilih salah satu metode dalam pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya, yakni sistem gugur, sistem nilai, atau sistem penilaian biaya selama umur ekonomis.¹¹⁵

Tahap selanjutnya yang perlu diperhatikan adalah penetapan jenis kontrak serta perjanjian. Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah yang dilakukan oleh ULP atau pejabat pengadaan terdiri dari beberapa jenis, yaitu¹¹⁶:

- a. Kontrak berdasarkan cara pembayaran yang dilakukan oleh pihak pemerintah :
 - 1) Kontrak *lump sum*;
 - 2) Kontrak harga satuan;
 - 3) Kontrak gabungan;
 - 4) Kontrak persentase;
 - 5) Kontrak terima jadi atau *turn key*.
- b. Kontrak berdasarkan pembebanan tahunan anggaran :
 - 1) Kontrak tahun tunggal;
 - 2) Kontrak tahun jamak.
- c. Kontrak berdasarkan sumber pendanaan :
 - 1) Kontrak pendanaan tunggal;
 - 2) Kontrak pengadaan bersama;
 - 3) Kontrak payung.
- d. Kontrak berdasarkan jenis pekerjaan :

¹¹⁵ *Ibid.* hlm. 116-117

¹¹⁶ *Ibid.*

- 1) Kontrak pengadaan pekerjaan tunggal;
- 2) Kontrak pengadaan pekerjaan terintegrasi;

Untuk kelengkapan pencalonan diri atau badan usaha sebagai rekanan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, maka calon rekanan harus menyusun dokumen dan jaminan atas pengadaan barang/jasa. Dokumen ini disebut dokumen penawaran, yang nantinya akan dievaluasi oleh panitia pengadaan. Setelah melakukan evaluasi dokumen penawaran dari rekanan, maka akan dibuat BAHP dan dilanjutkan dengan penetapan pemenang lelang. Setelah panitia pengadaan menetapkan pemenang lelang, lalu nama pemenang diumumkan. Selain nama pemenang lelang, pengumuman tersebut juga harus memuat nama paket pekerjaan pengadaan barang/jasa dan nilai HPSnya, alamat pemenang, NPWP, serta hasil evaluasi sampul 1 dan sampul 2.¹¹⁷

Bila transaksi penerimaan barang semuanya sudah selesai, selanjutnya bagian keuangan akan melakukan pembayaran kepada rekanan, dan pengelola gudang akan menyimpan barang yang diserahkan di gudang, yang tentunya diperiksa terlebih dahulu apakah barang yang diserahkan sesuai dengan kualifikasi dan kontrak. Pengelola gudang akan mengisi kartu stok agar penambahan barang dan status pengadaan tercatat sebagaimana mestinya. Bagian gudang bertanggung jawab atas barang yang ada di dalam gudang.¹¹⁸

Kegiatan ini merupakan bagian akhir dari kegiatan pengadaan, dan di sinilah terjadi interaksi antara pengelola dengan pengguna. Interaksi

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, hlm. 118

penggunaan barang dimulai dengan adanya permintaan barang dari pengguna yang ditandai dengan adanya nota permintaan barang (order dari pengguna). Berdasarkan nota ini, bagian gudang akan memverifikasi apakah barang yang diminta pengguna dapat dipenuhi atau tidak. Jika tidak, proses pembelian perlu dilakukan. Jika barang tersedia, akan dilakukan transaksi pengeluaran barang dari gudang.¹¹⁹

Pengeluaran barang dari gudang harus ada nota permintaan barang yang berasal dari pengguna, dan transaksi pengeluaran barang harus ditandatangani bersama antara penerima dan pemberi barang. Setiap transaksi pengeluaran barang dicatat pada kartu stok barang. Untuk barang modal (kapital), maka akan dilakukan pencatatan barang sebagai asset. Dalam praktiknya, aspek operasional sangat terkait dengan kelancaran dan keefisienan sistem pengadaan, bahkan kinerja sistem pengadaan sangat bergantung pada kinerja aspek operasional ini. Kebijakan pengadaan yang optimal tidak mungkin bisa dicapai tanpa didukung oleh berjalannya aspek operasional ini dengan baik. Oleh sebab itu, perlu kiranya untuk memahami dan mengelola pengadaan sesuai dengan urutan siklus pengadaannya.

C. Permasalahan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia

Pengadaan barang dan jasa merupakan suatu aktivitas dari pemerintah dalam hal pengadaan barang dan jasa untuk memenuhi kebutuhan masyarakat sehubungan dengan fungsinya sebagai pelayan masyarakat. Menurut Nugraha

¹¹⁹ *Ibid.*

ada 2 (dua) pertimbangan kenapa pengadaan barang dan jasa harus dilakukan melalui tender, yakni :

1. Supaya barang yang diperoleh sesuai dengan kebutuhan yang diharapkan. Baik itu dari segi kualitas maupun kuantitas dengan harga yang lebih bersaing;
2. Barang dan jasa tersebut dapat diperoleh sesuai dengan waktu yang telah ditetapkan dan hasilnya dapat dipertanggungjawabkan (efisien dan efektif). Sedangkan Praya Arie Indrayana berpendapat bahwa keterbatasan akan keahlian dan ketrampilan spesifik (*expert skills*) dari pegawai pemerintah merupakan alasan utama dilakukan tender.

Adapun tahapan dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa dapat dikelompokkan dalam 4 (empat) tahap, yaitu :¹²⁰

1. Tahap persiapan;
Pada tahap ini kegiatannya meliputi perencanaan pengadaan barang dan jasa, pembentukan panitia pengadaan barang dan jasa, penetapan sistem pengadaan barang dan jasa, penyusunan jadwal pengadaan barang dan jasa, penyusunan Harga Perkiraan Sendiri (HPS), dan penyusunan dokumen pengadaan barang dan jasa.
2. Tahap proses pengadaan;
Pada tahap ini kegiatan meliputi pemilihan penyedia barang dan jasa serta penetapan penyedia barang dan jasa.
3. Tahap penyusunan kontrak;

¹²⁰ Amiruddin, *Korupsi Dalam Pengadaan Barang dan Jasa*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm. 46 dan 47

Kontrak pengadaan barang/jasa merupakan perjanjian tertulis antara Pengguna Anggaran (PA)/Kuasa Pengguna Anggaran (KPA)/ Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) dengan penyedia barang/jasa atau pelaksana swakelola

4. Tahap pelaksanaan kontrak.

Pelaksanaan kontrak dilaksanakan oleh para pihak sesuai ketentuan yang termuat dalam kontrak dan peraturan perundang-undangan.

Kontrak merupakan hal yang sangat penting di dalam pengadaan barang/jasa. Oleh karena di dalam kontrak diatur hak dan kewajiban antara pengguna anggaran, kuasa pengguna anggaran, pejabat pembuat komitmen dan penyedia barang/jasa.

Kontrak adalah sebuah proses yang terdiri dari tahap pembentukan dan pelaksanaan. Salah satu bentuk konsensualisme suatu perjanjian yang dibuat secara tertulis dan/atau kontrak adalah adanya pembubuhan tanda tangan dari pihak yang terlibat perjanjian dimaksud. Tanda tangan mana selain berfungsi sebagai wujud kesepakatan/persetujuan atas tempat dan waktu serta isi perjanjian, juga berhubungan dengan, kesengajaan para pihak untuk membuat kontrak sebagai bukti atas suatu peristiwa.

Sebagaimana telah diatur dalam Pasal 1 angka 4, Pasal 28 dan Pasal 52 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, pengadaan barang oleh pemerintah harus dituangkan dalam bentuk kontrak tertulis antara PA/KPA/PPK dengan penyedia barang/jasa atau pelaksana swakelola.

Pada dasarnya isi kontrak merupakan bagian penting yang merupakan pokok dari suatu kontrak/perjanjian itu sendiri. Pada bagian isi inilah, para

pihak mencantumkan segala hal atau pokok-pokok yang dianggap perlu dan merupakan kehendak para pihak sebagai pernyataan tertulis yang sah. Sebagai pokok perjanjian, hal ini diharapkan dapat mencakup dan mengandung semua isi perjanjian yang harus dipenuhi para pihak dan memuat secara mendetail mengenai objek perjanjian, hak dan kewajiban, serta uraian secara lengkap mengenai *prestasi*.

Kontrak pengadaan barang dan jasa sekurang-kurangnya memuat ketentuan sebagai berikut ¹²¹:

1. Para pihak yang menandatangani kontrak meliputi nama, jabatan, dan alamat;
2. Pokok pekerjaan yang diperjanjikan dengan uraian yang jelas mengenai jenis, dan jumlah barang yang diperjanjikan;
3. Hak dan kewajiban para pihak yang terikat di dalam perjanjian;
4. Nilai/harga kontrak pengadaan, serta syarat-syarat pembayaran;
5. Persyaratan serta spesifikasi teknis yang jelas dan terperinci;
6. Tempat dan jangka waktu penyelesaian/penyerahan dengan disertai jadwal waktu penyelesaian/penyerahan yang pasti serta syarat-syarat penyerahan- nya;
7. Jaminan teknis/hasil pekerjaan yang dilaksanakan dan/atau ketentuan mengenai kelaikan;
8. Ketentuan mengenai cidera janji dan sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi kewajibannya;
9. Ketentuan mengenai pemutusan kontrak secara sepihak;

¹²¹ Adrian Sutedi, *op.cit.*, hlm. 73 dan 74

10. Ketentuan mengenai keadaan memaksa;
11. Ketentuan mengenai kewajiban para pihak dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan pekerjaan;
12. Ketentuan mengenai perlindungan tenaga kerja;
13. Ketentuan mengenai bentuk dan tanggung jawab gangguan lingkungan;
14. Ketentuan mengenai penyelesaian perselisihan.

Sesuai asas kebebasan berkontrak, para pihak yakni pelaksana kegiatan selaku pengguna barang yang ditugaskan dalam Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa (SKPPBJ) dan pemenang lelang selaku penyedia barang berhak menentukan isi perjanjian dalam kontrak pengadaan barang asalkan tidak bertentangan dengan undang-undang, kepatutan dan asas kesusilaan.

Kedua pihak dalam kontrak pengadaan barang/jasa masing-masing dihadapkan pada hak dan kewajiban yang harus dipenuhi sebagai akibat hukum dari suatu kontrak yang sah (berlaku layaknya undang-undang bagi para pihak). Hal mana jika ada salah satu pihak yang mangkir/wanprestasi dalam pelaksanaan kontrak maka akan ada konsekuensi secara hukum, yang diselesaikan sesuai kesepakatan (non-litigasi atau litigasi).

Dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah yang terjadi selama ini, tahapan yang dilalui sangat panjang dengan waktu yang sangat singkat. Kontrak pengadaan barang/jasa dibuat oleh para pihak, dan sudah seharusnya kontrak tersebut dilaksanakan sebagaimana ketentuan yang tercantum dalam kontrak. Akan tetapi, hal tersebut tidak dilaksanakan sebagai-mana mestinya,

sehingga menimbulkan kerugian bagi salah satu pihak karena *wanprestasi* dan dirasakan tidak adil bagi salah satu pihak.

Seperti dalam hal penyesuaian harga (eskalasi) dalam kontrak pengadaan barang/jasa. Kecenderungan kenaikan harga barang dan jasa memberikan pengaruh pada biaya suatu proyek. Keadaan ini berdampak pada biaya proyek yang akan meningkat dan merugikan pihak kontraktor jika tidak dilakukan penyesuaian harga.

Ketentuan mengenai penyesuaian harga dalam kontrak pengadaan barang/jasa, disebutkan di dalam Pasal 37 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana diubah oleh Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 yang menyatakan bahwa :

(1) Penyesuaian harga dilakukan dengan ketentuan sebagai berikut :

- a. Diberlakukan terhadap kontrak tahun jamak dengan jenis kontrak harga satuan atau kontrak berdasarkan waktu penugasan sesuai dengan ketentuan dan persyaratan yang telah tercantum dalam dokumen pemilihan dan/atau perubahan dokumen pemilihan; dan
- b. Tata cara penghitungan penyesuaian harga harus dicantumkan dengan jelas dalam dokumen pemilihan dan/atau perubahan dokumen pemilihan yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari kontrak.

(2) Persyaratan dan tata cara penghitungan penyesuaian harga sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas :

- a. Penyesuaian harga diberlakukan pada kontrak tahun jamak yang masa pelaksanaannya lebih dari 18 (delapan belas) bulan;

- b. Penyesuaian harga sebagaimana dimaksud pada huruf a dilakukan mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak pelaksanaan pekerjaan;
- c. Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pembayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya tidak langsung (*overhead cost*), dan harga satuan timpang sebagaimana tercantum dalam penawaran;
- d. Penyesuaian harga satuan diberlakukan sesuai dengan jadwal pelaksanaan yang tercantum dalam kontrak;
- e. Penyesuaian harga satuan bagi komponen pekerjaan yang berasal dari luar negeri, menggunakan indeks penyesuaian harga dari negara asal barang tersebut;
- f. Jenis pekerjaan baru dengan harga satuan baru sebagai akibat adanya addendum kontrak dapat diberikan penyesuaian harga mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak addendum kontrak tersebut ditandatangani; dan
- g. Indeks yang digunakan dalam hal pelaksanaan kontrak terlambat disebabkan oleh kesalahan penyedia adalah indeks terendah antara jadwal kontrak dan realisasi pekerjaan.

Penyesuaian harga adalah perubahan harga satuan yang diberlakukan terhadap kontrak tahun jamak (tidak diberlakukan terhadap kontrak tahun tunggal dan kontrak *lump sum* serta pekerjaan dengan harga satuan timpang) berbentuk kontrak harga satuan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang telah dan harus tercantum dengan jelas dalam dokumen pengadaan dan/atau perubahan dokumen pengadaan.

Permasalahan yang terjadi adalah penyesuaian harga tersebut tidak dilakukan sebelum penandatanganan kontrak pengadaan, sehingga hal ini menimbulkan kerugian bagi penyedia jasa. Penyesuaian harga dilaksanakan setelah kontrak pengadaan ditandatangani, dan proses atau tahapan penyesuaian harga membutuhkan waktu yang cukup lama dan harus melalui tahapan atau birokrasi yang cukup panjang, mengingat waktu penyelesaian pengadaan barang/jasa yang harus segera diselesaikan oleh penyedia jasa sesuai waktu yang telah disebutkan di dalam kontrak pengadaan.

Lamanya waktu dan tahapan dalam penyesuaian harga menimbulkan ketidakadilan terutama bagi penyedia jasa, yang harusnya dapat menyelesaikan pengadaan barang/jasa tepat pada waktunya sebagaimana waktu yang tercantum dalam kontrak pengadaan, menjadi harus menunggu diselesaikannya proses penyesuaian harga.

Pada satu sisi, penyedia jasa diharuskan untuk menyelesaikan pekerjaan tepat pada waktunya, oleh karena jika tidak dapat menyelesaikan pekerjaan sebagaimana waktu yang telah ditentukan dalam kontrak, maka penyedia jasa akan dikenakan sanksi. Di sisi lain, pihak pengguna jasa lamban dalam melakukan proses penyesuaian harga (eskalasi), sehingga waktu yang digunakan untuk menyelesaikan pekerjaan menjadi berkurang hanya untuk menunggu persetujuan penyesuaian harga. Apabila pengguna jasa terlambat dalam memberikan keputusan dalam penyesuaian harga dalam kontrak, tidak ada akibat hukum bagi penyedia jasa, meskipun hal tersebut merugikan pihak penyedia jasa. Kontrak harusnya menempatkan para pihak secara seimbang, sehingga tercipta keadilan. Dalam berkontrak, semua pihak harus menjaga

asas-asas dalam kontrak. Semua pihak harus ditempatkan pada posisi yang berkeadilan dalam sebuah perjanjian.

Mengenai keadilan, Mahmutarom mengemukakan bahwa keadilan ini menjadi ruh yang mampu mengarahkan dan memberi kehidupan pada norma hukum tertulis, sehingga jika keadilan ini menjadi ruh, maka hukum tertulis itu ibarat tubuh manusia. Tanpa ruh, tubuh akan mati, sebaliknya tanpa tubuh, kehidupan ruh tidak akan terimplikasi dalam realitas. Jika ruh dan tubuh dapat berjalan seiring, akan ada harmoni dalam kehidupan manusia, tapi jika terjadi benturan kepentingan, tidak jarang tubuh harus dikorbankan (misal tangan diamputasi, payudara diangkat, dan sebagainya) dalam rangka menjaga kelangsungan ruh dalam tubuh manusia. Hal ini bisa berarti, apabila terjadi benturan antara norma hukum tertulis dengan keadilan, maka keadilan sebagai ruh aturan hukum tertulis itu yang harus dipertahankan dan aturan hukum tertulis yang sebenarnya hanya merupakan alat untuk mewujudkan keadilan dapat diganti atau ditinggalkan.¹²²

Dikhawatirkan jika hal ini terus terjadi, maka tidak akan tercipta efisiensi dan efektifitas dalam sistem pengadaan barang/jasa pemerintah, dan dikhawatirkan akan terjadi penyimpangan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, dan salah satu bentuk penyimpangan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah adalah korupsi.

Korupsi menurut Jeremy Pope sebagaimana dikutip oleh Jawade Hafidz Arsyad adalah penyalahgunaan kekuasaan dan kepercayaan untuk ke-

¹²² Mahmutarom HR, Rekonstruksi Konsep Keadilan (Studi Tentang Perlindungan Korban Tindak Pidana Terhadap Nyawa Menurut Hukum Islam, Konstruksi Masyarakat dan Instrumen Internasional), Cetakan Pertama, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 33.

pentingan pribadi. Korupsi mencakup perilaku pejabat-pejabat sektor publik, baik politisi maupun pegawai negeri yang memperkaya diri mereka secara tidak pantas dan melanggar hukum, atau orang-orang yang dekat dengan mereka, dengan menyalahgunakan kekuasaan yang dipercayakan pada mereka.¹²³

Berbagai penyimpangan kerap terjadi dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah. Berdasarkan berbagai data yang ada, kerugian keuangan negara yang ditimbulkan akibat penyimpangan terhadap ketentuan pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah ternyata nilainya luar biasa besar.

Menurut Bank Dunia (*World Bank*), kerugian negara setiap tahunnya lebih dari 10 miliar dollar Amerika atau sekitar 85 triliun rupiah dari anggaran pemerintah pusat. Sementara itu, khusus di Indonesia, BPKP menyatakan bahwa jika dilihat dari belanja barang dan jasa pemerintah telah terjadi kebocoran rata-rata 30% atau sekitar 25 triliun rupiah. Angka tersebut diperhitungkan hanya berdasarkan dari anggaran pemerintah pusat saja dan belum diperhitungkan dengan anggaran pemerintah daerah.¹²⁴

Selain itu, berdasarkan hasil pengkajian terhadap kebijakan dan pelaksanaan pengadaan barang dan jasa untuk beberapa periode oleh Adrian Sutedi, ditemukan permasalahan dalam pengadaan barang dan jasa sebagai berikut ¹²⁵ :

1. Inefisiensi;

¹²³ Jawade Hafidz Arsyad, *Korupsi Dalam Perspektif HAN (Hukum Administrasi Negara)*, Cetakan Pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 5

¹²⁴ Amiruddin, *Korupsi Dalam Pengadaan Barang dan Jasa*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm. 47

¹²⁵ *Ibid*

Secara umum, proses pengadaan barang dan jasa selama ini masih belum dapat menghasilkan harga yang kompetitif. Harga barang dan jasa yang diperoleh melalui proses pengadaan barang dan jasa cenderung lebih tinggi dibandingkan pembelian langsung/harga pasar. Hal ini menjadi indikator bahwa proses pengadaan cenderung menciptakan ekonomi biaya tinggi dan menciptakan biaya-biaya yang menambah harga penawaran.

Harga yang tidak kompetitif pada akhirnya akan merugikan keuangan/ perekonomian negara dan masyarakat, karena berkurangnya manfaat dari belanja negara.

Inefisiensi menjadi semakin bertambah besar manakala proses pelelangan juga tidak jujur. Perilaku ini menciptakan nilai pekerjaan dari barang dan jasa menjadi menggelembung, yang selanjutnya biasanya diikuti dengan pelaksanaan pengadaan yang tidak jujur dan ada unsur KKN.

2. Lemahnya daya saing nasional;

Belanja sektor publik dalam APBN dan APBD maupun belanja badan usaha milik negara pada prinsipnya dimaksudkan untuk dapat mendorong perekonomian, di samping merupakan penyediaan pelayanan publik dan penyelenggaraan pemerintahan. Akan tetapi, pelaksanaan pengadaan yang tidak efisien dan iklim usaha yang tidak sehat (adanya unsur KKN) menimbulkan ekonomi biaya tinggi sehingga harga tidak kompetitif, yang pada akhirnya menyebabkan belanja publik tidak cukup mendorong pertumbuhan industri dalam negeri untuk menyediakan barang dan jasa yang dibutuhkan. Kesempatan yang terbatas bagi dunia usaha nasional

untuk memanfaatkan peluang usaha belanja publik dalam jangka panjang telah ikut menciptakan dunia usaha yang tidak memiliki daya saing.

3. Pendekatan yang protektif.

Pendekatan dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah cenderung protektif dan mengedepankan aspek pemerataan peluang usaha. Pendekatan ini ditunjukkan dengan banyaknya pembatasan dalam keikutsertaan dunia usaha dalam pengadaan seperti penggolongan penyedia barang dan jasa (besar, menengah, dan kecil), pembatasan wilayah operasi berdasarkan golongan usaha, pembidangan yang kaku, dan sebagainya. Pendekatan ini terbukti tidak dapat memberi sumbangan yang berarti bagi peningkatan daya saing nasional dan tumbuh kembangnya usaha-usaha di daerah yang kompetitif. Pendekatan ini juga menciptakan peluang-peluang KKN dalam pengadaan barang dan jasa.

Penyimpangan-penyimpangan dalam pengadaan barang/jasa pemerintah tersebut sangat merugikan keuangan negara, terutama jika pengguna jasa dan rekanan bekerjasama untuk mengambil keuntungan bagi diri mereka sendiri dengan mengabaikan kepentingan publik. Akan tetapi, kerugian pun juga dapat dialami oleh penyedia jasa atau kontraktor sebagaimana terkait dengan permasalahan penyesuaian atau eskalasi harga kontrak.

Salah satu ketentuan lain terkait harga kontrak yang harus diatur adalah eskalasi harga. Klausul eskalasi ini menjadi penting bagi penyedia barang/jasa untuk menyalasi biaya-biaya tak terduga akibat fluktuasi harga material, bahan bakar, dan tenaga kerja selama pelaksanaan proyek. Pada

prinsipnya, klausul eskalasi adalah sebuah klausul di dalam kontrak yang menjamin dapat dilakukannya perubahan harga kontrak ketika sebuah faktor di luar kendali para pihak yang berkontrak terjadi. Perubahan harga ini terutama disebabkan oleh fluktuasi harga material dunia dan kebijakan pemerintah. Klausul ini sebenarnya bermanfaat bagi kedua belah pihak untuk menjamin distribusi risiko konstruksi, meskipun pada praktiknya banyak kontrak pengadaan barang atau jasa konstruksi yang meniadakan klausul ini.

Pada kontrak-kontrak dengan durasi pelaksanaan yang singkat, perubahan harga atas material dan tenaga kerja kontraktor dapat dianggap kecil dan masih menjadi risiko kontraktor. Tetapi untuk periode di mana terjadi inflasi yang tinggi atau untuk kontrak-kontrak dengan durasi pelaksanaan yang panjang, risiko perubahan harga material dan sumber daya menjadi sangat tinggi.

Di sisi lain, klausul eskalasi ini juga dapat berguna bagi pemilik proyek. Perubahan harga tidak hanya berupa kenaikan harga (*rise of prices*), tetapi juga penurunan harga (*fall of prices*). Dengan demikian, klausul eskalasi ini dapat dimanfaatkan oleh kedua belah pihak ketika terjadi fluktuasi harga baik itu inflasi maupun deflasi. Fluktuasi harga umumnya terjadi pada sumber daya yang paling umum digunakan oleh masyarakat dunia. Dalam industri konstruksi, perubahan harga dunia turut mempengaruhi kelangsungan hidup proyek-proyek konstruksi di negara-negara mana pun. Tiga jenis perubahan harga yang saling mempengaruhi industri konstruksi, yaitu bahan bakar (terutama untuk operasional alat berat), besi, dan upah pekerja.

BAB IV

KELEMAHAN – KELEMAHAN PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH SAAT INI

A. Lemahnya Sistem Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

Dalam kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah ada beberapa pihak yang saling terkait. Para pihak yang terkait dalam pengadaan barang/jasa pemerintah harus memahami hak dan kewajibannya masing-masing, dan memenuhi serta menjalankan peraturan. Perlu adanya sikap keterbukaan dan saling memberikan masukan agar selama proses pengadaan barang/jasa dapat berjalan dengan baik dan lancar, serta tidak merugikan para pihak. Meskipun para pihak disyaratkan saling mengenal dan bekerjasama dengan baik, akan tetapi tidak boleh menyalahgunakan kewenangan yang dimiliki masing-masing dengan maksud untuk mendapatkan keuntungan yang dapat merugikan keuangan negara.

Aktivitas pengadaan dilakukan oleh berbagai pihak terkait yang dapat diklasifikasikan atas tiga pelaku utama, yaitu pengguna/ pengusul, penyedia barang/jasa, dan pelaksana pengadaan. Pengguna/pengusul pengadaan barang/jasa adalah individu (pejabat) atau unit organisasi yang diberikan kewenangan untuk mengusulkan pengadaan barang/jasa.¹²⁶

Pengusul atau pengguna barang merupakan unit organisasi yang merepresentasikan pengguna dan mempunyai kewenangan untuk mengusulkan pengadaan barang/jasa. Penyedia barang/jasa adalah individu atau badan usaha

¹²⁶ Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, *op.cit.*, hlm. 21

yang menjadi peserta penyedia barang/jasa dan pihak lain yang secara hukum mempunyai kapasitas untuk mengadakan ikatan perjanjian. Penyedia barang/jasa harus profesional, mempunyai kemampuan teknis dan manajerial, berpengalaman, SDM yang memadai, modal yang cukup, peralatan, dan fasilitas lain yang memenuhi persyaratan yang diajukan oleh panitia pengadaan. Pelaksana pengadaan adalah pihak yang melakukan pengadaan yang dimulai dari proses permintaan barang/jasa sampai dengan penunjukan pemenang pengadaan dan tersedianya barang/jasa siap digunakan oleh penggunaannya. Dapat disebutkan beberapa pihak yang terkait dengan pengadaan, yaitu¹²⁷:

- a. PA (Pengguna Anggaran) dan KPA (Kuasa Pengguna Anggaran);
- b. PPK (Pejabat Pembuat Komitmen);
- c. ULP (Unit Layanan Pengadaan);
- d. Panitia atau pejabat penerima hasil pekerjaan; serta e. Penyedia barang dan/atau jasa (rekanan/kontraktor).

Pengadaan barang/jasa pemerintah harus dilaksanakan sesuai prinsip-prinsip dasar pengadaan yakni efektif, efisien, transparan, kompetitif, adil, dan akuntabel.

Agar pengadaan barang/jasa mencapai tujuan sesuai dengan kriteria kinerja yang diharapkan, maka pengadaan barang/jasa pemerintah harus sesuai dengan prinsip dasar, etika pengadaan, dan ketentuan umum pengadaan barang/jasa berikut ini :

- a. Prinsip dasar pengadaan;

¹²⁷ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *loc.cit.* hlm. 118-119.

Pengadaan barang/jasa dilaksanakan dengan menggunakan prinsip dasar sebagai berikut ¹²⁸:

- 1) Transparan;
- 2) Adil;
- 3) Bertanggung jawab;
- 4) Efektif;
- 5) Efisien;
- 6) Kehati-hatian;
- 7) Kemandirian;
- 8) Integritas;
- 9) *Good corporate governance*.

Untuk menjamin terselenggaranya akuntabilitas terhadap kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah disyaratkan adanya keterbukaan dengan memberikan perlakuan yang sama terhadap semua penyedia barang/jasa sebagai bentuk kesungguhan dan tanggung jawab panitia dalam melaksanakan kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah agar dapat berjalan efektif dan efisien. Untuk mencegah adanya permasalahan hukum dikemudian hari, maka panitia wajib menggunakan prinsip kehati-hatian, memperteguh kemandirian dengan cara menghindari adanya upaya-upaya pihak lain untuk mempengaruhi arah keputusan panitia dalam memutuskan pemenang

b. Etika pengadaan.

¹²⁸ Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, *op.cit.*, hlm. 22-23

Bicara tentang etika dalam kegiatan pengadaan barang/jasa, pemerintah tentu harus didekatkan dengan prinsip-prinsip yang wajib diperhatikan dan dilaksanakan agar tidak terjadi permasalahan hukum dikemudian hari, baik yang berkaitan dengan kepentingan pengguna barang/jasa maupun yang berkaitan dengan kepentingan penyedia barang/jasa pemerintah. Oleh karena itu, panitia pengadaan barang/jasa pemerintah dalam melaksanakan kegiatannya perlu memperhatikan langkah-langkah yang uraikan di bawah ini.

Hal berikut akan membantu dalam mencapai tujuan pengadaan barang/jasa, diantaranya adalah ¹²⁹:

- 1) Memastikan bahwa proses pengadaan barang/jasa dilaksanakan dengan mengikuti prinsip dasar dan etika pengadaan barang/jasa;
- 2) Memastikan bahwa proses pengadaan barang/jasa mengikuti pedoman kebijakan dan prosedur pengadaan barang/jasa dan tidak bertentangan dengan ketentuan lainnya yang lebih tinggi;
- 3) Memastikan bahwa pengadaan barang/jasa oleh penyedia barang/jasa telah dilakukan peninjauan secara administratif, teknikal, dan finansial serta dapat dipertanggungjawabkan dalam hal biaya dan kualitas;
- 4) Memastikan proses pengadaan barang/jasa dilaksanakan secara kompetitif dengan tetap memperhatikan aspek keekonomian dan efisiensi pelaksanaannya;

¹²⁹ *Ibid.*, hlm. 24-25

- 5) Menggunakan standar kontrak (*term and condition*) yang telah ditetapkan;
- 6) Memastikan pengadaan barang/jasa dilaksanakan sesuai dengan perjanjian (kontrak/PO) yang disetujui antara pelaksana pengadaan dengan penyedia barang/jasa;
- 7) Dilarang melakukan pengadaan barang/jasa yang bertentangan dengan ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku.

Jika pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah dalam setiap tahap prosesnya mengikuti aturan yang telah ditetapkan, disertai dengan sikap yang konsisten dalam melaksanakan prinsip dan etika pengadaan, alhasil penyimpangan yang terjadi dalam pengadaan barang/jasa pemerintah tidak akan terjadi. Namun karena lemahnya sanksi pelanggaran dalam sistem pengadaan barang dan jasa.

B. Lemahnya Perlindungan Hukum bagi Pengguna Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

Dalam kaitan dengan pengelolaan keuangan negara, terdapat batasan-batasan yang wajib ditaati oleh pejabat. Asas umum tentang pengelolaan keuangan negara, khususnya yang terkait dengan pengeluaran atas beban APBN dapat kita jumpai dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004. Termasuk asas yang penting dan terkait langsung dengan kontrak pemerintah adalah yang tertuang dalam Pasal 3 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004, yang menyatakan 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, dan Pasal 3 ayat (7) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 yang menyatakan bahwa kelambatan pembayaran atas tagihan yang berkaitan dengan pelaksanaan APBN/APBD dapat mengakibatkan pengenaan denda dan/atau bunga.

Dalam perspektif Indonesia, kontrak komersial yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan masuk dalam kategori perbuatan hukum privat. Hubungan hukum yang terbentuk merupakan hubungan hukum dalam lapangan perdata. Sekalipun di dalam jenis kontrak ini terdapat pemerintah sebagai kontraktan dan berlaku syarat-syarat khusus hukum publik dalam pembentukannya, tetapi watak hubungan hukumnya adalah murni perdata. Keabsahan kontrak yang dibentuk diukur juga melalui Pasal 1320 BW sebagai aturan umum yang menentukan keabsahan bagi semua jenis kontrak.

Demikian pula menyangkut yurisdiksinya bukan dalam lingkup peradilan tata usaha negara, melainkan peradilan umum. Ini merupakan konsekuensi dari tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan perbuatan hukum keperdataan.¹³⁰

Tindakan yang dilakukan oleh pejabat tata usaha negara mewakili pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual merupakan tindakan keperdataan. Kontrak yang dibuat dan atau ditandatangani dengan demikian tunduk pada aturan yang berlaku bagi kontrak privat. Dalam hal kontrak itu didahului dengan atau diruangkan dalam suatu keputusan, maka keputusan yang

¹³⁰ Philipus M. Hadjon, *loc.cit.*, hlm. 166-167

dimaksud bukan merupakan keputusan tata usaha negara yang menjadi kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara. Hal-hal yang menyangkut pembentukan, pelaksanaan, perubahan dan atau pemutusan perjanjian, sekalipun tertuang dalam bentuk keputusan harus dinilai sebagai perbuatan hukum keperdataan. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang menyatakan bahwa keputusan tata usaha negara yang merupakan perbuatan hukum perdata tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara. Pengecualian ini tetap dipertahankan dalam Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Aturan dan prinsip hukum dalam hukum perikatan yang tertuang dalam Buku III BW dengan demikian berlaku bagi kontrak pemerintah di Indonesia.

Terkait dengan kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai pihak maka akan terkait dengan kekebalan pemerintah manakala digugat di muka pengadilan. Terdapat kekhawatiran seolah-olah karena kedaulatannya pemerintah negara tertentu dapat mengajukan eksepsi bahwa dirinya tidak dapat diadili dalam forum pengadilan negara lain.

Sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa ketika pemerintah memasuki hubungan kontraktual dalam skala privat, pemerintah mempunyai peran ganda (*double role*). Di satu sisi pemerintah kedudukannya seperti subjek privat lain, tetapi di sisi lain kedudukannya sebagai badan publik tidak terlepas. Ketika pemerintah menjalin perikatan dalam skala privat, maka sejak itu harus dinilai pemerintah menyatakan tunduk pada aturan privat

dalam situasi ini berlakulah segala konsekuensi hukum yang timbul akibat hubungan yang dibentuk itu, yaitu konsekuensi berlakunya prinsip dan aturan hukum dalam lapangan hukum perdata, baik yang bersifat materiil maupun formil. Hukum perikatan dalam banyak situasi menempati posisi yang dominan mengingat hubungan yang dibentuk hakikatnya adalah suatu perikatan.¹³¹

Perikatan menimbulkan hak dan kewajiban. Demikian pula dalam perikatan yang dibentuk oleh pemerintah, 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 di mana debitor tidak melaksanakan kewajiban kontraktualnya maka debitor tersebut bertanggung gugat. Tanggung gugat ini adalah tanggung gugat dalam hubungan kontraktual.¹³²

Pada dasarnya pemerintah tidak kebal, dengan demikian dapat digugat. Namun demikian, terdapat batasan tertentu dalam kaitan dengan tanggung gugat pemerintah ini. Batasan itu semula tertuang dalam ICW dan sesudahnya lebih ketat diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004. Dalam Pasal 65 ICW ditentukan, kecuali sesudah mendapat izin terlebih dahulu dari hakim tidak diperkenankan menyita¹³³:

¹³¹ Y. Sogar Simamora, Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip..., *op.cit.*, hlm. 72-73

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, hlm. 74.

1. Uang-uang negara, efek-efek atau surat-surat yang bernilai uang, yang berada pada badan-badan administrasi maupun pihak ketiga;
2. Uang-uang yang harus dibayar oleh pihak ketiga kepada negara;
3. Barang-barang bergerak, barang-barang dagangan dan perkakas rumah tangga kepunyaan Negara, dengan tidak memperdulikan apakah barang itu dimiliki atau digunakan oleh negara atau berada pada pihak ketiga; dan
4. Barang-barang tetap dan hak-hak kebendaan kepunyaan negara.

Sedangkan dalam Pasal 66 ICW diatur bahwa izin penyitaan harus diminta kepada Mahkamah Agung dengan mendengar penuntut umum (Kejaksaan Agung). Izin itu tidak diberikan, kecuali jika dengan singkat dapat dibuktikan bahwa penyitaan tersebut dapat dibenarkan. Izin itu menunjuk barang-barang mana yang boleh disita. Barang-barang, yang karena sifatnya ataupun tujuannya harus dianggap bukan barang untuk diperdagangkan oleh undang-undang maupun peraturan umum dinyatakan tidak dapat disita.¹³⁴

Dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004, maka ICW tidak berlaku. Sama seperti ICW, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 dimaksudkan sebagai landasan hukum dalam pengelolaan keuangan negara. Orientasinya dengan demikian adalah untuk melindungi keuangan negara. Ini nampak di antaranya dalam bagian yang mengatur tentang penyelesaian kerugian negara. Dalam angka 6 Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 ini disebutkan bahwa :

Untuk menghindari terjadinya kerugian keuangan negara/daerah akibat tindakan melanggar hukum atau kelalaian seseorang, dalam Undang-

¹³⁴ *Ibid.*

Undang Perbendaharaan ini diatur ketentuan mengenai penyelesaian kerugian negara/daerah. Oleh karena itu, dalam Undang-Undang Perbendaharaan ini ditegaskan bahwa setiap kerugian negara daerah yang disebabkan oleh tindakan melanggar hukum atau kelalaian seseorang harus diganti oleh pihak yang bersalah. Dengan penyelesaian kerugian tersebut negara/daerah dapat dipulihkan dari kerugian yang telah terjadi.

Prinsip yang terkandung dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 dengan demikian adalah menitikberatkan pada segi perlindungan terhadap kemungkinan timbulnya kerugian pada keuangan negara. Hak atas ganti rugi dengan demikian menjadi fokus utama. Tetapi kalau dicermati lebih jauh sebenarnya pembentuk Undang-Undang ini juga menyadari bahwa penyelenggaraan pemerintahan negara menimbulkan hak dan kewajiban. Konsekuensinya negara tidak hanya mempunyai hak tetapi juga kewajiban. Dengan demikian, di samping hak atas ganti rugi itu seharusnya diatur pula kewajiban untuk memberi ganti rugi.

Tidak seperti apa yang diatur dalam ICW yang masih memungkinkan dilakukannya penyitaan terhadap aset negara, sekalipun dengan izin dari Mahkamah Agung dan Jaksa Agung, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 secara mutlak melarang melakukan penyitaan terhadap aset negara. Pasal 50 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 menentukan bahwa : Pihak mana pun dilarang melakukan penyitaan terhadap :

- a. Uang atau surat berharga milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga;
- b. Uang yang harus disetor oleh pihak ketiga kepada negara/daerah;

- c. Barang bergerak milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga;
- d. Barang tidak bergerak dan hak kebadaan lainnya milik negara/Daerah
- e. Barang milik pihak ketiga yang dikuasai oleh negara/daerah yang diperlukan untuk penyelenggaraan tugas pemerintahan.

Kata “pihak manapun” dalam rumusan di atas mengandung makna termasuk setiap orang atau lembaga baik dalam yurisdiksi Indonesia atau di luar Indonesia. Dari sisi objeknya, praktis seluruh jenis benda yang menjadi aset negara baik bergerak maupun tidak bergerak tidak dapat disita. Benda-benda ini pada dasarnya merupakan jenis benda yang tidak dapat diperdagangkan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 1332 BW. Dalam kaitan dengan akibat hukum yang timbul dari suatu perikatan, prinsip larangan sita ini merupakan penyimpangan dari prinsip yang terkandung dalam Pasal 1131 *jo.* Pasal 1132 BW. Prinsip yang terkandung dari kedua Pasal ini adalah setiap benda milik debitor baik bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari menjadi tanggungan atas seluruh perikatan yang dibuat. Prinsip ini tidak berlaku dalam konteks kontrak yang dibuat oleh pemerintah dengan adanya larangan sita atas aset negara sebagaimana diatur dalam Pasal 50 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004.¹³⁵

Larangan sita terhadap aset negara tidak serta menjadikan pemerintah menjadi kebal dari gugatan perdata. Dalam banyak situasi, khususnya dalam perkara yang bersifat *contradictoir*, *petitum* penggugat memang mengandung

¹³⁵ *Ibid.* hlm. 76.

sifat penghukuman (*condemnatoir*). Jika gugatan itu dikabulkan, maka amar putusan yang bersifat *condemnatoir* inilah yang mempunyai daya eksekutorial. Manakala pihak debitor (tergugat) tidak bersedia melaksanakan putusan secara sukarela, maka dijalankan eksekusi dengan mengacu pada amar yang bersifat *condemnatoir* itu. Prosesnya setelah dalam masa peringatan tidak dipenuhi, maka berlanjut pada tahap sita eksekusi untuk selanjutnya dilakukan eksekusi.¹³⁶

Tanggung gugat yang lahir akibat tidak dipenuhinya kewajiban kontraktual melahirkan hak bagi kreditor untuk mengajukan gugatan atas dasar *wanprestasi*. Terdapat tiga jenis *petitum* yang dapat diajukan oleh kreditor, yaitu : pemenuhan, ganti rugi dan pembubaran perjanjian. Dua jenis *petitum* yang pertama bersifat *condemnatoir*. Dengan demikian, jika gugat pemenuhan dan ganti rugi itu dikabulkan, sementara debitor tidak dengan sukarela memenuhi putusan maka eksekusi dijalankan, sedangkan *petitum* pembubaran bersifat *constitutif*. Gugatan terhadap pemerintah dengan demikian kalau mengandung *petitum condemnatoir*, sekalipun dikabulkan oleh pengadilan tidak bisa dilakukan eksekusi. Dalam hal ini penggugat hanya mengharapkan itikad baik dari pemerintah untuk secara sukarela memenuhi isi putusan. Apabila situasi sebaliknya yang terjadi maka putusan tersebut hanya sekedar lembaran kertas yang tidak mempunyai kekuatan hukum untuk dilaksanakan. Dari gambaran ini nampak bahwa secara implisit ketentuan tentang larangan sita atas aset negara itu menunjukkan imunitas pemerintah.

¹³⁶ *Ibid.*

Kalaupun pemerintah dapat digugat dan kemudian dikabulkan oleh pengadilan, putusan hanya efektif untuk amar yang bersifat *constitutif*.¹³⁷

Dalam praktek pembuatan kontrak komersial dengan pemerintah, khususnya yang berskala internasional, imunitas diantisipasi dengan merumuskan klausula yang menegaskan bahwa pemerintah sebagai pihak akan melepaskan kekebalannya itu. Berikut ini adalah satu contoh klausula *Sovereign Immunity Waiver* dalam kontrak komersial yang melibatkan Pemerintah Indonesia sebagai kontraktan¹³⁸:

To the extent that any Party hereto may be or become entitle in any jurisdiction, to claim for itself or its revenue, assets or properties, state or sovereign immunity from service or process, from suit, from jurisdiction of any court or arbitral tribunal, from attachment prior to arbitral award or judgment, from attachment in aid of execution or enforcement of an arbitral award or judgment, from any preliminary, interim, interlocutory, conservatory, or injunctive relief granted by a court or arbitral tribunal (in an arbitration or otherwise), or from any other legal process, or to the extent that any such jurisdiction there may be attributed such a state or sovereign immunity (wether claimed or not), each Party there to irrevocably agrees not to claim, and hereby irrevocably waives, such state or sovereign immunity. Without limiting the generality of the foregoing, the Parties agree that the waivers set forth in this Section... shall have the fullest scope permitted

¹³⁷ *Ibid.* hlm. 76-77.

¹³⁸ *Ibid.* hlm. 77-78.

under the United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (the FSIA). This clause is without prejudice to any express or implied waiver of immunity under the FSIA or otherwise. The Parties unconditionally and irrevocably agree that the execution and delivery of this Agreement and other Principal Agreement constitute private and commercial acts.

Contoh klausula di atas merupakan jenis kontrak yang mengandung pengesampingan hak untuk eksepsi atas kekebalan di depan pengadilan. Implikasi larangan sita atas aset negara dalam kaitan dengan kontrak pemerintah yang dibuat dan tunduk pada hukum Indonesia, maka secara substansial pemerintah kebal atas tuntutan di muka hakim. Konsekuensi ini berlaku pula sekalipun terdapat klausula pelepasan hak atas kekebalan negara. Tetapi apabila dalam kontrak yang dimaksud terdapat klausula governing law yang menunjuk sistem hukum negara lain, aturan bahwa pemerintah sebagai kontraktan kebal dari tuntutan dapat disimpangi dengan mengatur klausula pengesampingan (waiver) yang menghapuskan hak bagi negara untuk menyatakan dirinya kebal.¹³⁹

Kontraktualisasi merupakan fenomena yang universal. Ini dimungkinkan karena adanya prinsip kebebasan berkontrak. Di satu sisi pemanfaatan instrumen hukum perdata ini penting bagi pemerintah dalam menjalankan fungsi pelayanan publik tetapi di sisi lain dapat menimbulkan persoalan hukum yang pelik karena garis batas antara kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik dan subjek hukum privat sulit ditentukan, lebih-lebih jika tidak terdapat legislasi yang secara khusus mengatur mengenai kontrak

¹³⁹ *Ibid.* hlm. 80.

komersial oleh pemerintah baik yang menyangkut keabsahannya maupun tanggung gugatnya. Terjadinya kekaburan ini dapat mengakibatkan timbulnya ketidakpastian hukum yang pada akhirnya dapat merugikan keuangan negara pada satu sisi dan pihak swasta dengan siapa pemerintah berkontrak. Dalam kaitan ini maka prinsip hukum yang patut diperhatikan dalam kontrak komersial oleh pemerintah adalah ¹⁴⁰:

1. Kewenangan pejabat dalam membuat dan menandatangani kontrak baik yang menyangkut limitasi, prosedur yang diperlukan maupun tanggung gugatnya;
2. Kontrak komersial oleh pemerintah merupakan kontrak privat dan bukan kontrak administratif sehingga terhadap jenis kontrak ini berlaku prinsip dan norma hukum kontrak dalam BW;
3. Sekalipun kontrak pemerintah merupakan kontrak privat, kedudukan pemerintah sebagai kontraktan membawa implikasi adanya larangan sita.

Dengan demikian sekalipun pemerintah tidak kebal dari gugatan tetapi pemerintah sebagai tergugat mempunyai kedudukan istimewa karena kepadanya tidak dapat dilakukan eksekusi riil pada fase pelaksanaan putusan.

Dalam situasi demikian itikad baiklah yang diharapkan dari pemerintah.

¹⁴⁰ *Ibid.* hlm. 82.

C. Lemahnya Perlindungan Hukum bagi Penyedia Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

Keabsahan kontrak merupakan hal yang esensial dalam hukum kontrak. Pelaksanaan isi kontrak, yakni berupa hak dan kewajiban, hanya dapat dituntut oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain, demikian pula sebaliknya, apabila kontrak yang dibuat itu sah menurut hukum. Dengan demikian, keabsahan kontrak sangat menentukan pelaksanaan. Kontrak yang sah tidak boleh diubah atau dibatalkan secara sepihak. Kesepakatan yang tertuang dalam kontrak karenanya menjadi aturan yang dominan bagi para pihak karena sampai saat ini belum ada undang-undang yang secara khusus mengatur mengenai kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai pihak.¹⁴¹

Pembentukan kontrak dalam transaksi yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia masih mengacu pada Pasal 1320 *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan berbagai keputusan presiden yang mengatur tentang pelaksanaan anggaran pendapatan dan belanja negara serta pedoman pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah. Implikasi dari situasi yang demikian ini tidak hanya pada persoalan kepastian hukum, tetapi dalam banyak hal justru membawa kerugian pada keuangan negara.

Dalam kaitan dengan kontrak yang dibuat oleh pemerintah, keabsahan merupakan isu hukum yang sangat penting. Di samping ditentukan oleh persyaratan pelelangan (tender), keabsahan kontrak juga ditentukan oleh

¹⁴¹ Y. Sogar Simamora, *Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip...*, *op.cit.*, hlm. 9-10.

isinya dan terpenuhinya syarat kewenangan pada pejabat dalam membuat dan menandatangani kontrak mewakili organ publik atau lembaga pemerintahan.

Dalam kaitan ini dapat dilihat misalnya, *Federal Acquisition Regulation* (FAR) Amerika Serikat atau *Directive* Uni Eropa dan juga hukum pengadaan di India yang mengatur secara lengkap aturan dan prosedur dalam pengadaan mulai dari tahap awal, yaitu proses pengadaannya sampai pada tahap penutupan dan pelaksanaan kontrak serta penyelesaian sengketa. Dalam keseluruhan tahapan ini diatur rambu-rambu hukum yang wajib ditaati baik oleh pejabat pengadaan maupun penyedia barang dan jasa. Demikian juga menyangkut aspek tanggung gugat (*liability*). Pada umumnya hal ini juga diatur secara khusus, karena erat kaitannya dengan perlindungan terhadap keuangan negara.¹⁴²

Aspek pengelolaan keuangan negara dan perlunya perhatian terhadap kepentingan umum merupakan hal yang juga penting dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah. Ini merupakan salah satu ciri yang membedakan kontrak pemerintah dengan kontrak privat.¹⁴³ Pada umumnya dalam suatu hubungan kontraktual selalu terdapat pemenuhan *prestasi* yang bertimbal balik. *Prestasi itu* di antaranya dalam bentuk pembayaran sejumlah uang.

Dalam kontrak pemerintah, pembayaran yang terjadi baik yang mengakibatkan pengeluaran atau penerimaan harus mengacu pada anggaran pendapatan dan belanja negara. Hal ini merupakan amanat konstitusi sebagaimana termaktub dalam Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang menyatakan bahwa : “Anggar-

¹⁴² *Ibid.*, hlm. 10-11.

¹⁴³ *Ibid.*, hlm. 12.

an pendapatan dan belanja negara sebagai wujud dari pengelolaan keuangan negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang dan dilaksanakan secara terbuka dan bertanggungjawab untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

Di samping melalui undang-undang tentang APBN, ketentuan ini dilaksanakan lebih lanjut dengan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. *Indische Comptabiliteitwet (ICW)*, *Staatsblad* tahun 1925 Nomor 448 yang sebelumnya merupakan landasan hukum bagi kontrak-kontrak yang dibuat oleh pemerintah telah dicabut dan dinyatakan tidak berlaku oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004.

Dari Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dapat dilihat bahwa pengelolaan keuangan negara, dengan demikian termasuk kontrak yang dibuat oleh pemerintah, mengacu pada prinsip transparansi dan akuntabilitas yang ditujukan untuk kemakmuran rakyat. Transparansi adalah prinsip yang sangat penting dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah. Penerapan prinsip ini utamanya ditujukan untuk melindungi keuangan negara. Konsekuensi dari penerapan prinsip ini adalah perlunya diberikan akses kepada publik atas segala produk hukum (*public accesibility of legal texts*) yang terkait dengan kontrak yang dibuat oleh pemerintah, sedangkan akuntabilitas dalam hal ini berorientasi pada hasil. Dalam konteks pengadaan oleh pemerintah, misalnya kontrak konstruksi, prinsip akuntabilitas juga harus diarahkan pada perlindungan keselamatan umum. Inspeksi oleh pemerintah atas pelaksanaan kontrak oleh kontraktor

untuk menentukan apakah persyaratan spesifikasi (dalam bestek) telah ditaati merupakan contoh tindakan dalam rangka melindungi keselamatan umum itu.¹⁴⁴

Prinsip transparansi dan akuntabilitas merupakan prinsip yang terkait erat satu dengan yang lain. Fungsinya adalah untuk menjamin perlindungan terhadap keuangan negara dan kepentingan umum agar tidak terjadi kerugian secara finansial maupun kemungkinan timbulnya ancaman terhadap keselamatan umum. Dikaitkan dengan pemahaman kontrak sebagai proses, maka daya kerja prinsip ini seharusnya berperan tidak saja pada tahap pra kontrak tetapi juga pada tahap pelaksanaan.

Kontrak oleh pemerintah pada umumnya dipahami bahwa jenis kontrak ini merupakan *species* dari kontrak privat. Oleh sebab itu, pada dasarnya prinsip dan norma hukum dalam hukum kontrak berlaku bagi kontrak pemerintah. Tetapi karena adanya faktor kepentingan umum dan terlibatnya anggaran negara membuat kontrak pemerintah tunduk pada batasan-batasan tertentu, baik yang terdapat dalam konstitusi maupun undang-undang. Dalam beberapa hal prinsip umum dalam hukum kontrak tidak berlaku bagi kontrak pemerintah atas alasan perlindungan kepentingan umum. Pandangan Sudjan berikut ini menarik untuk disimak : *“Thought the basic structure of a contract, offer and acceptance, would be of equal applicability to a government contract, yet in order to safeguard the public interest involved, certain strict compliance with the constitutional requirement of entering into a contract contained in the mandatory provision has to be*

¹⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 13-14.

complied with before a government contract can become legal, valid and enforceable”.¹⁴⁵

Sekalipun kontrak pemerintah bertujuan melindungi kepentingan umum, kontrak ini tetap saja bersifat komersial. Artinya, kedua belah pihak, baik pemerintah maupun penyedia barang/jasa berorientasi pada manfaat dari dibuat atau dilaksanakannya kontrak. Bagi penyedia barang dan jasa selaku mitra, jelas yang menjadi tujuan adalah memperoleh keuntungan. Oleh sebab itu dalam konteks kontrak pemerintah perlu pula pemikiran untuk memberikan perlindungan bagi pihak swasta secara wajar.

Pada umumnya dipahami bahwa dalam kontrak pemerintah hubungan antara pemerintah dengan mitranya tidak berada dalam kedudukan yang sama (*nebeneordnet*). Pemerintah selalu mempunyai kedudukan yang lebih tinggi (*untergeordnet*).¹⁴⁶ Situasi ini sifatnya universal. Di India misalnya, kontraktor yang telah melaksanakan kewajibannya akan menandatangani pernyataan berikut : “*I have no claim against the government*”, sebelum menerima pembayaran.¹⁴⁷

Dalam kontrak yang terkait dengan investasi asing, misalnya kontrak *production sharing* yang dibuat oleh Pertamina, kontrak menjadi tidak seimbang karena beberapa faktor dari pihak pemerintah seperti ternyata dari pernyataan berikut : “... *Contracts become unbalanced as a result of host governments trying to over regulate the industry, ostensibly to safeguard their*

¹⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 14.

¹⁴⁶ Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Dengan Pemerintah (Government Contract)*, Dalam *Hukum Kontrak Di Indonesia*, Proyek Elips, Jakarta, 1998, hlm. 159.

¹⁴⁷ Y. Sogar Simamora, *Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip...*, *op.cit.*, hlm. 15

*mandate, and it is only when operations subsequently grind to a halt that effort are made to deregulate or re-regulate”.*¹⁴⁸

Dalam pada itu, klausula baku maupun kontrak baku, seperti dalam kontrak komersial yang lain, merupakan praktek yang lazim dalam kontrak pemerintah. Penyedia barang dan jasa atau kontraktor dihadapkan pada situasi *take it or leave it*. Manakala kontrak itu diterima, maka syarat dan kondisi dalam kontrak berlaku dan mengikat sekalipun isinya berat sebelah. Kontrak yang demikian ini lazim dikategorikan sebagai kontrak adhesi (*adhesion contract*). Dalam hal terdapat ambiguitas pada isi kontrak yang menimbulkan perbedaan penafsiran, maka penafsiran dilakukan demi kerugian pihak perancang. Inilah yang disebut *contra proferentem rule*.

Namun demikian, bagi penyedia barang/jasa hal ini tidak banyak manfaatnya. Situasi yang demikian ini timbul karena adanya desakan elemen hukum publik ke dalam hubungan kontraktual yang melibatkan pemerintah. Hubungan hukum yang pada dasarnya bersifat keperdataan mengandung warna publik karena kapasitas pemerintah sebagai kontraktan. Dalam kaitan ini Bernard Rudden menyatakan bahwa :

In theory, procurement contracts are governed by the general law this, however, does not provide for many of the powers and liabilities appropriate to public contracts - powers of unilateral variations with revision of the price, powers of unilateral termination, penalty clauses and the like Consequently,

¹⁵⁰ *Ibid.*

*the contracts are negotiated against a background of and are almost invariably concluded upon, standard terms.*¹⁴⁹

Kontrak yang dibuat oleh pemerintah memerlukan perhatian terutama menyangkut pengaruh yang kuat dari konsep hukum publik terhadap kontrak yang sifatnya komersil. Urgensi studi tentang kontrak pemerintah lebih jauh dikemukakan oleh Beatson dan Friedmann bahwa : *“The reason for this is not contracts of public authorities are unimportant, either in practical or in doctrinal terms and the difficulties in stating the modifications to contract law that obtain in such cases suggest that they merit further detailed study particularly since ... the fragility, of the line between what is public and what is private”*.¹⁵⁰

Studi tentang kontrak pemerintah dengan demikian juga diarahkan untuk memberikan perlindungan bagi penyedia barang dan jasa secara proporsional dengan kepentingan terhadap perlindungan bagi keuangan negara dan kepentingan umum. Dalam kaitan inilah diperlukan instrumen hukum yang dapat mengakomodir kepentingan kedua belah pihak, yakni instrument hukum yang di dalamnya terkandung perpaduan antara prinsip-prinsip hukum dalam lapangan hukum perdata, khususnya hukum perikatan, dengan prinsip dalam lapangan hukum publik.

Kontrak pengadaan oleh pemerintah pada dasarnya merupakan spesies dari kontrak privat pada umumnya. Prinsip dan aturan dalam hukum kontrak berlaku bagi kontrak oleh pemerintah, termasuk kontrak pengadaan. Dengan tidak mengesampingkan prinsip yang lain, kebebasan berkontrak merupakan

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

prinsip terpenting dalam hukum kontrak di samping prinsip itikad baik. Dalam kaitan dengan tujuan pemberian perlindungan yang seimbang bagi para pihak dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah, di samping prinsip transparansi perlu pula pemikiran menyangkut penerapan prinsip proporsionalitas (*proportionality principle*).

Sebagai konsekuensi pemanfaatan instrumen hukum perdata oleh pemerintah, khususnya hukum kontrak, dalam pengelolaan urusan pemerintahan yang lazim disebut sebagai kontraktualisasi (*contractualization*), terjadi percampuran antara elemen privat dan publik dalam hubungan kontraktual yang terbentuk.¹⁵¹ Kontrak yang dibuat oleh pemerintah karenanya mempunyai karakteristik yang berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Implikasi adanya percampuran elemen privat dan publik itu tidak saja mengenai keabsahan dalam pembentukan kontrak, tetapi juga pada aspek pelaksanaan serta penegakkan hukumnya (*enforcement of the contract*). Adanya unsur hukum publik inilah yang menyebabkan aturan dan prinsiphukum dalam kontrak privat tidak sepenuhnya berlaku bagi kontrak yang dibuat oleh pemerintah.¹⁵²

Dalam berbagai kepustakaan, *government contract* pada umumnya dipahami sebagai kontrak yang di dalamnya pemerintah terlibat sebagai pihak dan objeknya adalah pengadaan barang dan jasa. *Government contract* dengan demikian diberi makna sama dengan *procurement contract*. Ke dalam bahasa Indonesia, *government contract* ada yang menterjemahkan menjadi “perjanji-

¹⁵¹ Philipus M. Hadjon, Pengantar Hukum..., *op. cit.*, 2002, hlm. 166

¹⁵² Y. Sogar Simamora, Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip..., *op.cit.*, hlm. 41-42.

an dengan pemerintah”,¹⁵³ “perjanjian dengan penguasa”¹⁵⁴ atau “kontrak yang diadakan oleh pemerintah”¹⁵⁵. Istilah *government contract* menurut Y. Sogar Simamora lebih tepat 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. Secara universal dipahami bahwa dalam “*government contract*” memang pemerintah dilihat sebagai subjek, dan untuk itu tidak lazim istilah “*contract by government*”. Oleh sebab itu lebih tepat kalau “*government contract*” cukup diterjemahkan menjadi kontrak pemerintah.¹⁵⁶

Kontrak pengadaan merupakan jenis kontrak yang rutin dilakukan oleh pemerintah untuk memenuhi aneka kebutuhan dalam penyelenggaraan kegiatan pemerintahan. Objek pengadaan sangat beragam seiring dengan perkembangan zaman. Demikian pula metode yang digunakan dalam melakukan pengadaan dan jenis hubungan hukum yang dibentuk. Pengadaan juga merupakan proses yang di dalamnya terdapat tahapan-tahapan yang diawali penentuan kebutuhan sampai pada pembayarannya kepada pemasok atau kontraktor. Di dalamnya terdapat syarat, prosedur dan standar tertentu yang harus dipenuhi. Persoalan pengadaan tidak saja melibatkan aspek hukum, ekonomi dan politik tetapi juga seni. Lebih jauh Keyes mengatakan bahwa ¹⁵⁷:

¹⁵³ Mariam Darus Badruzaman, *loc.cit.*

¹⁵⁴ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perdata (Hukum Perutangan Bagian B)*, Seleksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 1980, hlm. 9.

¹⁵⁵ Soebagijo Soemodihardjo, *Kontrak-Kontrak yang Diadakan Oleh Pemerintah (Government Contract)*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, 1994, hlm. 39.

¹⁵⁶ Y. Sogar Simamora, *Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip...*, *op.cit.*, hlm. 42-43.

¹⁵⁷ *Ibid.*

It includes all types of commitments which obligate the government to an expenditure of funds and which, except as otherwise authorized, are in writing. Optimum procurement is an art. Generally speaking, the art of procurement by a public body is similar to the other business arts, such as accounting; that is, there are standards applicable regardless of who does the procuring—the federal, the state, or any local government and private parties.

Memberikan batasan pengadaan bukan hal yang mudah. GPA bahkan tidak memberikan batasan tentang hal ini. Dalam model hukum UNCITRAL tentang pengadaan barang dan jasa, *procurement* diartikan sebagai *the acquisition by any means of goods, construction or services*. Artikel 2 huruf c model hukum ini selanjutnya mendefinisikan barang (goods) sebagai berikut :
“*Good means objects of every kind and description including raw materials, product and equipment and objects in solid, liquid or gaseous form, and electricity, as well as incidental to the supply of the goods if the value of those incidental services does not exceed that of the goods themselves*”, sementara itu konstruksi (*contruction*) didefinisikan dalam Artikel 2 huruf d sebagai berikut ¹⁵⁸:

Constructions means all work associated with the construction, reconstruction, demolition, repair or renovation of a building, structure or works, such as site preparation, excavation, erection, building, installation of equipment or materials, decoration and finishing, as well as services incidental to construction such as drilling, mapping, satellite photography, seismic investigations and similar services provided pursuant to the procurement

¹⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 43-44.

contract, if the value of those services does not exceed that of the construction itself.

Sedangkan jasa (*services*) dalam Artikel 2 huruf e diartikan sebagai objek pengadaan di luar barang dan konstruksi.¹⁵⁹

Di Indonesia batasan kontrak pengadaan dapat ditelusuri dari peraturan yang mengatur pedoman pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah. Dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018, tidak dirumuskan batasan kontrak pengadaan. Terdapat batasan kontrak, tetapi dipisahkan dari batasan pengadaan. Pasal 1 angka 1 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, menyatakan : “Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan Pengadaan Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan”. Batasan kontrak dirumuskan dalam Pasal 1 angka 44 Perpres Nomor 16 Tahun 2018 yang menyatakan bahwa : “Kontrak Pengadaan Barang/Jasa yang selanjutnya disebut Kontrak adalah perjanjian tertulis antara PA/KPA/PPK dengan Penyedia Barang/Jasa atau pelaksana Swakelola”.

Dengan demikian, kontrak pengadaan yang dimaksud oleh Perpres Nomor 12 Tahun 2021 adalah perjanjian dalam bentuk tertulis antara Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) pada Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi dengan penyedia barang/jasa atau pelaksana swakelola.

¹⁵⁹ *Ibid.*

Untuk memperoleh gambaran lengkap objek pengadaan diperlukan pemahaman apa yang dimaksud barang dan jasa. Pasal 1 angka 29 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, menyatakan bahwa : “Barang adalah setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh Pengguna Barang”. Pasal 1 angka 30 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, menyatakan bahwa : “Pekerjaan Konstruksi adalah keseluruhan atau sebagian kegiatan yang meliputi pembangunan, pengoperasian, pemeliharaan, pembongkaran, dan pembangunan kembali suatu bangunan”. Pasal 1 angka 31 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, menyatakan bahwa : “Jasa Konsultansi adalah jasa layanan profesional yang membutuhkan keahlian tertentu diberbagai bidang keilmuan yang mengutamakan adanya olah pikir”. Pasal 1 angka 32 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, menyatakan bahwa : “Jasa Lainnya adalah jasa non-konsultansi atau jasa yang membutuhkan peralatan, metodologi khusus, dan/atau keterampilan dalam suatu sistem tata kelola yang telah dikenal luas di dunia usaha untuk menyelesaikan suatu pekerjaan”.

Substansi kontrak pemerintah sesungguhnya bukan hanya menyangkut pengadaan barang dan jasa. Dalam situasi lain pemerintah dapat juga melakukan hubungan kontraktual sekalipun tujuannya bukan dalam rangka pengadaan barang dan jasa. Ini dapat dilihat ketika pemerintah bertindak dalam kapasitas sebagai penjual atau pemasok (*the State as supplier*) terutama dalam fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik (*public utilities*) atau dalam skala yang lebih luas, yakni manakala pemerintah bertindak sebagai

pelaku kegiatan ekonomi. Kontrak-kontrak yang demikian ini juga disebut sebagai kontrak non-pengadaan.¹⁶⁰

Kontrak non-pengadaan telah dikenal luas dan diterapkan oleh banyak negara. Di Amerika Serikat misalnya, kontrak pemerintah meliputi pula objek non-pengadaan misalnya ketika pemerintah menjadi pihak dalam suatu surat berharga (*commercial paper*) atau ketika mengikatkan diri dalam suatu perusahaan komersial (*commercial enterprises*). Juga di Inggris, kontrak pemerintah meliputi pula kontrak yang tidak bersifat pengadaan misalnya kontrak yang dibuat oleh perusahaan negara (*public corporations*) tertentu terutama yang bergerak di bidang rumah sakit atau riset dan pengembangan nuklir, seperti dikatakan Turpin berikut ini : *“They acts as agents of the Secretary of State for social Services and are probably to be regarded as servants of the Crown. The Boards regularly receive direction and guidance from the Minister in matters of contracting policy and procedure”*.

Kontrak pemerintah dengan demikian dapat berupa kontrak pengadaan dan kontrak non-pengadaan. Perbedaan itu terletak pada tujuan pembuatan kontrak. Kontrak pengadaan jelas dimaksudkan untuk pengadaan barang dan jasa, sedangkan kontrak non-pengadaan bukan dalam rangka pengadaan melainkan, dalam banyak hal, untuk pelayanan publik. Dalam perspektif Indonesia perbedaan itu meliputi juga perbedaan dari sisi anggaran. Dari sisi ini, kontrak pengadaan merupakan kontrak yang menimbulkan beban pembayaran, sedangkan kontrak non-pengadaan pada umumnya merupakan kontrak yang menghasilkan pemasukan. Kontrak non-pengadaan oleh

¹⁶⁰ *Ibid.*, hlm. 46-47

pemerintah meliputi berbagai macam jenis. Melalui prinsip kebebasan ber-kontrak pemerintah dapat mengikatkan diri ke dalam jenis kontrak apapun baik yang tergolong sebagai perjanjian bernama maupun perjanjian tidak bernama atau perjanjian campuran. Seperti halnya kontrak pengadaan, tidak ada undang-undang yang secara khusus mengatur jenis kontrak ini. Tetapi secara sporadis kontrak yang tergolong non-pengadaan ini dapat dijumpai aturannya dalam ¹⁶¹:

1. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 1986 tentang Penyertaan Modal Daerah Pada Pihak Ketiga;
2. Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 1998 tentang Perusahaan Perseroan (Persero);
3. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2002 tentang Surat Utang Negara, sebagaimana diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2001;
4. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara;
5. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara;
6. Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur, sebagaimana diubah dengan Perpres Nomor 13 Tahun 2010 (perubahan kesatu) dan Perpres Nomor 56 Tahun 2011 (perubahan kedua), dan lain-lain.

Dalam Pasal 3 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 1986 tentang Penyertaan Modal Daerah Pada Pihak Ketiga dapat dijumpai lima jenis kontrak ini, yakni : Kontrak Manajemen, Kontrak Produksi, Kontrak Bagi Keuntungan, Kontrak Bagi Hasil Usaha dan Kontrak Bagi Tempat Usaha.

¹⁶¹ *Ibid.*, hlm. 47-48

Dalam bagian penjelasan Permendagri Nomor 3 Tahun 1986 diberi pula penjelasan tentang pengertian dari masing-masing jenis kontrak di atas. Kontrak Manajemen merupakan kontrak di mana daerah mempunyai modal dalam bentuk barang untuk suatu usaha komersial, sedang pengelolaannya dilakukan oleh pihak ketiga dengan ketentuan bahwa pihak ketiga akan menerima imbalan atas jasanya yang diperhitungkan dari hasil usaha dimaksud. Kontrak Produksi adalah kontrak di mana daerah mempunyai modal dalam bentuk barang untuk suatu usaha komersial sedang pengelolaannya dilakukan oleh pihak ketiga dengan ketentuan, antara lain : pihak ketiga menyediakan modal investasi dan atau modal kerja, pihak ketiga diwajibkan membayar sejumlah uang (*royalty*) kepada pihak pemerintah daerah sesuai dengan perjanjian dan untung rugi dalam berusaha menjadi tanggung jawab pihak ketiga. Kontrak Bagi Keuntungan dimaknai sebagai kontrak di mana daerah mempunyai modal dalam bentuk barang dan/atau hak atas barang untuk usaha komersial, sedang pengelolaannya dilakukan oleh pihak ketiga dengan ketentuan, antara lain : pihak ketiga harus menyediakan modal investasi dan atau modal kerja, pihak ketiga bertanggungjawab atas kelancaran jalannya usaha, dan hasil usaha atau keuntungan dibagi antara pihak pemerintah daerah dengan pihak ketiga sesuai dengan prosentase yang ditetapkan dalam perjanjian. Sementara itu Kontrak Bagi Hasil Usaha merupakan kontrak di mana pihak ketiga menginvestir terlebih dahulu modal/ peralatan dan lain-lain sarana yang diperlukan sehingga usaha dimaksud mampu berproduksi dan beroperasi. Pengelolaan usaha dilakukan oleh pemerintah daerah *c.q.* badan pengelolaan usaha yang berupa barang-barang

produksi dibagi antara pihak pemerintah daerah dengan pihak ketiga sesuai dengan prosentase yang ditetapkan dalam perjanjian. Kontrak Bagi Tempat Usaha adalah kontrak di mana daerah mempunyai sebidang tanah yang berstatus Hak Pengelolaan (HP) dan memungkinkan untuk mendirikan tempat usaha, sedang untuk membangunnya diserahkan kepada pihak ketiga dengan persyaratan yang saling menguntungkan, yakni ¹⁶²:

1. Semua biaya penyelesaian bangunan tempat usaha dimaksud menjadi tanggung jawab pihak ketiga;
2. Sebagian dari tempat usaha yang sudah dibangun dimanfaatkan atau dikelola oleh pihak ketiga, sedang sebagian lainnya dimanfaatkan dan atau ditentukan statusnya oleh pihak pemerintah daerah;
3. Atas bangunan yang dibangun oleh pihak ketiga tersebut diberikan sertifikat Hak Guna Bangunan (HGB) di atas tanah HPL;
4. Bangunan yang dibangun tersebut masuk dalam inventaris daerah;
5. Kepada pihak ketiga diberikan wewenang penuh untuk mengelola bagian gedung tersebut seumur Hak Guna Bangunan yang diberikan;
6. Seluruh bangunan tersebut menjadi milik daerah setelah berakhir Hak Guna Bangunan yang bersangkutan.

Di samping lima jenis kontrak tadi, kontrak non-pengadaan oleh pemerintah dapat dilakukan berdasarkan Pasal 24 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara. Hubungan kontraktual dapat terjadi karena adanya pinjaman, hibah dan penyertaan modal kepada perusahaan

¹⁶² *Ibid.*, hlm. 49-50

negara atau perusahaan daerah dan penjualan dan/atau privatisasi perusahaan negara atau perusahaan daerah.

Kontrak yang dilakukan oleh pemerintah dalam kapasitas sebagai pemegang saham dari suatu BUMN, misalnya kontrak-kontrak yang terkait dengan pengalihan saham, merupakan kontrak non-pengadaan. Sedangkan kontrak yang dibuat oleh BUMN, dalam hal ini Persero tidak termasuk dalam kategori kontrak pemerintah karena status Persero merupakan badan hukum privat. Dengan demikian, harus dipisahkan kedudukan pemerintah sebagai pemegang saham di satu sisi dengan kedudukan BUMN dalam mana pemerintah melakukan penyertaan modal. Pemisahan ini perlu sebab aturan hukum yang berlaku bagi kontrak yang dibuat oleh pemerintah sebagai pemegang saham BUMN berbeda dengan aturan kontrak yang dibuat oleh BUMN sebagai *legal entity*. Perbedaan itu terutama terletak pada aspek kewenangan dan tanggung gugat, di samping perbedaan dalam prosedur pembentukan kontrak.¹⁶³

Kasus penjualan saham negara pada PT. Semen Gresik (Persero) Tbk. oleh pemerintah kepada Cemex merupakan contoh kontrak non-pengadaan oleh pemerintah karena di samping tujuan dibuatnya kontrak bukan dalam rangka pengadaan barang dan jasa melainkan pengalihan saham, juga dari sisi anggaran bukan merupakan pengeluaran. Dengan demikian, sekalipun dalam kontrak ini pemerintah terlibat sebagai pihak, aturan tentang pengadaan

¹⁶³ *Ibid.*, hlm. 50

barang dan jasa oleh Pemerintah dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 tidak dapat diberlakukan.¹⁶⁴

Dalam kajian tentang kontrak pengadaan oleh pemerintah pemahaman tentang siapa yang dimaksud pemerintah merupakan sasaran yang esensial, tidak saja karena kedudukan pemerintah yang istimewa sebagai kontraktan tetapi juga untuk menentukan wilayah penerapan hukum tentang pengadaan barang dan jasa oleh instansi pemerintah. Memahami apa yang dimaksud sebagai pemerintah mungkin tidak terlalu sulit, tetapi memberikan definisi merupakan usaha yang tidak mudah karena definisi selalu saja tidak dapat mencakup seluruh sisi dan karenanya tidak pernah memuaskan.

Secara teoretik dan praktik, terdapat perbedaan antara pemerintah dengan pemerintahan. Pemerintahan adalah *bestuurvoering* atau pelaksanaan tugas pemerintah, sedangkan pemerintah ialah organ/alat atau aparat yang menjalankan pemerintahan.¹⁶⁵

Pemerintahan dapat diartikan sebagai keseluruhan lingkungan jabatan dalam suatu organisasi. Dalam organisasi negara, pemerintahan sebagai lingkungan jabatan adalah alat-alat kelengkapan negara seperti jabatan eksekutif, jabatan legislatif, jabatan yudikatif, dan jabatan suprastruktur lainnya. Jabatan-jabatan ini menunjukkan lingkungan kerja tetap yang berisi wewenang tertentu dalam memberikan kekuasaan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Karena itu, jabatan eksekutif, jabatan legislatif, jabatan yudikatif, dan jabatan-jabatan lainnya sering juga disebut kekuasaan eksekutif,

¹⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 50-51

¹⁶⁵ Nata Saputra, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali, Jakarta, 1988, hlm. 4.

kekuasaan legislatif, dan kekuasaan yudikatif. Pemerintahan yang dikemukakan di atas dapat disebut sebagai pemerintahan dalam arti umum atau arti luas (*government in the broad sense*).¹⁶⁶

Pemerintah dalam arti sempit adalah organ/alat perlengkapan negara yang disertai tugas pemerintahan atau melaksanakan undang-undang, sedangkan dalam arti luas mencakup semua badan yang menyelenggarakan semua kekuasaan di dalam negara, baik kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan legislatif dan yudikatif.¹⁶⁷

Dalam berbagai kepustakaan, istilah pemerintahan disebutkan memiliki dua pengertian, yaitu sebagai fungsi dan sebagai organisasi, "*Bestuurals functie - dat wil zeggen het besturen - is de uitoefening van bestuurstaak. In de woorden van Donner, 'de ambtelijke behartiging van openbare belangen door de openbare dienst' . Onder het (openbaar) bestuur als orgaan worden al die organen uit de overheidsorganisatie samengevat die belast zijn met de uitoefening van de bestuurstaak*", (pemerintahan sebagai fungsi, yakni aktivitas memerintah - adalah melaksanakan tugas-tugas pemerintahan. Dalam istilah Donner, penyelenggaraan kepentingan umum oleh dinas publik. Pemerintahan [umum] sebagai organ adalah kumpulan organ-

¹⁶⁶ agir Manan, Menyongsong Fajar Otonomi Daerah, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 2002, hlm. 101.

¹⁶⁷ 237 S.F. Marbun dan Moh. Mahfud, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, 1987, hlm. 8.

organ dari organisasi pemerintahan yang dibebani dengan pelaksanaan tugas pemerintahan).¹⁶⁸

Menurut Soehardjo, pemerintahan sebagai organisasi bilamana 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 kita meneliti ketentuan-ketentuan yang mengatur apa dan cara tindakan aparat pemerintah sesuai dengan kewenangan masing-masing.¹⁶⁹

Fungsi pemerintahan itu dapat ditentukan sedikit banyak dengan menempatkannya dalam hubungan dengan fungsi perundang-undangan dan peradilan. Pemerintahan dapat dirumuskan secara negatif sebagai segala macam kegiatan penguasa yang tidak dapat disebutkan sebagai suatu kegiatan perundang-undangan atau peradilan.¹⁷⁰

Sering istilah pemerintah digunakan sebagai sinonim untuk negara, atau sebaliknya. Secara etimologis ini tidak benar, sekalipun memang fungsi negara nampak jelas dari apa yang dilakukan oleh pemerintah. Oleh sebab itu, dalam konteks kajian kontrak pemerintah pengertian pemerintah harus dipahami dalam arti organisasi pemerintahan atau kumpulan dari kesatuan- kesatuan

¹⁶⁸ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Kedua, UII Press, Yogyakarta, 2003, hlm. 21.

¹⁶⁹ Soehardjo, *Hukum Administrasi Negara, Pokok-pokok Pengertian serta Perkembangannya di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1991, hlm. 11.

¹⁷⁰ Philipus M. Hadjon, et.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1993, hlm. 6.

pemerintahan dan bukan dalam pengertian fungsi pemerintahan atau kegiatan memerintah.¹⁷¹

Dalam berbagai buku teks tentang kontrak pemerintah istilah pemerintah memang tidak lazim didefinisikan melainkan hanya penjelasan mengenai kewenangan, baik kewenangan pemerintah pusat dan lokal/daerah, maupun kewenangan yang bersifat tegas (*expressly*) dan tersirat (*impliedly*). Begitu juga dalam undang-undang tentang kontrak pemerintah di beberapa negara, tidak ada perumusan secara eksplisit tentang pengertian pemerintah.

Di Indonesia pun secara eksplisit tidak ditemukan batasan tentang pemerintah, baik dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 maupun undang-undang. Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 memberikan batasan pemerintah sebagai “pemerintah pusat dan/atau pemerintah daerah”. Apa yang dimaksud pemerintah pusat dan daerah masih memerlukan penjelasan lebih lanjut.

Sejauh yang menyangkut kontrak pengadaan belum ditemukan ketentuan yang menentukan siapa yang disebut pemerintah. Dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018, juga keppres dan perpres sebelumnya yang mengatur tentang pelaksanaan pengadaan oleh pemerintah, tidak secara tegas menyebutkan pengertian pemerintah, kecuali Pasal 1 angka 2 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, yang menyebutkan bahwa : “Kementerian Negara yang selanjutnya disebut Kementerian adalah perangkat pemerintah yang membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan”. Pasal 1 angka 3 Perpres Nomor 12 Tahun 2021,

¹⁷¹ Philipus M. Hadjon, Pengantar Hukum..., op. cit., 2002, hlm. 6-7.

menyebutkan bahwa : “Lembaga adalah organisasi non-Kementerian Negara dan instansi lain pengguna anggaran yang dibentuk untuk melaksanakan tugas tertentu berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau peraturan perundang-undangan lainnya”. Pasal 1 angka 4 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, menyebutkan bahwa : “Perangkat Daerah adalah unsur pembantu Kepala Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dalam penyelenggaraan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah”. Pasal 1 angka 5 Perpres Nomor 12 Tahun 2021, menyebutkan bahwa : “Pemerintah Daerah adalah kepala daerah sebagai unsur penyelenggara Pemerintahan Daerah yang memimpin pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah otonom”.

Sebagaimana individu melakukan usaha guna memenuhi kebutuhan dan kepentingan pribadinya, pemerintah juga dituntut untuk memenuhi kebutuhan publik (*public interest*) secara permanen dan konstan. Seperti halnya individu melakukan hubungan kontraktual dalam memenuhi kebutuhannya, maka pemerintah pun melakukan hal yang sama. Pola kontraktualisasi ini digunakan oleh pemerintah sebagai salah satu cara dalam melaksanakan fungsinya di samping tindakan-tindakan sepihak (*unilateral acts*) yang didasarkan pada kewenangan dan perintah (*authority and command*).

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 yang diciptakan 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 pemerintahan.¹⁷² Suatu kegiatan atau program pemerintah yang boleh jadi cukup sulit dilaksanakan dengan tindakan yang bersifat sepihak, mendapatkan kemudahannya melalui penggunaan instrumen hukum perdata. Dalam perjalanannya kemudian, kalangan pemerintahan telah 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 dikatakan oleh Collins bahwa : *“Government through contracts therefore represents change in the culture of public administration, from a stance of benevolent and responsive hierarchy to one of precise, delimited, delivery of efficient services”*.¹⁷³

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, setuju atau tidak. Sama sekali tertutup kemungkinan melakukan penawaran balik. Kontrak baku yang secara luas digunakan dalam praktek kontrak pemerintah dengan demikian hanya menyisakan sedikit hak bagi kontraktor, selebihnya adalah kewajiban yang harus dipatuhi. Kontrak pemerintah yang pada umumnya dikatakan berkekuatan sebagai peraturan itu tercermin dalam kontrak baku yang tergolong ke dalam kontrak adhesi (*adhesion contract*).

¹⁷² Indroharto, *op.cit.*, hlm. 112.

¹⁷³ Y. Sogar Simamora, Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip..., *op.cit.*, hlm. 60-61

Perjanjian baku sudah dikenal luas oleh dunia usaha perdagangan. Di luar negeri dikenal beberapa istilah untuk perjanjian baku ini, diantaranya di negeri Belanda disebut dengan “*standaard contract*” atau “*estandaard voorwaarden*”, di Jerman dikenal dengan “*standaardvertrag*” atau “*standaardkonditionen*”, dan di Inggris serta negara-negara Anglo Saxon dikenal dengan istilah “*standard forms of contract*”. Di Indonesia kadang kala juga digunakan istilah “kontrak baku”, “kontrak standar”, serta “perjanjian standar” yang mempunyai arti : sesuatu yang dipakai sebagai dasar ukuran (nilai, harga, dan sebagainya).

Menurut Hondius perjanjian baku adalah : “*Standaard voorwaarden zijn schriftelijke koncept bedingen welke zijn opgesteeld omzonder onderhandelingen omtrent hun inhoud opgenomen to worden in een gewoonlijk onbepaald aantal nog to sluiten overeenkomsten van bepaald aard*”. Artinya : “Perjanjian baku adalah konsep janji tertulis, disusun tanpa membicarakan isinya dan lazimnya dituangkan ke dalam sejumlah tak terbatas perjanjian yang sifatnya tertentu.”¹⁷⁴

Drooglever Fortuijn merumuskan perjanjian baku adalah perjanjian yang bagian isinya penting dituangkan dalam susunan janji-janji,²⁵⁶ sedangkan Purwosutjipto berpendapat bahwa kontrak baku adalah perjanjian

¹⁷⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Perlindungan Hukum Terhadap Konsumen Dilihat Dari Sudut Perjanjian Baku (Standar)*, Makalah, Simposium Aspek-aspek Hukum Masalah Perlindungan Konsumen, Binacipta, Jakarta, 1986, hlm. 58.

yang dibuat dalam bentuk formulir yang sudah dicetak rapi dengan tempat-tempat kosong, yang harus diisi oleh pihak-pihak.¹⁷⁵

Purwahid Patrick menegaskan bahwa syarat-syarat baku dalam perjanjian adalah syarat-syarat konsep tertulis yang dimuat dalam beberapa perjanjian yang masih akan dibuat, yang jumlahnya tidak tertentu, tanpa merundingkan lebih dulu isinya. Syarat-syarat baku tersebut umumnya juga dinyatakan sebagai perjanjian baku.¹⁷⁶

Meskipun pengertian perjanjian baku itu bermacam-macam, namun sebagai pegangan dapat dikemukakan ciri-ciri perjanjian baku sebagaimana dikemukakan oleh Mariam Darus Badruzaman sebagai berikut¹⁷⁷ :

1. Isinya ditetapkan secara sepihak oleh pihak yang posisi (ekonominya) kuat;
2. Masyarakat (debitor) sama sekali tidak ikut bersama-sama menentukan isi perjanjian;
3. Terdorong oleh kebutuhannya, debitor terpaksa menerima perjanjian itu;
4. Bentuk tertentu;
5. Dipersiapkan terlebih dahulu secara massal dan kolektif.

¹⁷⁵ Purwosutjipto, Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia, Seri 4 Tentang Hukum Jual Beli Perusahaan, Jembatan, Jakarta, 1981, hlm. 8.

¹⁷⁶ Purwahid Patrik, Hukum Perdata II, Perikatan yang Lahir Dari Perjanjian dan Undang-Undang Jilid I, FH Undip, Semarang, 1988, hlm. 2.

¹⁷⁷ Mariam Darus Badruzaman, Perlindungan Hukum Terhadap Konsumen Dilihat Dari Sudut Perjanjian Baku (Standar), Makalah, Simposium Aspek-aspek Hukum Masalah Perlindungan Konsumen, Binacipta, Jakarta, 1986, hlm. 65.

Perjanjian baku menurut Sudaryatmo mempunyai ciri-ciri sebagai berikut ¹⁷⁸:

1. Perjanjian sepihak oleh produsen yang posisinya lebih kuat dari konsumen;
2. Konsumen sama sekali tidak dilibatkan dalam menentukan isi perjanjian;
3. Dibuat dalam bentuk tertulis dan massal;
4. Konsumen terpaksa menerima isi perjanjian karena didorong oleh kebutuhan.

Perjanjian standar tersebut Pitlo dianggap sebagai suatu “*dwang contract*” karena kebebasan pihak yang dijamin Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara sudah dilanggar. Pihak yang lemah (debitor) terpaksa menerima hal ini sebab tidak mampu berbuat lain. Pihak yang lemah mau tidak mau terikat (*take it or leave it*).¹⁷⁹

Dwangcontract adalah perjanjian yang mempunyai sifat memaksa, yaitu memaksa pihak yang lemah ekonomi maupun sosialnya untuk menyetujui isi perjanjian yang telah ditentukan oleh salah satu pihak dan pihak lain tinggal menyetujuinya. Terhadap perbuatan yang semacam ini di mana kreditor secara sepihak menentukan isi perjanjian standar oleh Bluyter

¹⁷⁸ Sudaryatmo, Masalah Perlindungan Konsumen Di Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 93.

¹⁷⁹ Sudikno Mertokusumo, *Derdenwerking dan Schadevergoeding*, Dewan Kerja sama Ilmu Hukum Belanda Indonesia, Yogyakarta, 1988, hlm. 8.

dipandang secara material melahirkan *legio particuliere wetgevers* atau pembentuk undang-undang swasta.¹⁸⁰

Hal yang perlu diatur dalam perjanjian baku adalah aturan-aturan dasarnya sebagai aturan-aturan mainnya, agar klausul-klausul atau ketentuan-ketentuan dalam perjanjian baku itu, baik sebagian maupun seluruhnya, mengikat pihak lainnya.

Sutan Remy Sjahdeini berpendapat, bahwa keabsahan berlakunya perjanjian baku tidak perlu dipersoalkan, oleh karena perjanjian baku eksistensinya sudah merupakan kenyataan, yaitu dengan telah dipakainya perjanjian baku secara meluas dalam dunia bisnis sejak lebih dari 80 tahun lamanya.¹⁸¹

Kedudukan pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual memang istimewa. Situasi ini pada akhirnya membawa kompleksitas pada hubungan hukum yang terbentuk. Di samping adanya kemungkinan penyalahgunaan keadaan (*Misbruik van Omstandigheden*) yang merugikan pihak privat, tidak tertutup kemungkinan timbulnya persoalan hukum yang cukup pelik. Di samping karena faktor tidak memadainya aturan yang tersedia, juga karena faktor kurangnya pemahaman pejabat publik dalam memanfaatkan instrumen hukum perdata tersebut serta tidak tertutup kemungkinan *mala fide* oleh pihak pemerintah. Kemungkinan yang tidak menguntungkan yang patut diperhitungkan dalam kaitan dengan kontrak pemerintah itu adalah ¹⁸²:

¹⁸⁰ Mariam Darus Badruzaman, *Perlindungan Hukum...*, *op.cit.*, hlm. 33.

¹⁸¹ *Ibid*

¹⁸² Indroharto, *op. cit.*, hlm. 113-114.

1. Penggunaan lembaga-lembaga hukum perdata oleh pemerintah dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan itu tidak selalu pasti dimungkinkan dalam hal untuk mencapai suatu tujuan pemerintahan itu tersedia bentuk-bentuk menurut hukum publik;
2. Pengaturan pembagian wewenang intern jajaran pemerintah kadang-kadang menjadi kacau dengan digunakannya suatu jalur hukum perdata;
3. Efektivitas pengawasan preventif dan represif maupun jalur banding administratif ada kalanya tidak dapat ditempuh;
4. 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;
5. Penggunaan lembaga hukum perdata dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan mudah sekali menjurus ke arah 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;
6. Pemerintah dapat menyalahgunakan posisi yuridisnya, karena dengan jalur perdata itu kemungkinan-kemungkinan yang dapat dipilih lebih leluasa;
7. Pemerintah juga dapat menyalahgunakan kenyataan posisinya sebagai penguasa yang berkuasa maupun sebagai pemegang monopoli atau kombinasi keduanya; dan
8. 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. Dalam kaitan ini maka di samping pemerintah terikat pada ketentuan yang terdapat dalam konstitusi dan undang-undang, ia juga terikat pada norma privat khususnya dalam hubungannya dengan kontrak.¹⁸³

Pelaksanaan fungsi pelayanan publik selalu terkait dengan anggaran keuangan negara. Dalam kaitan inilah pemerintah terikat pada konstitusi dan undang-undang. Prinsip-prinsip dalam penggunaan keuangan negara di satu sisi dan prinsip dalam pelayanan publik, dengan demikian menjadi landasan bagi pemerintah dalam menjalin hubungan kontraktual. Norma hukum public yang berkaitan dengan prosedur, kewenangan pembentukan dan pelaksanaan kontrak berikut penyelesaian sengketa bertitik tolak dari prinsip perlindungan bagi kepentingan publik dan keuangan negara. Dalam kaitan ini Keyes mengatakan¹⁸⁴ :

Public procurement is largely dependent upon statutory, and executive authority whereas private procurement is only partially dependent upon statutes. The public procurement law nevertheless covers virtually all fields of private procurement law. More and more of it is/ rand in the same sources

¹⁸³ *Ibid.*, hlm. 337-338

¹⁸⁴ Y. Sogar Simamora, Hukum Kontrak, Prinsip-prinsip..., *op.cit.*, hlm. 66-67.

where other law is located- i.e., principally in the enactments of legislatures, regulaizms issued by executive agen- cies, decisions of judicial, and administrative tribunals, and legal writings.

Sekalipun di Indonesia tidak secara tegas dinyatakan, tetapi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 juga merupakan dasar hukum utama bagi pemerintah dalam melakukan hubungan kontraktual. Pasal 23 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mengatur tentang keuangan menentukan bahwa anggaran pendapatan dan belanja negara sebagai wujud dari pengelolaan keuangan negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang dan dilaksanakan secara terbuka dan bertanggungjawab untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Prinsip transparansi dan akuntabilitas yang terkandung dalam ketentuan tentang keuangan negara ini selanjutnya menjadi dasar dalam penyusunan undang-undang yang ada kaitannya dengan keuangan negara, yaitu Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004, serta undang-undang APBN. Selanjutnya peraturan perundang-undangan yang diterbitkan, baik dalam rangka pelaksanaan APBN maupun yang secara khusus mengatur pelaksanaan pengadaan barang dan jasa harus mengacu pada undang-undang tersebut.

BAB V

PENGATURAN PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH

BERBASIS NILAI KEADILAN

A. Kajian Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah berbagai

Negara

	Indonesia	India	Amerika	Malaysia
Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa	Dalam konteks pengadaan barang barang/jasa, pemerintah akan membingkai hubungan hukum dengan penyedia barang atau jasanya dalam sebuah kontrak pengadaan barang atau kontrak pengadaan jasa. Di sini, pemerintah menjadi salah satu pihak dalam sebuah kontrak. Dalam konteks demikian, pemerintah tidak dapat memposisikan dirinya lebih tinggi dari penyedia barang atau jasa, meskipun pemerintah merupakan lembaga yang melakukan	Kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah India, di samping dikuasai oleh konstitusi juga oleh berbagai undang-undang, khususnya <i>Indian Contract Act</i> 1872, sedangkan aturan dan prosedur yang menyangkut proses pengadaan di mana di dalamnya diatur syarat-syarat formal yang harus dipenuhi sebelum kontrak ditutup dapat dijumpai dalam <i>Conditions of Contract</i> (COC) yang ditetapkan oleh Kementerian Peng-	Aturan hukum mengenai pengadaan yang berlaku di Amerika Serikat adalah FAR. Berlaku efektif sejak tanggal 1 April 1984, FAR awalnya dirancang oleh <i>the Department of Defense</i> (DOD). Sebelum itu hal-hal terkait pengadaan diatur dalam <i>the Armed Services Procurement Regulations</i> (ASPR) yang diterbitkan oleh DOD, dan <i>the Federal Procurement Regulations</i> (FPR) yang	Pengadaan pemerintah di Malaysia diatur oleh Undang-Undang Prosedur Keuangan 1957 yang memberdayakan Departemen Keuangan Malaysia (MOF) untuk bertindak sebagai Badan Pusat dan merumuskan aturan dan peraturan yang berkaitan dengan semua Pengadaan Pemerintah.

	tindakan-tindakan yang bersifat mengatur (regulator). Yang sampai saat ini diatur secara khusus dalam Peraturan Presiden	adaan (<i>Ministry of Supply</i>) India. COC berlaku bagi setiap jenis kontrak	diterbitkan oleh <i>the General Services Administration (GSA)</i> . Apabila ASPR khusus digunakan sebagai	
Sistem Pengadaan	Sistem Pengadaan Barang dan Jasa bertujuan agar pengadaan barang dan jasa dapat berjalan secara efisien, terbuka, kompetitif, dan terjangkau, sehingga tercapai output berupa barang atau jasa yang berkualitas	Non-diskriminasi dalam pengadaan barang dan jasa yang berskala internasional.	Proses pengadaan dapat dilakukan dengan pengajuan proposal atau pengadaan melalui negosiasi.	Proses pengadaan Barang dan Jasa menggunakan prinsip Akuntabilitas, Transparansi, Nilai untuk uang, Persaingan terbuka dan adil, Transaksi yang adil

Pengaturan pengadaan barang dan jasa dalam Peraturan Presiden (Perpres) merupakan bagian dari usaha penyelenggaraan pemerintah yang menjunjung keterbukaan, transparansi, akuntabilitas, dan persaingan sehat. Untuk mencapai penyelenggaraan pemerintah yang bersih dan didukung dengan pengelolaan keuangan yang efektif, efisien, dan akuntabel. Perpres pengadaan barang dan jasa telah diadakan beberapa kali perubahan. Hal ini dimaksudkan untuk menyesuaikan Perpres pengadaan barang dan jasa dengan perkembangan pemerintahan. Selain itu, perubahan Perpres pengadaan barang dan jasa juga untuk mengisi kekosongan hukum atas beberapa poin strategis yang belum diatur sebelumnya sehingga menjadi celah tindak pidana korupsi.

Pengaturan yang dilakukan pada proses pelaksanaan pengadaan barang dan jasa semata-mata bertujuan agar pengadaan barang dan jasa dapat berjalan secara efisien, terbuka, kompetitif, dan terjangkau, sehingga tercapai output berupa barang atau jasa yang berkualitas. Dengan adanya barang atau jasa yang berkualitas, maka akan berdampak pada peningkatan pelayanan publik. Dalam rangka mencapai tujuan tersedianya *output* barang atau jasa yang berkualitas, pengaturan pengadaan barang dan jasa terus-menerus diperbaiki. Perbaikan menyeluruh dari aspek regulasi, pelaksanaan, dan kelembagaan.

Pengaturan tentang pengadaan barang dan jasa pemerintah memiliki peran yang sangat penting dalam penyelenggaraan negara. Setidaknya ada 5 (lima) alasan, yakni¹⁸⁵ :

1. Dibutuhkan untuk memastikan bahwa pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah mencapai tujuan agar mendapatkan barang dan jasa dalam harga yang kompetitif dengan kualitas yang tinggi. Pengaturan ini menjadi panduan bagi para penyelenggara yang memiliki tugas melakukan pengadaan barang dan jasa;
2. Agar ada pengaturan yang relatif seragam ketika berbagai instansi publik melakukan pengadaan barang dan jasa. Keseragaman dibutuhkan untuk memudahkan melakukan proses pengadaan barang dan jasa dan pemantauan;

¹⁸⁵ Direktorat Penelitian dan Pengembangan, Kajian Pencegahan Korupsi Pada Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, Komisi Pemberantasan Korupsi, Jakarta, 2014, hlm.27.

3. Agar instansi publik dan penyedia barang dan jasa dapat mengetahui secara akurat proses dan prosedur serta berbagai persyaratan dalam pengadaan barang dan jasa oleh instansi publik;
4. Agar dapat dicegah tindakan yang bersifat kolusif dan koruptif, termasuk prosedur yang benar dan salah;
5. Dapat menjadi panduan bagi auditor untuk memastikan bahwa syarat, proses, dan prosedur telah diikuti.

Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah atau kontrak pada umumnya dapat digambarkan sebagai suatu perjanjian antara dua atau lebih pihak yang mempunyai nilai komersial tertentu. Sebagaimana layaknya sebuah perjanjian, dalam sebuah kontrak para pihak yang mengikatkan diri adalah subjek hukum. Subjek hukum dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah adalah penyedia barang/jasa dan pengguna barang/jasa, yakni pemerintah.

Dalam konteks pengadaan barang/jasa, pemerintah akan meringkai hubungan hukum dengan penyedia barang atau jasanya dalam sebuah kontrak pengadaan barang atau kontrak pengadaan jasa. Di sini, pemerintah menjadi salah satu pihak dalam sebuah kontrak. Dalam konteks demikian, pemerintah tidak dapat memosisikan dirinya lebih tinggi dari penyedia barang atau jasa, meskipun pemerintah merupakan lembaga yang melakukan tindakan-tindakan yang bersifat mengatur (regulator). Hal ini dikarenakan dalam hukum perjanjian para pihak mempunyai kedudukan yang sama, sebagaimana tercermin dalam Pasal 1338 KUHPerdara. Dalam konteks demikian, maka baik pemerintah maupun penyedia barang/jasa sama-sama

memiliki kedudukan yang sejajar dalam pemenuhan hak dan kewajiban yang tertuang di dalam kontrak yang disepakati.

Keterlibatan pemerintah dalam kontrak ini menunjukkan tindakan pemerintah tersebut diklasifikasikan dalam tindakan pemerintahan yang bersifat keperdataan. Keterlibatan pemerintah dalam suatu hubungan kontrak-tual ini berbeda dengan kontrak komersial pada umumnya, karena karakteristik dari kontrak ini tidak murni lagi merupakan tindakan hukum privat, tetapi juga sudah ada campuran hukum publik di dalamnya.

Sebagai subjek hukum perdata pemerintah dapat mengikatkan dirinya dengan pihak ketiga dalam hal ini penyedia barang/jasa. Hak dan kewajiban dari masing-masing pihak, sampai kepada prosedur pelaksanaannya harus diatur secara jelas dan dituangkan dalam bentuk kontrak.

Kedudukan pemerintah dalam pergaulan hukum keperdataan tidak berbeda dengan subjek hukum privat lainnya, yakni orang maupun badan hukum, sebagai subjek hukum perdata pemerintah dapat mengikatkan dirinya dengan pihak ketiga dalam hal ini penyedia barang atau jasa. Hak dan kewajiban dari masing-masing pihak, sampai kepada prosedur pelaksanaannya harus diatur secara jelas dan dituangkan dalam bentuk kontrak.

Kedudukan pemerintah dalam kontrak juga tidak memiliki kedudukan yang istimewa, dan dapat menjadi pihak dalam sengketa keperdataan dengan kedudukan yang sama dengan seseorang atau badan hukum perdata dalam peradilan umum.

Agar kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah dapat terlaksana dengan baik, maka pelaksanaan kontrak harus didasarkan pada asas proporsionalitas. Keberadaan asas proporsional dalam kontrak berarti membahas keseimbangan pendistribusian hak dan kewajiban secara proporsional antara para pihak yang terlibat kontrak dalam keseluruhan tahapan kontrak.

Dalam perspektif kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, rumusan kriteria asas proporsionalitas dapat dijadikan sebagai acuan untuk mengukur norma hukum yang menjadi pedoman dalam pengadaan barang/jasa pemerintah, yakni Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021.

Agus Yudha Hernoko menguraikan secara panjang lebar tentang makna dan fungsi asas proporsionalitas serta penerapannya dalam pembentukan dan pelaksanaan kontrak komersial. Agus mengemukakan kriteria asas proporsionalitas dalam kontrak komersial sebagai berikut ¹⁸⁶:

1. Kontrak yang bersubstansi asas proporsionalitas adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang dan kesempatan yang sama kepada para kontraktan untuk menemukan 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);
2. Berlandaskan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang dilandasai

¹⁸⁶ Agus Yudha Hernoko, Hukum Perjanjian : Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 88

oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang adil dan apa yang tidak adil bagi mereka (prinsip kebebasan);

3. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus pendistribusian kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Prinsip distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu kepada pertukaran yang *fair* (prinsip distribusi proporsional);
4. 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*.

Keberadaan asas proporsionalitas dalam Islam sangat dijunjung tinggi dan diperhatikan. Kemestian adanya keseimbangan pendistribusian hak dan kewajiban tersebut dapat demukan dalam al-Qur'an, Sunnah, dan kaidah hukum Islam. Terdapat beberapa kriteria yang dapat dijadikan sebagai ukuran atau standar untuk menilai terpenuhi atau tidaknya asas proporsionalitas dalam suatu kontrak dalam Islam, yakni ¹⁸⁷:

1. Keseimbangan kesempatan untuk melakukan negosiasi. Kriteria ini bersumber dari asas *bermuamalah* yang disebut dengan "*taradhin*" (kerelaan). Kerelaan yang dimaksud merupakan perwujudan dari keinginan bebas tanpa ada unsur paksaan dari salah satu pihak terhadap pihak yang lain. Inilah yang menjadi motivasi atau niat dari bangunan

¹⁸⁷ Purwosusilo, Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa, Cetakan Pertama, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2017, hlm. 375-38

akad. Oleh karena motivasi atau niat itu bersifat abstrak, maka untuk merepresentasikannya dalam bentuk konkrit dapat terlihat dari kesamaan kesempatan kedua belah pihak untuk melakukan tawar-menawar (negosiasi). Dengan demikian, keseimbangan kesempatan untuk melakukan tawar-menawar atau negosiasi tersebut merupakan salah satu bentuk konkrit dari keseimbangan pendistribusian hak dan kewajiban dalam kontrak;

2. Keseimbangan untuk mendapat jaminan atas kepercayaan. Kriteria ini dapat disimpulkan dari kaidah hukum Islam yang berbunyi : “*al-jibewah bi al-himeiyah*” (pungutan harus disertai dengan perlindungan). Kaidah ini menegaskan bahwa setiap pungutan berupa harta dari rakyat, baik berupa zakat, *fay'*, *rikdz*, *ma'ddin*, *kharaj*, wajib disertai dengan perlindungan dari pemerintah. Kaidah ini juga bisa dipahami untuk mendapatkan perlindungan dari pemerintah, warga negara harus bersedia menyerahkan sejumlah harta tertentu sebagai pungutan atau pajak. Perlindungan oleh pemerintah diberikan terhadap hartanya, darahnya, dan kehormatannya, termasuk menciptakan kondisi keamanan yang menyeluruh agar bisa berusaha, serta membangun sarana dan prasarana untuk kesejahteraan rakyat. Termasuk bentuk perlindungan dari pemerintah adalah memberi kesempatan yang sama kepada seluruh warga negara untuk mendapatkan hak berusaha;
3. Keseimbangan antara keuntungan dengan tanggung jawab. Kriteria ini dapat disimpulkan dari Hadist Nabi yang berbunyi : “*al-kharaj bi al-dhamein*” (hasil yang diperoleh seimbang dengan jaminan). Sebab

munculnya Hadist ini adalah ketika dihadapkan kepada Nabi suatu kasus, di mana seseorang membeli budak dan sudah bekerja selama beberapa waktu bersamanya. Kemudian ia menemukan cacat yang sebelumnya tidak ia ketahui dan tidak diberitahukan. Ia merasa dirugikan oleh cacat itu dan berniat mengembalikannya serta menuntut pengembalian harga yang telah ia serahkan. Muncul persoalan, pihak mana yang berhak memperoleh “hasil” usaha budak selama di tangan pembeli tersebut, kalau budak dikembalikan. Menghadapi kasus ini, Nabi memutuskan bahwa hasil itu adalah milik pembeli. Ketika penjual menggugat putusan itu, Nabi menegaskan “al-kharaj bi al-dhaman” (hasil yang diperoleh seimbang dengan jaminan). Sebab pembeli bertanggungjawab dan menjamin budak selama berada di tangannya. Bentuk tanggung jawab dan jaminannya adalah tanggung jawab dan jaminan layaknya tuan terhadap budaknya, seperti jaminan makan, minum, pakaian, sandang dan kebutuhan lainnya. Sejalan dengan Hadist di atas, para ulama merumuskan kaidah yang berbunyi “al-ghunm bi al-ghurm”. Maksudnya lebih kurang sama dengan kandungan Hadist tersebut, yaitu “keuntungan yang diperoleh seimbang dengan tanggung jawab”. Maksudnya, kesediaan bertanggungjawab atau menjamin adalah sah untuk dijadikan sebagai dasar mendapatkan keuntungan, seperti pada transaksi utang-piutang. Ia juga bisa dimaknai dengan keuntungan dengan terlebih dahulu berkorban modal pada jual beli. Oleh karena itu, tidak sah jual beli tanpa modal, seperti jual beli barang yang dimiliki orang lain. Juga tidak sah (haram)

keuntungan pada peminjaman uang tanpa kesediaan menanggung risiko (riba). Sehubungan dengan ini, dasar perolehan dan penetapan adanya keuntungan juga dapat disandarkan pada ada atau tidak, besar atau kecilnya tanggung jawab atau jaminan yang diberikan seseorang. Al-Kasaniy, misalnya menyebutkan bahwa sumber utama perolehan keuntungan ada tiga, yaitu harta, kerja dan tanggung jawab atau jaminan. Keuntungan dari harta berupa pertumbuhan dari modal yang jadi kepunyaan *sahib al-mal* (pemilik modal). Karena itu, pemilik modal pada *mudharabah* berhak mendapatkan keuntungan karena ia yang memiliki modal, sedang *mudharib* (pekerja/pengusaha) memperoleh keuntungan (imbalan) atas kerja yang telah ia lakukan. sementara itu tanggung jawab atau jaminan kalau modal itu sudah menjadi tanggung jawab *mudharib* sepenuhnya (akadnya berubah menjadi *qardh*), maka seluruh keuntungan sepenuhnya menjadi milik *mudharib* (si penerima utang);

4. Keseimbangan antara kesalahan dengan sanksi. Dalam al-Quran Surat al-Baqarah ayat 178, Surat al-Baqarah ayat 283, Surat al-Maidah ayat 45, dan surat al-Zalzalah ayat 7-8, misalnya, Allah S.W.T menjelaskan adanya keseimbangan antara kesalahan dengan sanksi. Salah satu ajaran terpenting Islam adalah asas individualitas. Artinya, sukses atau gagalnya seseorang, baik dalam kehidupan dunia maupun akhirat adalah atas usahanya sendiri. Demikian juga halnya, ketika seorang *mukallaf* melakukan tindakan kesalahan, maka dialah yang bertanggungjawab, bukan orang lain. Tanggung jawab yang ia

pikupun setara dengan kesalahan yang ia lakukan. Demikian juga, sebuah tindakan, meskipun dari satu sisi kelihatan melanggar hukum, kalau dilakukan karena tidak sengaja, juga tidak bisa dikenakan sanksi penuh. Demikianlah proporsionalitas antara sanksi dan kesalahan secara umum yang diatur dalam Islam. Di bidang *muamalah*, asas proporsionalitas juga dapat ditemukan bentuk aplikasinya. Salah satu inspirasinya dapat ditemukan dalam Hadist Nabi dari Samrah : “Orang yang mengambil (menerima) sesuatu bertanggungjawab terhadap benda itu sampai ia mengembalikannya”. Hadist ini menjadi landasan pada kewajiban mengembalikan barang pinjaman, titipan dan amanah lainnya. Walau tidak bersifat wajib untuk memberikan jaminan (penggantian), karena ia amanah, tapi dibolehkan (dianjurkan) untuk mensyaratkan jaminan pada berbagai akad amanah tersebut. Untuk transaksi pinjam meminjam misalnya, ulama mengemukakan kaidah “*la dhaman ‘ala musta’ir illa ‘an yusyarith ‘alayh*” (jaminan muncul kalau disyaratkan di dalam akad). Seandainya di dalam akad pinjam meminjam disyaratkan adanya jaminan, dan barang yang dipinjam itu berkurang, hilang atau rusak, tapi bukan karena unsur kesengajaan, maka peminjam tidak dituntut untuk mengganti objek pinjaman. Sebab seseorang tidak wajib menjamin atau mengganti sesuatu yang tidak dikerjakannya (*al-dhaman la yajib ‘alaal-mar bidun fi’lih*). Dalam bentuk lain, ulama menyebutkan kaidah dengan substansi sama, yaitu “*al-amanah la tudhman illa bi al’ta’addiy’alayh*” (tidak wajib menjamin amanah karena kesengajaan).

Oleh karena itu, si peminjam mengembalikan barang itu apa adanya, tanpa harus mengganti kerusakan yang bukan akibat perbuatannya”. Tentang cara penjaminan, menurut ulama Hanafiyyah, Malikiyyah, Hanabilah, dan salah satu pendapat ulama Syafi’iyyah, harus dilakukan dengan menjaminkan (mengganti) benda sejenis, kalau objeknya termasuk jenis benda *mitsliy*. Kalau benda itu termasuk jenis *qimiy*, maka diganti nilainya saat ia dihilangkan atau dirusak. Sedang pendapat terkuat dari ulama Syafi’iyyah, yang dijamin itu hanyalah nilainya pada saat dihilangkan atau dirusak, baik benda itu bersifat *mitsliy* maupun *qimiy*. Sebab adalah mustahil mengembalikan objek sejenis yang telah diizinkan untuk memanfaatkan sebagiannya, maka hanya diganti nilainya. Ada dua hal penting yang harus dipedomani dalam penjaminan ini, yakni : *Pertama*, nilai yang diserahkan sebagai pengganti tidak berjarak terlalu jauh dari nilai yang sesungguhnya. *Kedua*, patokan nilai tersebut juga bukan saat serah terima benda itu.

Jika konsep keseimbangan antara kesalahan dengan sanksi tersebut dianalogikan pada aspek hukum perdata, dapat dikembangkan pada keseimbangan antara kerugian dan denda, yang sekaligus dapat pula dijadikan kriteria asas proporsionalitas dalam kontrak.

Asas proporsionalitas memiliki hubungan yang sangat erat dengan asas transparansi yang menghendaki keterbukaan informasi secara timbal balik antara pihak pemerintah dengan pihak penyedia. Beberapa kasus korupsi terjadi disebabkan ketidakterbukaan dan ketidakjujuran salah satu atau kedua belah pihak dalam memberikan informasi tentang kontrak sehingga me-

nimbulkan kekecawaan dan persoalan dalam pemenuhan hak dan kewajiban kedua belah pihak.

Agus menekankan bahwa untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak dengan menggunakan kriteria atau ukuran nilai-nilai tersebut di atas, hendaknya tidak diartikan akan diperoleh hasil temuan serupa angka- angka matematis. Asas proporsionalitas tidak mempermasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis, namun masih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban di antara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut (*fair and reasonableness*).¹⁸⁸

Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah meskipun pada satu sisi termasuk ke dalam bentuk kontrak standar, namun pada sisi lain juga sebagai kontrak komersial yang *output*-nya adalah keuntungan yang maksimal kepada kedua belah pihak yang terlibat kontrak. Keuntungan yang diharapkan pemerintah adalah terselenggaranya pengadaan barang/jasa yang berdayaguna dan berhasil guna serta tersedianya barang/jasa yang berkualitas. Sedangkan keuntungan yang diharapkan oleh pihak penyedia adalah keuntungan yang seimbang dengan tanggung jawab pengadaan yang telah dilaksanakan.

Adanya keseimbangan keuntungan dalam hubungan kontraktual jika dalam pelaksanaannya memberikan *prestasi* yang seimbang atau sama nilainya. Kontrak sejatinya tidak akan terwujud kecuali dalam kondisi sama-sama menguntungkan. Keuntungan itu seimbang dengan tanggung jawab yang dipikul.

¹⁸⁸ *Ibid*

Dalam rangka mewujudkan asas proporsionalitas, maka keseimbangan antara tugas dan tanggung harus sebanding dengan imbalan keuntungan yang diterima. Dalam tahap pelaksanaan kontrak, asas proporsionalitas terwujud dalam bentuk keseimbangan antara tanggung jawab yang telah dilaksanakan dengan keuntungan yang diperoleh, sehingga dapat mewujudkan keadilan bagi para pihak.

Semua pihak yang terlibat dalam hubungan kontraktual pasti berharap mendapatkan keuntungan dari kontrak yang dilakukannya. Namun dalam realitanya, dalam hubungan kontraktual kadangkala terdapat kesalahan yang dapat merugikan salah satu atau semua pihak. Kesalahan tersebut dapat terjadi karena unsur kesengajaan atau kekeliruan. Kesengajaan memiliki arti bahwa sejak awal sudah ada kesadaran bahwa perbuatan tersebut merupakan suatu kesalahan dan dapat menimbulkan kerugian bagi pihak lain, sedangkan kekeliruan dapat berupa kelalaian tanpa adanya kesadaran sejak awal bahwa perbuatan tersebut akan merugikan pihak lain. Dalam hal mengukur penerapan asas proporsionalitas, maka salah satu kriterianya adalah adanya keseimbangan antara kesalahan yang dilakukan dengan sanksi yang dibebankan.

Suatu hubungan kontraktual pada dasarnya dibangun oleh para pihak dengan keyakinan apabila *prestasi* tidak terlaksana, maka akan berakibat timbulnya kerugian kepada salah satu atau kedua belah pihak. Keyakinan itu justru menjadi unsur penting dalam sebuah kontrak. Kontrak sudah dianggap ada jika dengan kontrak yang bersangkutan sudah menimbulkan kepercayaan

bagi pihak terhadap siapa janji itu diberikan, sehingga pihak yang menerima janji tersebut percaya akan timbul kerugian jika janji itu tidak dilaksanakan.

Adanya keyakinan tersebut harus diimbangi dengan kepastian hukum bahwa setiap kesalahan dapat dituntut serta dapat diberi sanksi agar pihak-pihak yang terlibat dalam kontrak terhindar atau tidak mau melakukan kesalahan yang dapat merugikan pihak lain. Dalam hal pemberian sanksi atas kesalahan yang terjadi itu, perlu diatur dalam regulasi yang memuat keseimbangan antara kesalahan yang terjadi dengan sanksi yang hendak diterima. Dengan cara demikian, maka hubungan kontraktual akan berjalan dengan proporsional karena dilandasi oleh suatu kepastian hukum.

Kriteria selanjutnya untuk menakar keseimbangan pendistribusian hak dan kewajiban dalam kontrak adalah keseimbangan antara kerugian yang diderita dengan denda yang dibebankan atau dipikulkan kepada pihak yang menjadi penyebab kerugian.

Kepercayaan adanya kerugian apabila *prestasi* tidak terlaksana dinetralisir dengan keyakinan bahwa kerugian tersebut dapat dituntut, baik ditanggung oleh salah satu pihak ataupun kedua belah pihak secara proporsional. Tuntutan ganti rugi yang proporsional menghendaki keseimbangan antara besarnya kerugian yang diderita dengan jumlah denda yang dibebankan. Apabila denda yang ditetapkan lebih besar daripada kerugian yang diderita, maka dapat menjadi sarana atau peluang bagi pihak yang kuat untuk mengintimidasi dan melakukan penekanan terhadap pihak yang lemah. Oleh sebab itu, kriteria asas proporsionalitas yang berikutnya adalah keseimbangan antara besarnya kerugian dengan denda yang dibebankan.

Dengan demikian, kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah yang memenuhi asas proporsionalitas adalah kontrak pengadaan yang memiliki keseimbangan di antara pihak dalam memperoleh informasi, keseimbangan dalam bernegosiasi, keseimbangan dalam memperoleh keuntungan dengan tanggung jawab, keseimbangan antara kesalahan dan sanksi, dan keseimbangan antara kerugian dan denda.

Dengan prinsip proporsionalitas, para pihak dianggap mempunyai kewajiban yang proporsional satu sama lain. Tidak menjadi persoalan tentang keseimbangan posisi tawarnya (*bargaining position*). Hal yang menjadi perhatian utama adalah keseimbangan dalam pembagian kewajiban. Di samping keseimbangan dalam pembagian beban kewajiban, menurut Y. Sogar Simamora prinsip proporsionalitas juga berkaitan dengan keseimbangan dalam penerapan sanksi dengan bentuk kesalahan yang dilakukan. Daya kerja prinsip proporsionalitas terutama relevan pada tahap pelaksanaan kontrak dan dapat digunakan oleh hakim dalam menilai kewajaran penerapan sanksi oleh pemerintah.¹⁸⁹

Secara garis besar Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah kedepannya harus mengatur bahwa kedudukan pemerintah ketika berkontrak dengan penyedia jasa harus sejajar sehingga ketika terjadi permasalahan teknis di lapangan dapat dengan mudah diatas dengan adanya addendum kontrak yang mana dalam hal ini juga Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah tidak melakukan pembatasan pada addendum kontrak.

¹⁸⁹ Y. Sogar Simamora, Hukum Kontrak : Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah di Indonesia, Cetakan Pertama, Laksbang Justitia, Surabaya, 2013, hlm. 38-40.

B. Rekonstruksi Sistem Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

Pelaksanaan kontrak pada dasarnya merupakan pelaksanaan kewajiban kontraktual. Pada sisi pengguna barang/jasa, kewajiban utama adalah melakukan pembayaran, sedangkan pemenuhan kewajiban kontraktual oleh penyedia barang/jasa bergantung pada jenis kontraknya : pengadaan barang, jasa konsultasi atau pemborongan. Pada prinsipnya yang terikat atas kewajiban kontraktual itu adalah para pihak yang terlibat dalam kontrak. Apa yang menjadi kewajiban kontraktual penyedia barang/jasa ini merupakan isu sentral dalam pelaksanaan kontrak. Isi kontrak karenanya menjadi landasan penting bagi pengguna barang/jasa. Di samping sebagai instrumen dalam melakukan pengawasan (inspeksi) guna mengukur terpenuhi tidaknya kewajiban oleh penyedia barang/jasa, syarat dan ketentuan dalam kontrak juga berfungsi sebagai dasar dalam menolak (*rejection*) prestasi penyedia barang/ jasa. Isi kontrak meliputi pula seluruh dokumen yang menjadi bagian kontrak yang berlaku mengikat.

Prosedur pengadaan barang dan jasa pemerintah sebagaimana diatur dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Peraturan ini menjadi dasar hukum (yang mencabut semua peraturan sebelumnya) bagi para pihak dalam pengadaan barang/jasa untuk melaksanakan proses pengadaan barang dan jasa pemerintah.²⁸⁰ Terkait dengan pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah berdasarkan Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021, dilaksanakan berdasarkan Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Nomor 9 Tahun 2018 tentang

Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Melalui Penyedia, yang dapat diuraikan sebagai berikut :

Pengadaan barang/jasa merupakan kegiatan yang dimulai dari identifikasi kebutuhan sampai dengan serah terima hasil pekerjaan. Pedoman pelaksanaan pengadaan barang/jasa melalui penyedia meliputi kegiatan persiapan pengadaan barang/jasa melalui penyedia, persiapan pemilihan penyedia, pelaksanaan pemilihan penyedia, pelaksanaan kontrak dan serah terima hasil pekerjaan. Sebelum pelaksanaan pengadaan, dilakukan analisis dan evaluasi kebutuhan, serta perencanaan pengadaan. Pelaksanaan pengadaan barang/jasa melalui penyedia merupakan kegiatan lanjutan atas perencanaan pengadaan yang telah dilaksanakan oleh PA/KPA.

Dalam melaksanakan pengadaan barang/jasa melalui penyedia, PA/KPA/PPK/Pokja Pemilihan dapat dibantu oleh Tim Teknis, Tim/Tenaga Ahli, atau Tim Pendukung. PPK dapat juga dibantu oleh Pejabat Pelaksana Teknis Kegiatan (PPTK). Tim Teknis dibentuk dari unsur Kementerian/Lembaga/Pemerintah Daerah untuk membantu, memberikan masukan, dan melaksanakan tugas tertentu terhadap sebagian atau seluruh tahapan pengadaan barang/jasa.

Tim/Tenaga Ahli dapat berbentuk tim atau perorangan dalam rangka memberi masukan dan penjelasan/pendampingan/pengawasan terhadap sebagian atau seluruh pelaksanaan pengadaan barang/jasa. Tim Pendukung dapat dibentuk dalam rangka membantu untuk urusan yang bersifat administrasi/keuangan kepada PA/KPA/PPK/Pokja Pemilihan. PPTK dalam

pelaksanaan pengadaan barang/jasa ditunjuk sesuai dengan peraturan perundang-perundangan.

Pelaksanaan kontrak dilaksanakan oleh para pihak sesuai ketentuan yang termuat dalam kontrak dan peraturan perundang-undangan. Secara ringkas, pelaksanaan kontrak, meliputi :

1. Penetapan Surat Penunjukan Penyedia Barang/Jasa (SPPBJ);

Pejabat Penandatangan Kontrak sebelum menetapkan SPPBJ melakukan reviu atas laporan hasil pemilihan penyedia dari Pokja Pemilihan/Pejabat Pengadaan untuk memastikan :

- a. Bahwa proses pemilihan penyedia sudah dilaksanakan berdasarkan prosedur yang ditetapkan; dan
- b. Bahwa pemenang pemilihan/calon penyedia memiliki kemampuan untuk melaksanakan kontrak.

Berdasarkan hasil reviu, Pejabat Penandatangan Kontrak memutuskan untuk menerima atau menolak hasil pemilihan penyedia tersebut.

- a. Perselisihan pendapat atas hasil pemilihan;

Dalam hal PPK yang bertindak sebagai Pejabat Penandatangan Kontrak tidak menyetujui hasil pemilihan penyedia, maka PPK menyampaikan penolakan tersebut kepada Pokja Pemilihan/Pejabat Pengadaan disertai dengan alasan dan bukti. Selanjutnya, PPK dan Pokja Pemilihan/Pejabat Pengadaan melakukan pembahasan bersama terkait perbedaan pendapat atas hasil pemilihan penyedia. Dalam hal tidak tercapai kesepakatan,

maka pengambilan keputusan diserahkan kepada PA/KPA paling lambat 6 (enam) hari kerja setelah tidak tercapai kesepakatan.

PA/KPA dapat memutuskan :

- 1) Menyetujui penolakan oleh PPK, PA/KPA memerintahkan Pokja Pemilihan/Pejabat Pengadaan untuk melakukan evaluasi ulang, penawaran ulang, atau Tender ulang; atau
- 2) Menyetujui hasil pemilihan Penyedia, PA/KPA memerintahkan PPK untuk menerbitkan SPPBJ paling lambat 5 (lima) hari kerja. Keputusan PA/KPA tersebut bersifat final.

Dalam hal PA/KPA yang bertindak sebagai Pejabat Penandatangan Kontrak tidak menyetujui hasil pemilihan penyedia, PA/KPA menyampaikan penolakan tersebut kepada Pokja Pemilihan/Pejabat Pengadaan disertai dengan alasan dan bukti dan memerintahkan untuk melakukan evaluasi ulang, penawaran ulang, atau Tender ulang paling lambat 6 (enam) hari kerja setelah hasil pemilihan penyedia diterima.

b. Pengunduran diri calon penyedia;

Apabila pemenang pemilihan/calon penyedia yang ditunjuk mengundurkan diri dengan alasan yang tidak dapat diterima oleh PPK, dan masa penawarannya masih berlaku, maka calon penyedia tersebut dikenakan sanksi Daftar Hitam selama 1 (satu) tahun dan Jaminan Penawarannya dicairkan dan disetorkan pada Kas Negara/Daerah.

Selanjutnya penunjukan Penyedia dilakukan kepada peserta dengan peringkat dibawahnya (jika ada). Dalam hal tidak ada calon pemenang cadangan, PPK melaporkan ke Pokja Pemilihan untuk kemudian dilakukan Tender/Seleksi Ulang atau Evaluasi Ulang.

c. Waktu penerbitan SPPBJ.

Dalam hal Tender/Seleksi dilakukan mendahului tahun anggaran, SPPBJ dapat diterbitkan setelah persetujuan Rencana Kerja dan Anggaran atau Rencana Kerja Anggaran Perangkat Daerah sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.

2. Penandatanganan kontrak;

Penandatanganan kontrak dapat dilakukan setelah DIPA/DPA disahkan. Dalam hal penandatanganan kontrak dilakukan sebelum tahun anggaran, maka kontrak mulai berlaku dan dilaksanakan setelah DIPA/DPA berlaku efektif.

a. Persiapan penandatanganan kontrak;

Sebelum penandatanganan kontrak dilakukan rapat persiapan penandatanganan kontrak antara Pejabat Penandatanganan Kontrak dengan penyedia yang membahas hal-hal sebagai berikut :

- 1) Finalisasi rancangan kontrak;
- 2) Kelengkapan dokumen pendukung kontrak, seperti jaminan pelaksanaan telah diterima sebelum penandatanganan kontrak, asuransi, dan sebagainya;
- 3) Rencana penandatanganan kontrak; dan/atau

- 4) Hal-hal yang telah diklarifikasi dan/atau dikonfirmasi pada saat evaluasi penawaran.

Nilai Jaminan Pelaksanaan (apabila ada), dengan ketentuan :

- 1) Untuk nilai penawaran antara 80% (delapan puluh persen) sampai dengan 100% (seratus persen) dari nilai HPS atau Pagu Anggaran, Jaminan Pelaksanaan adalah sebesar 5% (lima persen) dari nilai kontrak; atau
- 2) Untuk nilai penawaran di bawah 80% (delapan puluh persen) dari nilai HPS atau Pagu Anggaran, besarnya Jaminan Pelaksanaan 5% (lima persen) dari nilai HPS atau Pagu Anggaran.

Pejabat Penandatanganan Kontrak melakukan verifikasi secara tertulis kepada penerbit jaminan sebelum penandatanganan kontrak. Setelah jaminan pelaksanaan dinyatakan sah dan diterima, Pokja Pemilihan dapat Kontrak dan penyedia tidak diperkenankan mengubah substansi hasil pemilihan penyedia sampai dengan penandatanganan kontrak, kecuali mempersingkat waktu pelaksanaan pekerjaan.

Dalam hal penetapan SPPBJ dilakukan sebelum DIPA/DPA disahkan, dan ternyata alokasi anggaran dalam DIPA/DPA tidak disetujui atau kurang dari rencana nilai kontrak, maka penandatanganan kontrak dapat dilakukan setelah Pagu Anggaran cukup tersedia melalui revisi DIPA/DPA. Jika penambahan Pagu Anggaran melalui revisi

DIPA/DPA tidak tercapai, maka penetapan pemenang dibatalkan dan kepada calon penyedia barang/jasa tidak diberikan ganti rugi.

Penandatanganan kontrak pengadaan barang/jasa yang kompleks dilakukan setelah memperoleh pendapat ahli hukum kontrak. mengembalikan Jaminan Penawaran (apabila ada). Pejabat Penandatangan

b. Pelaksanaan penandatanganan kontrak.

Pejabat Penandatangan Kontrak dan penyedia wajib memeriksa kembali rancangan kontrak meliputi substansi, bahasa, redaksional, angka, dan huruf serta membubuhkan paraf pada setiap lembar dokumen kontrak. Kontrak ditandatangani dengan ketentuan :

- 1) DIPA/DPA telah ditetapkan;
- 2) Penandatangan kontrak dilakukan paling lambat 14 (empat belas) hari kerja setelah diterbitkan SPBBJ, kecuali apabila DIPA/DPA belum disahkan; dan
- 3) Ditandatangani oleh pihak yang berwenang menandatangani kontrak.

Pihak yang berwenang menandatangani kontrak atas nama penyedia adalah Direktur Utama/Pimpinan Perusahaan/Pengurus Koperasi yang disebutkan namanya dalam Akta Pendirian/Anggaran Dasar, yang telah didaftarkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan atau penyedia perorangan. Selain pihak yang disebut di atas, pihak lain yang dapat menandatangani kontrak adalah pihak yang

mendapat kuasa atau pendelegasian wewenang yang sah dari Direktur Utama/Pimpinan Per-usahaan/Pengurus Koperasi atau pihak yang sah berdasarkan Akta Pendiri-an/Anggaran Dasar untuk menandatangani kontrak sepanjang pihak lain tersebut merupakan pengurus/karyawan perusahaan/karyawan koperasi yang berstatus sebagai tenaga kerja tetap.

Kontrak dibuat sesuai dengan kebutuhan yang terdiri dari :

- 1) Sekurang-kurangnya 2 (dua) kontrak asli, terdiri dari :
 - a) Kontrak asli pertama untuk Pejabat Penandatangan Kontrak dibubuhi materai pada bagian yang ditandatangani oleh penyedia; dan
 - b) Kontrak asli kedua untuk penyedia dibubuhi materai pada bagian yang ditandatangani oleh Pejabat Penandatangan Kontrak.
- 2) Rangkap/salinan kontrak tanpa dibubuhi materai apabila diperlukan.

Kontrak mulai berlaku pada tanggal penandatanganan kontrak oleh para pihak atau pada tanggal yang ditetapkan dalam kontrak.

3. Penyerahan lokasi kerja;

Apabila diperlukan Pejabat Penandatangan Kontrak menyerahkan lokasi kerja kepada penyedia. Penyerahan lokasi kerja dilakukan setelah

sebelumnya dilakukan peninjauan lapangan oleh para pihak dan pihak terkait yang dituangkan dalam Berita Acara Peninjauan Lokasi Kerja.

Penyerahan lokasi kerja dituangkan dalam Berita Acara Serah Terima Lokasi Kerja yang ditandatangani oleh para pihak. Apabila Pejabat Penanda tangan Kontrak tidak dapat menyerahkan seluruh lokasi kerja sesuai kebutuhan penyedia yang tercantum dalam rencana kerja untuk melaksanakan pekerjaan sesuai kontrak, maka Pejabat Penandatangan Kontrak menetapkan kondisi ini sebagai Peristiwa Kompensasi dan dibuat Berita Acara.

4. Surat Perintah Mulai Kerja (SPMK)/Surat Perintah Pengiriman (SPP);

a. SPMK untuk pekerjaan konstruksi/jasa lainnya/jasa konsultasi;

Surat Perintah Mulai Kerja (SPMK) adalah surat perintah dari Pejabat Penandatangan Kontrak kepada Penyedia Pekerjaan Konstruksi/ Jasa Lainnya/Jasa Konsultasi untuk segera memulai pelaksanaan pekerjaan sesuai kontrak.

SPMK diterbitkan selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari kerja setelah tandatangan kontrak atau 14 (empat belas) hari kerja sejak penyerahan lokasi pekerjaan. Dalam SPMK dicantumkan seluruh lingkup pekerjaan dan tanggal mulai kerja yang merupakan waktu dimulainya pelaksanaan pekerjaan sesuai kontrak.

b. SPP untuk barang.

Surat Perintah Pengiriman (SPP) adalah surat perintah tertulis dari Pejabat Penandatangan Kontrak kepada penyedia barang

untuk mulai melaksanakan pekerjaan penyediaan barang sesuai kontrak.

Pejabat Penandatanganan Kontrak menerbitkan SPP selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari kerja sejak tanggal penandatanganan kontrak. SPP harus sudah disetujui/ditandatangani oleh penyedia sesuai dengan yang dipersyaratkan selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja sejak tanggal penerbitan SPP.

Tanggal penandatanganan SPP oleh penyedia ditetapkan sebagai tanggal awal perhitungan waktu pelaksanaan pekerjaan sampai dengan serah terima barang. Untuk pekerjaan yang pengiriman barangnya dijadwalkan tidak dilaksanakan sekaligus tetapi secara berkala/bertahap sesuai rencana kebutuhan, harus dinyatakan dalam kontrak.

5. Pemberian uang muka;

Penyedia dapat mengajukan permohonan uang muka secara tertulis kepada Pejabat Penandatanganan Kontrak disertai dengan rencana penggunaan uang muka untuk melaksanakan pekerjaan sesuai kontrak dan rencana pengembaliannya.

Nilai besaran uang muka paling tinggi sesuai dengan yang ditetapkan dalam kontrak. Uang muka dibayar setelah penyedia menyerahkan jaminan uang muka senilai uang muka yang diterima. Besarnya jaminan uang muka adalah senilai uang muka yang diterima penyedia.

Pengembalian uang muka dapat dilakukan dengan diperhitungkan berangsur-angsur secara proporsional pada setiap pembayaran *prestasi* pekerjaan atau sesuai kesepakatan yang diatur dalam kontrak, dan paling lambat harus lunas pada saat pekerjaan mencapai *prestasi* 100% (seratus persen).

6. Penyusunan program mutu;

Program mutu disusun oleh penyedia sebelum rapat persiapan pelaksanaan kontrak, yang paling sedikit berisi :

- a. Informasi mengenai pekerjaan yang akan dilaksanakan;
- b. Organisasi kerja penyedia;
- c. Jadwal pelaksanaan pekerjaan;
- d. Prosedur pelaksanaan pekerjaan;
- e. Prosedur instruksi kerja; dan/atau
- f. Pelaksana kerja.

Program mutu disesuaikan dengan jenis barang/jasa, karakteristik dan kompleksitas pekerjaan.

7. Rapat persiapan pelaksanaan kontrak;

Sebelum melaksanakan kontrak yang bernilai besar atau kompleks, Pejabat Penandatanganan Kontrak dan penyedia harus melakukan rapat secara tatap muka untuk mendiskusikan kesamaan pemahaman dan administrasi kontrak. Rapat tatap muka harus dilaksanakan secara :

- a. Formal;

- b. Agenda rapat diketahui secara bersama sebelum pelaksanaan rapat;
dan
- c. Para pihak masing-masing harus menunjuk narahubung selama pelaksanaan kontrak.

Hal-hal yang dibahas dalam rapat persiapan pelaksanaan kontrak :

- a. Reviu kontrak, dan pembagian tugas dan tanggung jawab dari kedua belah pihak;
- b. Pemutakhiran/pembaharuan rencana pekerjaan seperti tanggal efektif pelaksanaan, dan tahapan pelaksanaan kontrak;
- c. Reviu rencana penilaian kinerja pekerjaan sebagai dasar melakukan evaluasi kemajuan pekerjaan;
- d. Diskusi bagaimana dan kapan dilakukan pelaporan pekerjaan;
- e. Tata cara, waktu dan frekuensi pengukuran dan pelaporan yang disesuaikan dengan kondisi pekerjaan;
- f. Melakukan klarifikasi hal-hal yang masih kurang jelas dan mendiskusikan prosedur untuk manajemen perubahan; dan
- g. Melakukan klarifikasi rencana koordinasi antar para pihak selama pelaksanaan pekerjaan.

8. Mobilisasi;

- a. Mobilisasi paling lambat harus sudah mulai dilaksanakan sesuai waktu yang ditetapkan;
- b. Untuk pekerjaan konstruksi dan jasa lainnya, mobilisasi dilakukan sesuai dengan lingkup pekerjaan, meliputi :

- 1) Mendatangkan bahan/material dan peralatan terkait yang diperlukan dalam pelaksanaan pekerjaan;
 - 2) Mempersiapkan fasilitas seperti kantor, rumah, gedung laboratorium, bengkel, gudang, dan sebagainya; dan/atau
 - 3) Mendatangkan personil.
- c. Untuk jasa konsultansi, mobilisasi dilakukan sesuai dengan lingkup pekerjaan, meliputi :
- 1) Mendatangkan tenaga ahli;
 - 2) Mendatangkan tenaga pendukung; dan/atau
 - 3) Menyiapkan peralatan pendukung.
- d. Mobilisasi bahan/material, peralatan dan personil dapat dilakukan secara bertahap sesuai dengan kebutuhan.
9. Pemeriksaan Bersama;
- a. Apabila diperlukan, pada tahap awal pelaksanaan kontrak, para pihak bersama-sama melakukan pemeriksaan lokasi pekerjaan dengan melakukan pengukuran dan pemeriksaan detail kondisi lokasi pekerjaan untuk setiap tahapan pekerjaan dan rencana mata pembayaran;
 - b. Untuk pemeriksaan bersama ini, PA/KPA dapat menetapkan tim teknis dan PPK dapat menetapkan tim atau tenaga ahli;
 - c. Hasil pemeriksaan bersama dituangkan dalam Berita Acara. Apabila dalam pemeriksaan bersama mengakibatkan perubahan isi kontrak, maka harus dituangkan dalam addendum kontrak.
10. Pengendalian kontrak;

Para pihak melakukan pengawasan/pengendalian terhadap pelaksanaan kontrak baik secara langsung atau melalui pihak lain yang ditunjuk. Pengawasan/pengendalian kontrak dapat dilaksanakan secara sendiri-sendiri atau bersama-sama oleh :

- a. Pejabat penandatanganan kontrak;
- b. Pihak ketiga yang independen;
- c. Penyedia; dan/atau
- d. Pengguna akhir.

Dalam hal terjadi deviasi antara realisasi dengan target pelaksanaan kontrak atau terjadi kontrak kritis, maka para pihak melakukan Rapat Pembuktian (*Show Cause Meeting/SCM*). Pejabat Penandatanganan Kontrak memerintahkan penyedia untuk melaksanakan perbaikan target dan realisasi pelaksanaan pekerjaan.

Apabila penyedia tidak mampu mencapai target yang ditetapkan pada SCM, maka Pejabat Penandatanganan Kontrak mengeluarkan Surat Peringatan (SP) kepada penyedia. Dalam hal telah dikeluarkan SP ketiga dan penyedia dinilai tidak mampu mencapai target yang ditetapkan, maka Pejabat Penandatanganan Kontrak dapat melakukan pemutusan kontrak secara sepihak dan memberikan sanksi kepada penyedia sesuai ketentuan yang berlaku.

11. Inspeksi pabrikasi;

Para pihak dapat melakukan inspeksi atas proses pabrikasi barang/ peralatan khusus. Jadwal, tempat dan ruang lingkup inspeksi harus sesuai dengan ketentuan dalam kontrak.

12. Pembayaran *prestasi* pekerjaan;

Penyedia mengajukan permohonan pembayaran *prestasi* pekerjaan secara tertulis kepada Pejabat Penandatanganan Kontrak disertai laporan ke- majuan/*output* pekerjaan sesuai kontrak.

Pembayaran *prestasi* pekerjaan dilakukan dengan ketentuan :

- a. Pembayaran dilakukan dengan mengacu ketentuan dalam kontrak dan tidak boleh melebihi kemajuan hasil pekerjaan yang telah dicapai dan diterima oleh Pejabat Penandatanganan Kontrak;
- b. Pembayaran dilakukan terhadap pekerjaan yang sudah terpasang, tidak termasuk bahan/material dan peralatan yang ada di lokasi pekerjaan;
- c. Pembayaran dilakukan dengan sistem bulanan atau sistem termin atau pembayaran secara sekaligus setelah kemajuan hasil pekerjaan dinyatakan diterima sesuai ketentuan dalam kontrak;
- d. Pembayaran bulanan/termin dipotong angsuran uang muka, uang retensi (untuk pekerjaan yang mensyaratkan masa pemeliharaan) dan pajak. Untuk pembayaran akhir, dapat ditambahkan potongan denda apabila ada;
- e. Untuk pekerjaan yang di subkontrakkan, permintaan pembayaran di- lengkapi bukti pembayaran kepada subpenyedia/subkontraktor sesuai dengan kemajuan hasil pekerjaan;
- f. Dikecualikan pembayaran dapat dilakukan sebelum *prestasi* pekerjaan diterima/terpasang untuk :

- 1) Pengadaan barang/jasa yang karena sifatnya dibayar terlebih dahulu sebelum barang/jasa diterima;
 - 2) Pembayaran bahan/material dan/atau peralatan yang menjadi bagian dari hasil pekerjaan yang akan diserahterimakan, namun belum ter- pasang; atau
 - 3) Pembayaran pekerjaan yang belum selesai 100% (seratus persen) pada saat batas akhir pengajuan pembayaran dengan menyerahkan jaminan atas pembayaran.
- g. Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembayaran termasuk bentuk jaminan diatur oleh peraturan menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang keuangan negara.

Pembayaran termin terakhir hanya dapat dilakukan setelah seluruh pekerjaan selesai 100% (seratus persen) sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam kontrak dan para pihak menandatangani Berita Acara Serah Terima pekerjaan. Untuk pekerjaan yang mensyaratkan masa pemeliharaan, uang retensi dibayarkan setelah masa pemeliharaan berakhir (serah terima kedua/ FHO). Dalam hal masa pemeliharaan berakhir pada tahun anggaran berikutnya yang menyebabkan retensi tidak dapat dibayarkan, maka uang retensi dapat dibayarkan dengan syarat penyedia menyampaikan jaminan pemeliharaan senilai uang retensi tersebut.

13. Perubahan kontrak;

Perubahan kontrak karena perbedaan kondisi lapangan pada saat pelaksanaan dengan gambar dan/atau spesifikasi teknis/KAK dalam dokumen kontrak diberlakukan untuk Kontrak Lumsum, Kontrak Harga Satuan, Kontrak Gabungan Lumsum dan Harga Satuan, dan Kontrak Terima Jadi (*Turnkey*).

Dalam hal terdapat perbedaan antara kondisi lapangan pada saat pelaksanaan dengan gambar dan/atau spesifikasi teknis/KAK yang ditentukan dalam dokumen kontrak, Pejabat Penandatangan Kontrak bersama penyedia dapat melakukan perubahan kontrak, yang meliputi :

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

Perubahan kontrak yang disebabkan masalah administrasi, dapat dilakukan sepanjang disepakati kedua belah pihak. Masalah administrasi yang dimaksud antara lain pergantian PPK, perubahan rekening penerima. Pekerjaan tambah dilaksanakan dengan ketentuan :

- a. Tidak melebihi 10% (sepuluh persen) dari harga yang tercantum dalam perjanjian/kontrak awal; dan
- b. Tersedia anggaran untuk pekerjaan tambah.

Untuk pemeriksaan dalam rangka perubahan kontrak, Pejabat Penanda tangan Kontrak dapat menetapkan tim atau tenaga ahli. Perubahan kontrak tidak dapat dilakukan pada masa tambahan waktu penyelesaian pekerjaan (masa denda) akibat dari keterlambatan setelah waktu pelaksanaan kontrak berakhir.

14. Penyesuaian harga;

Penyesuaian harga diberlakukan terhadap Kontrak Tahun Jamak yang berbentuk Kontrak Harga Satuan atau berdasarkan Waktu Penugasan yang masa pelaksanaan pekerjaannya lebih dari 18 (delapan belas) bulan, dengan ketentuan :

- a. Ketentuan, persyaratan, dan tata cara perhitungan penyesuaian harga dicantumkan dalam Dokumen Pemilihan (rancangan kontrak) dan/atau perubahan Dokumen Pemilihan, yang selanjutnya dituangkan dalam kontrak;
- b. Persyaratan perhitungan penyesuaian harga, meliputi :
 - 1) Penyesuaian diberlakukan mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak pelaksanaan pekerjaan;
 - 2) Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pembayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya *overhead*, dan harga satuan timpang sebagaimana tercantum dalam penawaran;
 - 3) Penyesuaian harga satuan diberlakukan sesuai dengan jadwal pelaksanaan yang tercantum dalam kontrak/adendum kontrak;

- 4) Penyesuaian harga satuan bagi komponen pekerjaan yang berasal dari luar negeri, menggunakan indeks penyesuaian harga dari negara asal barang tersebut;
- 5) Jenis pekerjaan baru dengan harga satuan baru sebagai akibat adanya adendum kontrak dapat diberikan penyesuaian harga mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak adendum kontrak tersebut ditandatangani; dan
- 6) Indeks yang digunakan dalam hal pelaksanaan kontrak terlambat disebabkan oleh kesalahan penyedia adalah indeks terendah antara jadwal kontrak dan realisasi pekerjaan.

c. Rumusan penyesuaian nilai kontrak, ditetapkan sebagai berikut :

$$P_n = (H_{n1} \times V_1) + (H_{n2} \times V_2) + (H_{n3} \times V_3) + \dots$$

P_n = Nilai kontrak setelah dilakukan penyesuaian harga satuan;

H_n = Harga satuan baru setiap jenis komponen pekerjaan setelah dilakukan penyesuaian harga menggunakan rumusan penyesuaian Harga Satuan;

V = Volume setiap jenis komponen pekerjaan yang dilaksanakan.

15. Keadaan kahar

Keadaan kahar adalah suatu keadaan yang terjadi di luar kehendak para pihak dalam kontrak dan tidak dapat diperkirakan sebelumnya, sehingga kewajiban yang ditentukan dalam kontrak menjadi tidak dapat dipenuhi. Tidak termasuk keadaan kahar adalah hal-hal merugikan yang disebabkan oleh perbuatan atau kelalaian para pihak.

Dalam hal terjadi keadaan kahar, Pejabat Penandatanganan Kontrak atau penyedia memberitahukan tentang terjadinya keadaan kahar kepada salah satu pihak secara tertulis dalam waktu paling lambat 14 (empat belas) hari kalender sejak menyadari atau seharusnya menyadari atas kejadian atau keadaan yang merupakan keadaan kahar.

Dalam hal terjadi keadaan kahar, pelaksanaan kontrak dapat dihentikan atau dilanjutkan setelah kondisi kahar berakhir. Dalam hal pelaksanaan kontrak dilanjutkan, para pihak dapat melakukan perubahan kontrak. Jangka waktu penyelesaian pekerjaan dapat diperpanjang sekurang-kurangnya sama dengan jangka waktu terhentinya kontrak akibat keadaan kahar. Perpanjangan waktu untuk penyelesaian kontrak dapat melewati Tahun Anggaran.

Dalam hal pelaksanaan kontrak dihentikan, para pihak menyelesaikan kewajiban yang telah dilaksanakan. Penyedia berhak untuk menerima pembayaran sesuai dengan *prestasi* atau kemajuan pelaksanaan pekerjaan yang telah dicapai. Selama masa keadaan kahar, jika Pejabat Penandatanganan Kontrak memerintahkan secara tertulis kepada penyedia untuk sedapat mungkin meneruskan pekerjaan, maka penyedia berhak untuk menerima pembayaran sebagaimana ditentukan dalam kontrak dan mendapat penggantian biaya yang wajar sesuai dengan kondisi yang telah dikeluarkan untuk bekerja dalam keadaan kahar. Penggantian biaya ini harus diatur dalam suatu addendum kontrak.

Kegagalan salah satu pihak memenuhi kewajiban yang disebutkan dalam kontrak bukan merupakan cidera janji/*wanprestasi* jika disebabkan

oleh karena keadaan kahar. Contoh keadaan kahar dalam kontrak pengadaan barang/jasa tidak terbatas pada : bencana alam, bencana non-alam, bencana sosial, pemogokan, kebakaran, kondisi cuaca ekstrim, dan gangguan industry lainnya.

16. Penghentian kontrak atau berakhirnya kontrak;

a. Penghentian kontrak;

Kontrak berhenti apabila terjadi keadaan kahar. Penghentian kontrak karena keadaan kahar dilakukan secara tertulis oleh Pejabat Penandatangan Kontrak dengan disertai alasan penghentian pekerjaan. Penghentian kontrak karena keadaan kahar dapat bersifat :

- 1) Sementara hingga keadaan kahar berakhir; atau
- 2) Permanen apabila akibat keadaan kahar tidak memungkinkan dilanjutkan/diselesaikannya pekerjaan.

Dalam hal kontrak dihentikan karena keadaan kahar, maka Pejabat Penandatangan Kontrak wajib membayar kepada penyedia sesuai dengan kemajuan hasil pekerjaan yang telah dicapai setelah dilakukan pemeriksaan bersama atau berdasarkan hasil audit.

b. Berakhirnya kontrak.

Kontrak berakhir apabila pekerjaan telah selesai dan hak dan kewajiban para pihak yang terdapat dalam kontrak sudah terpenuhi. Terpenuhinya hak dan kewajiban para pihak adalah terkait dengan pembayaran yang seharusnya dilakukan akibat dari pelaksanaan kontrak. Sebagai contoh meskipun kontrak telah berhenti karena pekerjaan telah selesai 100% (seratus persen) namun kontrak belum berakhir

apabila masih terdapat sisa pembayaran yang belum dibayarkan oleh PPK kepada Penyedia. Misalnya pembayaran atas sisa pekerjaan akibat keterlambatan yang melewati tahun anggaran atau pembayaran atas penyesuaian harga.

17. Pemutusan kontrak;

Pemutusan kontrak adalah tindakan yang dilakukan oleh Pejabat Penandatangan Kontrak atau penyedia untuk mengakhiri berlakunya kontrak karena alasan tertentu.

a. Pemutusan kontrak oleh Pejabat Penandatangan Kontrak;

Pejabat Penandatangan Kontrak melakukan pemutusan kontrak, apabila :

- 1) Penyedia terbukti melakukan KKN, kecurangan dan/atau pemalsuan dalam proses pengadaan yang diputuskan oleh instansi yang berwenang;
- 2) Pengaduan tentang penyimpangan prosedur, dugaan KKN dan/atau pelanggaran persaingan sehat dalam pelaksanaan pengadaan barang/ jasa dinyatakan benar oleh instansi yang berwenang;
- 3) Penyedia berada dalam keadaan pailit;
- 4) Penyedia terbukti dikenakan Sanksi Daftar Hitam sebelum penandatangan kontrak;
- 5) Penyedia gagal memperbaiki kinerja setelah mendapat Surat Peringatan sebanyak 3 (tiga) kali;

- 6) Penyedia tidak mempertahankan berlakunya jaminan pelaksanaan;
- 7) Penyedia lalai/cidera janji dalam melaksanakan kewajibannya dan tidak memperbaiki kelalaiannya dalam jangka waktu yang telah ditetapkan;
- 8) Berdasarkan penelitian Pejabat Penandatanganan Kontrak, penyedia tidak akan mampu menyelesaikan keseluruhan pekerjaan walaupun diberikan kesempatan sampai dengan 50 (lima puluh) hari kalender sejak masa berakhirnya pelaksanaan pekerjaan untuk menyelesaikan pekerjaan;
- 9) Setelah diberikan kesempatan menyelesaikan pekerjaan sampai dengan 50 (lima puluh) hari kalender sejak masa berakhirnya pelaksanaan pekerjaan, penyedia barang/jasa tidak dapat menyelesaikan pekerjaan; atau
- 10) Penyedia menghentikan pekerjaan selama waktu yang ditentukan dalam kontrak dan penghentian ini tidak tercantum dalam program mutu serta tanpa persetujuan pengawas pekerjaan.

Dalam hal pemutusan kontrak dilakukan oleh karena kesalahan penyedia :

- 1) Jaminan pelaksanaan dicairkan;
- 2) Sisa uang huka harus dilunasi oleh penyedia atau jaminan uang muka dicairkan (apabila diberikan); dan
- 3) Penyedia dikenakan sanksi Daftar Hitam.

Dalam hal dilakukan pemutusan kontrak secara sepihak oleh Pejabat Penandatangan Kontrak karena kesalahan penyedia, maka Pokja Pemilihan dapat menunjuk pemenang cadangan berikutnya pada paket pekerjaan yang sama atau penyedia yang mampu dan memenuhi syarat.

b. Pemutusan kontrak oleh penyedia.

Penyedia melakukan pemutusan kontrak, apabila :

- 1) Setelah mendapatkan persetujuan Pejabat Penandatangan Kontrak, Pengawas pekerjaan memerintahkan penyedia untuk menunda pelaksanaan pekerjaan atau kelanjutan pekerjaan, dan perintah tersebut tidak ditarik selama waktu yang ditentukan dalam kontrak;
- 2) Pejabat Penandatangan Kontrak tidak menerbitkan Surat Permintaan Pembayaran (SPP) untuk pembayaran tagihan angsuran sesuai dengan yang disepakati sebagaimana tercantum dalam syarat-syarat kontrak.

18. Pemberian kesempatan;

Dalam hal penyedia gagal menyelesaikan pekerjaan sampai masa pelaksanaan kontrak berakhir, namun Pejabat Penandatangan Kontrak menilai bahwa penyedia mampu menyelesaikan pekerjaan, Pejabat Penandatangan Kontrak memberikan kesempatan penyedia untuk menyelesaikan pekerjaan dengan pengenaan sanksi denda keterlambatan.

Pemberian kesempatan kepada penyedia untuk menyelesaikan pekerjaan dituangkan dalam addendum kontrak yang di dalamnya mengatur pengenaan sanksi denda keterlambatan kepada penyedia dan perpanjangan masa berlaku jaminan pelaksanaan (apabila ada).

Pemberian kesempatan kepada penyedia menyelesaikan pekerjaan sampai dengan 50 (lima puluh) hari kalender, sejak masa berakhirnya pelaksanaan pekerjaan. Pemberian kesempatan kepada penyedia untuk menyelesaikan pekerjaan dapat melampaui Tahun Anggaran.

19. Denda dan ganti rugi.

- a. Sanksi finansial yang dikenakan kepada penyedia sesuai ketentuan yang berlaku karena terjadinya cidera janji/wanprestasi yang tercantum dalam kontrak;
- b. Sanksi finansial dapat berupa sanksi ganti rugi atau denda keterlambatan;
- c. Cidera janji/wanprestasi dapat berupa kegagalan bangunan, menyerahkan jaminan yang tidak bisa dicairkan, melakukan kesalahan dalam perhitungan volume hasil pekerjaan berdasarkan hasil audit, menyerahkan barang/jasa yang kualitasnya tidak sesuai dengan kontrak berdasarkan hasil audit, dan keterlambatan penyelesaian pekerjaan;
- d. Sanksi ganti rugi apabila terjadi kegagalan bangunan, menyerahkan jaminan yang tidak bisa dicairkan, melakukan kesalahan dalam perhitungan volume hasil pekerjaan berdasarkan

- hasil audit, menyerahkan barang/jasa yang kualitasnya tidak sesuai dengan kontrak berdasarkan hasil audit. Besarnya sanksi ganti rugi adalah sebesar nilai kerugian yang ditimbulkan;
- e. Denda keterlambatan apabila terjadi keterlambatan penyelesaian pekerjaan. Besarnya denda keterlambatan adalah :
- 1) 1‰ (satu permil) per hari dari harga bagian kontrak yang tercantum dalam Kontrak; atau
 - 2) 1‰ (satu permil) per hari dari harga kontrak.
- f. Bagian kontrak adalah bagian pekerjaan dari satu pekerjaan yang ditetapkan dalam dokumen pemilihan;
- g. Tata cara pembayaran denda diatur di dalam dokumen kontrak.

Dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, sebagai- mana telah diatur dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021, meskipun telah diatur sedemikian rupa tetapi masih terjadi penyimpangan-penyimpangan dalam setiap tahapan pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah. Seperti halnya dalam tahapan penyesuaian harga (eskalasi), yang cenderung merugikan pihak penyedia jasa atau kontraktor.

Setiap pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pasti terdapat risiko yang harus dihadapi oleh para pihak, yang salah satunya penyebabnya adalah adanya inflasi harga. Inflasi akan mengurangi keuntungan bagi penyedia jasa, sehingga diperlukan penyesuaian harga dalam kontrak pengadaan barang/jasa. Hal ini hanya dapat dilakukan dengan cara menambah

nilai total kontrak bilamana masih tersedia alokasi anggaran, atau mengurangi lingkup pekerjaan bilamana tidak tersedia anggaran untuk menambah nilai kontrak (optimasi).

Permasalahan dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah seperti dalam hal penyesuaian harga kontrak menimbulkan ketidakadilan, terutama bagi penyedia barang/jasa, karena penyedia barang/jasa yang akan menanggung kerugian jika pengajuan klaim penyesuaian harga ditolak atau tidak diterima oleh pengguna barang/jasa, atau klaim penyesuaian harga kontrak disetujui tetapi tidak sesuai dengan harga yang naik akibat fluktuasi. Dengan demikian, diperlukan kebijakan pemberian ketentuan penyesuaian harga untuk mengurangi risiko bagi penyedia barang/jasa.

Adanya penyimpangan-penyimpangan dalam setiap tahapan pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah membuktikan bahwa hukum yang dibentuk untuk mengatur pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah belum dapat bekerja secara efektif. Pasal-pasal dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 yang menjadi payung hukum pengaturan pengadaan barang/jasa pemerintah masih terdapat celah atau peluang bagi oknum penyelenggara dan penyedia barang/jasa untuk melakukan tindakan-tindakan menyimpang dari aturan demi mencari keuntungan bagi dirinya sendiri maupun oknum rekanannya.

Basis bekerjanya hukum adalah masyarakat, dengan demikian hukum akan dipengaruhi oleh faktor-faktor atau kekuatan sosial mulai dari tahap pembuatan sampai dengan pemberlakuan. Kekuatan sosial akan berusaha

masuk dalam setiap proses legislasi secara efektif dan efisien. Peraturan yang dikeluarkan diharapkan terlaksana sesuai dengan keinginan pembentuk undang-undang, tetapi efek dari peraturan tersebut tergantung dari kekuatan sosial seperti budaya hukumnya, jika budaya hukumnya baik, maka hukum juga akan bekerja dengan baik pula, tetapi sebaliknya apabila hukum kekuatannya berkurang atau tidak ada, maka hukum tidak akan bisa berjalan.

Hukum akan dapat bekerja dengan baik dan efektif dalam masyarakat yang diaturnya, apabila komponen dalam sistem hukum juga berjalan dan berfungsi optimal, sehingga memandang efektifitas hukum dan bekerjanya hukum dalam masyarakat perlu memperhatikan komponen-komponen, baik komponen substansi hukum, struktur hukum dan budaya atau kultur hukum.

Hukum dapat bekerja dan berfungsi tidak sekedar apa yang diharapkan oleh pembuat peraturan hukum, tetapi juga dapat terlaksana dengan memperhatikan komponen sistem hukum untuk bekerja sebagaimana mestinya. Tidak bekerjanya hukum tersebut, bisa datang dari peraturan hukum yang dibuat, atau dari para penerap peraturan/pelaksana, ataukah budaya hukum masyarakat yang tidak patuh untuk melaksanakan hukum atau tindakan-tindakan masyarakat yang membuat hukum menjadi tidak dapat terlaksana sebagaimana mestinya.

C. Perlindungan Hukum Bagi Pengguna dan Penyedia Jasa

Perlindungan hukum dalam arti sempit adalah sesuatu yang diberikan kepada subjek hukum dalam bentuk perangkat hukum, baik yang bersifat preventif maupun represif, serta dalam bentuk yang tertulis

maupun tidak tertulis. Dengan kata lain, perlindungan hukum dapat diartikan sebagai suatu gambaran dari fungsi hukum, yaitu ketentraman bagi segala kepentingan manusia yang ada di dalam masyarakat, sehingga tercipta keselarasan dan keseimbangan hidup masyarakat. Perlindungan hukum dalam arti luas adalah diberikan kepada seluruh makhluk hidup maupun segala ciptaan Tuhan dan dimanfaatkan bersama-sama dalam rangka kehidupan yang adil dan damai. Dengan demikian, perlindungan hukum itu berkaitan dengan bagaimana hukum memberikan keadilan, yaitu memberikan atau mengatur hak dan kewajiban terhadap subjek hukum, selain itu juga berkaitan dengan bagaimana hukum memberikan keadilan terhadap subjek hukum yang dilanggar haknya untuk mempertahankan haknya tersebut.¹⁹⁰

Perlindungan hukum merupakan gambaran dari bekerjanya fungsi hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, yakni keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan kepada subjek hukum sesuai dengan aturan hukum, baik itu yang bersifat preventif (pencegahan) maupun yang bersifat represif (pemaksaan), baik yang secara tertulis maupun tidak tertulis dalam rangka menegakkan peraturan hukum.

Hakikatnya setiap orang berhak mendapatkan perlindungan dari hukum. Hampir seluruh hubungan hukum harus mendapat perlindungan dari hukum, termasuk dalam pelaksanaan perjanjian timbal-balik.

¹⁹⁰ Sulistyandari, Hukum Perbankan, Perlindungan Hukum Terhadap Nasabah Penyimpan Melalui Pengawasan Perbankan di Indonesia, Laros, Sidoarjo, 2012, hlm. 283.

Pada dasarnya, hukum diciptakan untuk menjamin keadilan, kepastian, dan kemanfaatan serta diharapkan dapat berperan untuk menjamin ketentraman warga masyarakat dalam mewujudkan tujuan-tujuan hidupnya. Salah satu aspek yang terpenting di dalam upaya untuk perlindungan bagi masyarakat yang kedudukannya lemah dalam perjanjian, maka harus diantisipasi praktik-praktik kecurangan yang dilakukan oleh pihak yang mempunyai kedudukan kuat yang dapat merugikan pihak yang lemah.

Menurut Philipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum dalam kepastiaan hukum berbahasa Belanda dikenal dengan sebutan “*recht bescherming van de burgers*”.¹⁹¹

Menurut Satjipto Raharjo bahwa perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.¹⁹²

Menurut Munir Fuady bahwa tujuan hukum di samping untuk mencapai keadilan juga bertujuan menciptakan kepastian hukum bagi manusia pribadi dan masyarakat luas.¹⁹³

¹⁹¹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1997, hlm. 25.

¹⁹² Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 54.

¹⁹³ Munir Fuady dan Muchtar Wahid, *Memaknai Kepastian Hukum Hak Milik Atas Tanah, Suatu Analisis Dengan Pendekatan Terpadu Secara Normatif dan Sosiologis*, Republika, Jakarta, 2008, hlm. 86.

Hukum merupakan sarana untuk mengatur dan melindungi kepentingan masyarakat. Setiap anggota masyarakat harus melaksanakan kewajiban dan mendapatkan haknya masing-masing sehingga tidak ada yang akan dirugikan.

Menurut Fitzgerald bahwa perlindungan hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu hanya dapat dilakukan dengan cara membatasi berbagai kepentingan di lain pihak. Kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi. Perlindungan hukum harus melihat tahapan, yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat.¹⁹⁴

Menurut Satjipto Rahardjo bahwa hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut. Pengalokasian kekuasaan ini dilakukan secara terukur, dalam arti, ditentukan keluasan dan kedalamannya. Kekuasaan yang demikian itulah yang disebut hak. Tetapi tidak di setiap kekuasaan dalam masyarakat bisa disebut sebagai hak,

¹⁹⁴ Satjipto Raharjo, *op.cit.*, hlm. 53 dan 69

melainkan hanya kekuasaan tertentu yang menjadi alasan melekatnya hak itu pada seseorang.¹⁹⁵

Karakteristik hukum adalah memaksa disertai dengan ancaman dan sanksi. Tetapi hukum bukan dipaksa untuk membenarkan persoalan yang salah, atau memaksa mereka yang tidak berkedudukan dan tidak beruang. Agar peraturan-peraturan hidup kemasyarakatan benar-benar dipatuhi dan ditaati sehingga menjadi kaidah hukum, maka peraturan kemasyarakatan tersebut harus dilengkapi dengan unsur memaksa. Dengan demikian, hukum mempunyai sifat mengatur dan memaksa setiap orang supaya menaati tata tertib dalam masyarakat serta memberikan sanksi yang tegas (berupa hukuman) terhadap siapa saja yang tidak mau mematuhi.¹⁹⁶

Perlindungan hukum mempunyai makna sebagai perlindungan dengan menggunakan sarana hukum atau perlindungan yang diberikan oleh hukum, ditujukan kepada perlindungan terhadap kepentingan-kepentingan tertentu, yaitu dengan cara menjadikan kepentingan yang perlu dilindungi tersebut ke dalam sebuah hak hukum.¹⁹⁷

¹⁹⁵ *Ibid*

¹⁹⁶ Suharto dan Junaidi Efendi, *Panduan Praktis Bila Menghadapi Perkara Pidana, Mulai Proses Penyelidikan Sampai Persidangan*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2010, hlm. 25 dan 26.

¹⁹⁷ Harjono, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*, Sekretariat Jenderal dan Kepanite-raan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2008, hlm. 373.

Perlindungan hukum adalah suatu jaminan yang diberikan oleh negara kepada semua pihak untuk dapat melaksanakan hak dan kepentingan hukum yang dimilikinya dalam kapasitasnya sebagai subjek hukum.¹⁹⁸

Perlindungan hukum merupakan gambaran dari bekerjanya fungsi hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan kepada subjek hukum sesuai dengan aturan hukum, baik itu yang bersifat preventif (pencegahan) maupun dalam bentuk yang bersifat represif (pemaksaan), baik yang secara tertulis maupun tidak tertulis dalam rangka menegakkan peraturan hukum.¹⁹⁹

Menurut Satjipto Raharjo bahwa perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.²⁰⁰

Esmi Warassih menyatakan bahwa pada hakikatnya hukum mengandung ide atau konsep-konsep yang abstrak. Sekalipun abstrak, tapi ia dibuat untuk diimplementasikan dalam kehidupan sosial sehari-hari. Oleh sebab itu, perlu adanya suatu kegiatan untuk mewujudkan ide-ide tersebut ke dalam

¹⁹⁸ Junita Eko Setiyowati, *Perlindungan Hukum Peserta Bagi Hasil di Suatu Perusahaan*, Alumni, Bandung, 2003, hlm. 13.

¹⁹⁹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum...*, *op.cit.*, hlm. 2.

²⁰⁰ Satjipto Raharjo, *loc.cit.*

masyarakat. Rangkaian kegiatan dalam rangka mewujudkan ide-ide tersebut menjadi kenyataan merupakan suatu proses penegakan hukum.²⁰¹

Tugas negara untuk melindungi warganya serta menjaga kedamaian bagi seluruh rakyat, dan sebagai negara hukum, maka negara Indonesia harus melindungi hak-hak warga negaranya dari tindakan-tindakan yang merugikan melalui hukum positif yang diterapkan.

Pengadaan barang dan/jasa pemerintah merupakan sebuah kontrak yang mempunyai karakteristik yang berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Hal tersebut dikarenakan salah satu pihak yang terlibat dalam kontrak tersebut, yaitu instansi pemerintah sebagai representasi dari negara, dan pembiayaan untuk pelaksanaan kontrak berasal dari keuangan negara atau pemerintah daerah, sebagaimana yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah bahwa : “Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut pengadaan barang/jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa oleh Kementerian/Lembaga/Perangkat Daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak identifikasi kebutuhan, sampai dengan serah terima hasil pekerjaan”.

Adanya elemen hukum publik menjadikan kedudukan para pihak yang terlibat dalam kontrak tidak sepenuhnya berada dalam kedudukan yang sama dan seimbang, karena biasanya pihak pemerintah telah menentukan terlebih dahulu syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam pengadaan barang dan jasa.

²⁰¹ Esmi Warassih, *Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis*, Cetakan Kedua, Badan

Pihak pemerintah kedudukannya lebih dominan pihak pemerintah dalam suatu kontrak, yang tidak ubahnya sebagai sebuah kontrak baku (*standard contract*).

Keseimbangan hak dan kewajiban merupakan prinsip yang terdapat dalam sebuah perjanjian. Menurut Siti Malikhatun Badriyah bahwa tujuan dari perjanjian adalah untuk mencapai keseimbangan kepentingan antara para pihak, sehingga keseimbangan menjadi hal yang sangat penting, bahkan menjadi titik sentral sejak awal, yaitu sejak dimulai dari tahap pra-kontraktual (tahap penawaran), kemudian pada saat muncul kesepakatan yang menimbulkan perikatan antara para pihak (tahap kontraktual), sampai kepada tahap pelaksanaan perjanjian yang mengikat para pihak.²⁰²

Keseimbangan dikenal dalam sebuah perjanjian sebagai asas, di mana asas keseimbangan merupakan asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Asas keseimbangan dalam sebuah kontrak atau perjanjian harus diperhatikan agar salah satu pihak tidak dirugikan hanya karena adanya kebebasan berkontrak antar kedua belah pihak dalam membuat suatu perjanjian. Pada dasarnya suatu perjanjian berawal dari suatu perbedaan kepentingan di antara para pihak. Perumusan hubungan kontraktual tersebut pada umumnya diawali dengan proses negosiasi di antara para pihak.²⁰³

²⁰² Siti Malikhatun Badriyah, *Sistem Penemuan Hukum Dalam Masyarakat Prismatik*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, hlm. 139

²⁰³ Aryo Dwi Prasnowo dan Siti Malikhatun Badriyah, *Implementasi Asas Keseimbangan Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Baku*, Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Magister Law Journal), Vol. 8 No. 1, Universitas Udayana, Bali, Mei 2009, hlm. 63.

Keseimbangan adalah suatu asas yang dimaksudkan untuk membuat pranata-pranata hukum dan asas-asas pokok hukum perjanjian menjadi selaras, yang mana dikenal dalam hukum perdata yang berdasarkan pemikiran dan latar belakang individualisme pada suatu pihak dan cara pikir bangsa Indonesia pada lain pihak. Keseimbangan juga diartikan sebagai suatu upaya untuk mencapai suatu keadaan seimbang, oleh karena itu harus memunculkan pengalihan kekayaan secara sah. Maksud keseimbangan dari beberapa aturan yang telah dikemukakan, yaitu terjadinya kesetaraan kedudukan antara hak dan kewajiban para pihak dalam sebuah perjanjian dengan syarat dan kondisi yang sama (*ceteris paribus*), serta tidak ada pihak yang mendominasi atau melakukan tekanan kepada pihak lainnya. Penerapan asas keseimbangan dalam perjanjian oleh para pihak, dapat mencegah *wan- prestasi* dan kerugian bagi salah satu pihak. Dengan demikian, diperlukan itikad baik untuk melaksanakan perjanjian.

Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021 menjadi pedoman bagi penyedia barang/jasa dan pengguna barang/jasa dalam melaksanakan kontrak pekerjaan pengadaan barang/jasa. Sebagaimana telah disebutkan dalam Bab IV sebelumnya, Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021 mempunyai kelemahan pada pelaksanaannya, sehingga Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021 masih terdapat celah bagi oknum

penyelenggara dan rekanan untuk melakukan penyimpangan, salah satunya terkait dengan masalah penyesuaian harga kontrak.

Terkait dengan persoalan penyesuaian harga kontrak yang diajukan oleh penyedia barang/jasa, yang pada praktiknya sering mengalami ke-terlambatan, bahkan tidak mendapatkan respon dari pengguna barang/jasa, maka dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Perpres Nomor 12 Tahun 2021 perlu diatur ketentuan hukum mengenai ketentuan ganti rugi yang dibebankan kepada pengguna barang/jasa yang terlambat dalam memberikan klaim penyesuaian harga kontrak kepada penyedia barang/jasa. Namun ketentuan – ketentuan terkait perlindungan hukum bagi penyedia jasa dan pengguna jasa masih belum secara jelas dan terinci.

Dengan persoalan diatas, penulis merekonstruksi nilai keadilan dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah ialah dengan cara memasukkan dan atau menambahkan aturan dalam Pasal 17 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021.

Rekonstruksi Pasal	Bunyi Pasal	Sesudah Rekonstruksi	Perubahan
Pasal 17 Peraturan Presiden Nomor 16	Pasal 17 berbunyi: (1) Penyedia sebagaimana dimaksud dalam	Pasal 17 berbunyi: (1) Penyedia sebagaimana dimaksud dalam	Penambahan : (3) Penyedia sebagaimana

<p>Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021</p>	<p>Pasal 8 huruf i wajib memenuhi kualifikasi sesuai dengan barang/jasa yang diadakan dan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang- undangan. (2) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas: a. pelaksanaan Kontrak; b. kualitas barang/jasa; c. ketepatan perhitungan</p>	<p>Pasal 8 huruf i wajib memenuhi kualifikasi sesuai dengan barang/jasa yang diadakan dan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang- undangan. (2) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas: a. pelaksanaan Kontrak; b. kualitas barang/jasa; c. ketepatan perhitungan</p>	<p>dimaksud pada ayat (1) sewaktu - waktu dapat mengajukan perubahan Volume, Mutu dan Harga Satuan dalam kontrak berdasarkan pertimbangan keadaan di lokasi pekerjaan disertai dengan Justifikasi Teknis yang telah disetujui oleh Pejabat Pembuat Komitmen.</p>
--	--	--	---

	<p>jumlah atau volume; d. ketepatan waktu penyerahan; dan e. ketepatan tempat penyerahan.</p>	<p>jumlah atau volume; d. ketepatan waktu penyerahan; dan e. ketepatan tempat penyerahan. (3) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sewaktu-waktu dapat mengajukan perubahan Volume, Mutu dan Harga Satuan dalam kontrak berdasarkan pertimbangan keadaan di lokasi pekerjaan disertai dengan Justifikasi</p>	
--	---	---	--

		Teknis yang telah disetujui oleh Pejabat Pembuat Komitmen.	
Pasal 37 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021	Pasal 37 Perpres 16 Tahun 2018 (1) Penyesuaian harga dilakukan dengan ketentuan sebagai berikut : a. Diberlakukan terhadap Kontrak Tahun Jamak dengan jenis Kontrak Harga Satuan atau Kontrak berdasarkan Waktu Penugasan sesuai dengan ketentuan dan persyaratan yang	Pasal 37 Perpres 16 Tahun 2018 (1) Penyesuaian harga dapat dilakukan dengan ketentuan sebagai berikut : a. Diberlakukan terhadap Kontrak dengan jenis Kontrak Harga Satuan atau Kontrak berdasarkan Waktu Penugasan sesuai dengan ketentuan dan persyaratan yang	Pasal 37 Perpres 16 Tahun 2018 (1) Penyesuaian harga “dapat” dilakukan dengan ketentuan sebagai berikut : a. Diberlakukan terhadap Kontrak Tahun Jamak dengan jenis Kontrak Harga Satuan atau Kontrak berdasarkan Waktu Penugasan sesuai

<p>telah tercantum dalam Dokumen Pemilihan dan/atau perubahan Dokumen Pemilihan; dan</p> <p>b. Perhitungan koefisien penyesuaian harga dimasukkan di dalam dokumen kontrak atau pada saat awal pelaksanaan untuk kepastian perhitungan penyesuaian harga pada saat bulan ke-13 (tiga belas).</p> <p>(2) Persyaratan dan tata cara penghitungan</p>	<p>telah tercantum dalam Dokumen Pemilihan dan/atau perubahan Dokumen Pemilihan; dan</p> <p>b. Perhitungan koefisien penyesuaian harga dimasukkan di dalam dokumen kontrak atau pada saat awal pelaksanaan untuk kepastian perhitungan penyesuaian harga.</p> <p>(2) Persyaratan dan tata cara penghitungan penyesuaian harga</p>	<p>dengan ketentuan dan persyaratan yang telah tercantum dalam Dokumen Pemilihan dan/atau perubahan Dokumen Pemilihan; dan</p> <p>b. Perhitungan koefisien penyesuaian harga dimasukkan di dalam dokumen kontrak atau pada saat awal pelaksanaan untuk kepastian perhitungan penyesuaian harga pada saat</p>
--	---	---

<p>penyesuaian harga sebagai- mana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas :</p> <p>a. Penyesuaian harga diberlakukan pada Kontrak Tahun Jamak yang masa pelaksanaannya lebih dari 18 (delapan belas) bulan;</p> <p>b. Penyesuaian harga sebagaimana dimaksud pada huruf a diberlakukan mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak pelaksanaan pekerjaan;</p>	<p>sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas :</p> <p>a. Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pembayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya tidak langsung (<i>overhead cost</i>), dan harga satuan timpang sebagaimana tercantum dalam penawaran;</p> <p>b. Penyesuaian</p>	<p>bulan ke-13 (tiga belas) (2) Persyaratan dan tata cara penghitungan penyesuaian harga sebagai- mana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas :</p> <p>a. Penyesuaian harga diberlakukan pada Kontrak Tahun Jamak yang masa pelaksanaannya lebih dari 18 (delapan belas) bulan; b. Penyesuaian harga sebagaimana</p>
---	--	---

<p>c. Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pem- bayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya tidak langsung (<i>overhead cost</i>), dan harga satuan timpang sebagaimana tercantum dalam penawaran;</p>	<p>harga satuan diberlakukan sesuai dengan jadwal pelaksanaan yang tercantum dalam Kontrak;</p> <p>c. Penyesuaian harga satuan bagi komponen pekerjaan yang berasal dari luar negeri, menggunakan indeks penyesuaian harga dari negara</p>	<p>dimaksud pada huruf a</p> <p>diberlaku—kan</p> <p>mulai bulan ke-13 (tiga belas)</p> <p>sejak pelaksanaan pekerjaan;</p> <p>c. Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pem- bayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya tidak langsung (<i>overhead cost</i>), dan harga satuan timpang sebagaimana</p>	<p>dimaksud pada huruf a</p> <p>diberlaku—kan</p> <p>mulai bulan ke-13 (tiga belas)</p> <p>sejak pelaksanaan pekerjaan;</p> <p>c. Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pem- bayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya tidak langsung (<i>overhead cost</i>), dan harga satuan timpang sebagaimana</p>
<p>d. Penyesuaian harga satuan diberlakukan sesuai dengan jadwal pelaksanaan yang</p>	<p>asal barang tersebut;</p> <p>d. Jenis pekerjaan baru dengan harga satuan baru</p>	<p>biaya tidak langsung (<i>overhead cost</i>), dan harga satuan timpang sebagaimana</p>	<p>biaya tidak langsung (<i>overhead cost</i>), dan harga satuan timpang sebagaimana</p>

<p>tercantum dalam Kontrak;</p> <p>e. Penyesuaian harga satuan bagi komponen pekerjaan yang berasal dari luar negeri, menggunakan indeks penyesuaian harga dari negara asal barang tersebut;</p> <p>f. Jenis pekerjaan baru dengan harga satuan baru</p> <p>sebagai akibat adanya adendum kontrak dapat diberikan penyesuaian harga</p>	<p>sebagai akibat adanya adendum kontrak dapat diberikan penyesuaian harga</p> <p>e. Indeks yang digunakan dalam hal pelaksanaan Kontrak terlambat disebabkan oleh kesalahan Penyedia adalah indeks terendah antara jadwal kontrak dan realisasi pekerjaan.</p>	<p>tercantum dalam penawaran;</p> <p>d. Penyesuaian harga satuan diberlakukan sesuai dengan jadwal pelaksanaan yang tercantum dalam Kontrak;</p> <p>e. Penyesuaian harga satuan bagi komponen pekerjaan yang berasal dari luar negeri, menggunakan indeks penyesuaian harga dari negara asal barang tersebut;</p>
---	---	---

	<p>mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak adendum kontrak tersebut ditandatangani; dan</p> <p>g. Indeks yang digunakan dalam hal pelaksanaan Kontrak terlambat disebabkan oleh kesalahan Penyedia adalah indeks terendah antara jadwal kontrak dan realisasi pekerjaan.</p>		<p>f. Jenis pekerjaan baru dengan harga satuan baru sebagai akibat adanya adendum kontrak dapat diberikan penyesuaian harga mulai bulan ke-13 (tiga belas) sejak adendum kontrak tersebut ditandatangani; dan</p> <p>g. Indeks yang digunakan dalam hal pelaksanaan Kontrak terlambat disebabkan oleh kesalahan</p>
--	---	--	--

			Penyedia adalah indeks terendah antara jadwal kontrak dan realisasi pekerjaan.
--	--	--	--



BAB VI

PENUTUP

A. Simpulan

1. Pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan kewenangan ruang lingkup Hukum Perdata. Pada pengadaan barang/jasa pemerintah, terdapat kontrak pengadaan sebagai dasar perikatan antara penyedia barang/jasa dengan pengguna barang/jasa yang diwakili oleh pejabat pembuat komitmen. Karena sumber dana yang digunakan dalam proses pengadaan barang/jasa berasal dari dana APBN/APBD, proses pengadaan barang/jasa pemerintah juga termasuk pada ruang lingkup Hukum Administrasi Negara dan Hukum Pidana. Pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah memiliki banyak potensi untuk terjadinya pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan. Mulai penyalahgunaan wewenang, perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) sampai tindak pidana korupsi. Konsekuensinya, organisasi pengadaan barang/jasa pemerintah mempunyai tanggung jawab sebagai pegawai negeri dan sebagai personal. Bentuk pertanggungjawabannya dapat diberikan sanksi berupa tuntutan ganti rugi, sanksi administratif, dan sanksi pidana.
2. Kelemahan – kelemahan dalam pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah :
 - a. Dalam perjanjian pengadaan barang/jasa pemerintah belum terdapat kesetaraan dan keseimbangan antara pengguna dan penyedia barang/jasa, dimana para pihak berupaya untuk menjaga agar hak dan kepentingannya dilindungi oleh hukum. Para pihak yang terlibat

dalam kegiatan pengadaan barang / jasa masing-masing diberikan kesempatan untuk berpartisipasi dalam pembuatan rancangan kontrak atau perjanjian dan mempelajarinya untuk kemudian disepakati dan dilaksanakan. Namun dalam praktek, kedudukan pengguna barang / jasa dengan penyedia barang/jasa sering dalam keadaan tidak seimbang, pengguna barang / jasa sering berada dalam kedudukan yang lebih kuat, sedangkan penyedia barang/jasa berada dalam kedudukan yang lemah sehingga cenderung menuruti syarat yang diajukan oleh pengguna barang/jasa.

- b. Peranan pemerintah dalam kewenangannya untuk memberikan perlindungan hukum bagi para pihak dalam perjanjian tentang pengadaan barang/jasa pemerintah, antara lain melalui regulasi. Namun sejauh ini regulasi belum mengatur secara jelas terkait Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah dan juga belum diatur oleh Regulasi setara Undang – Undang.
- c. Disamping regulasi juga dibutuhkan pengawasan juga sangat mempengaruhi. Pengawasan merupakan unsur penting dalam perlindungan para pihak, sekaligus sebagai upaya penegakan hukum perjanjian pengadaan barang/jasa secara menyeluruh. Agar pengadaan barang/jasa tersebut dapat dilaksanakan dengan baik, tidak cukup dengan penetapan peraturan perundang-undangan dibidang pengadaan barang/jasa namun dibutuhkan juga eksistensi dan peran aktif dari seluruh petugas pengawas di bidangnya.

3. Rekonstruksi nilai keadilan dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah ialah dengan cara memasukkan dan atau menambahkan aturan dalam Pasal 17 dan pasal 37 Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2021, yaitu:

Pasal 17 berbunyi :

(1) Penyedia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf i wajib memenuhi kualifikasi sesuai dengan barang/jasa yang diadakan dan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

(2) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas:

- a. pelaksanaan Kontrak;
- b. kualitas barang/jasa;
- c. ketepatan perhitungan jumlah atau volume;
- d. ketepatan waktu penyerahan; dan
- e. ketepatan tempat penyerahan.

(3) Penyedia sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sewaktu - waktu dapat mengajukan perubahan Volume, Mutu dan Harga Satuan dalam kontrak berdasarkan pertimbangan keadaan di lokasi pekerjaan disertai dengan Justifikasi Teknis yang telah disetujui oleh Pejabat Pembuat Komitmen.

Pasal 37

(1) Penyesuaian harga dapat dilakukan dengan ketentuan sebagai berikut :

- a. Diberlakukan terhadap Kontrak dengan jenis Kontrak Harga Satuan atau Kontrak berdasarkan Waktu Penugasan sesuai dengan ketentuan dan persyaratan yang telah tercantum dalam Dokumen Pemilihan dan/atau perubahan Dokumen Pemilihan; dan
 - b. Perhitungan koefisien penyesuaian harga dimasukkan di dalam dokumen kontrak atau pada saat awal pelaksanaan untuk kepastian perhitungan penyesuaian harga.
- (2) Persyaratan dan tata cara penghitungan penyesuaian harga sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas :
- a. Penyesuaian harga satuan berlaku bagi seluruh kegiatan/mata pembayaran, kecuali komponen keuntungan, biaya tidak langsung (*overhead cost*), dan harga satuan timpang sebagaimana tercantum dalam penawaran;
 - b. Penyesuaian harga satuan diberlakukan sesuai dengan jadwal pelaksanaan yang tercantum dalam Kontrak;
 - c. Penyesuaian harga satuan bagi komponen pekerjaan yang berasal dari luar negeri, menggunakan indeks penyesuaian harga dari negara asal barang tersebut;
 - d. Jenis pekerjaan baru dengan harga satuan baru sebagai akibat adanya addendum kontrak dapat diberikan penyesuaian harga e. Indeks yang digunakan dalam hal pelaksanaan Kontrak terlambat disebabkan oleh kesalahan Penyedia adalah indeks terendah antara jadwal kontrak dan realisasi pekerjaan.

B. Saran

1. Perlu dibentuknya undang-undang yang khusus mengatur tentang Pengaturan Barang dan Jasa Pemerintah yang menegaskan pembagian kewenangan dan proses penanganan pelanggaran dalam penyelenggaraan PBJP, baik secara perdata, hukum administrasi dan hukum pidana.
2. Dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa sangat diperlukan kesetaraan nyata serta peran dari para pihak untuk menentukan dan menyepakati isi dari perjanjian, menyangkut hak dan kewajiban masing-masing serta sanksi yang tegas, hal ini penting guna meminimalisir permasalahan dikemudian hari.
3. Dibutuhkan regulasi khusus untuk mengatasi permasalahan-permasalahan yang timbul dalam proses Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah sehingga diperlukan adanya aturan baru setara Undang – Undang untuk mengaturnya.

C. Implikasi

1. Secara teoritis, hasil penelitian ini dapat memberikan gagasan baru tentang rekonstruksi Pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah berbasis keadilan.
2. Secara praktis, hasil penelitian ini dapat menjadi sumbangan pemikiran bagi pihak yang berkepentingan, baik bagi pemerintah atau penentu kebijaksanaan, pengaturan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah berbasis keadilan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-Buku/Literatur

- Adam, Chazawi. 2001. *Hukum Pidana*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada
- Ali Zaidan, M., 2016, *Kebijakan Kriminal*, Jakarta, Sinar Grafika
- Atmasasmita, Romli, 2004, *Sekitar Masalah Korupsi, Aspek Nasional dan Aspek Internasional*, Bandung, Mandar Maju.
- Arief, Sidharta, 2007, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, Bandung, PT Refika Aditama.
- Anwar, Yesmil dan Adang, 2008, *Pembaharuan Hukum Pidana ; Reformasi Hukum*, Jakarta, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia.
- Bakhri, Syaiful. 2009, *Pidana Denda dan Korupsi*, Yogyakarta, Total Media.
- Friedman, W. 1994. *Legal Theory*. diterjemahkan oleh Muhammad Arifin dengan judul *Teori dan Filsafat Hukum-Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan (Susunan II)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan Kedua.
- Gross, Hyman, 1979, *A Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, New York
- Hadin Muhjad, M. ,2008, *Dasar – dasar Penelitian Hukum*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin.
- Hartanti, Evi, 2007, *Tindak Pidana Korupsi*, Jakarta, Sinar Grafika.
- Hamzah, Andi (Ed.) , 1986, *Bunga Rampai Hukum Pidana Dan Acara Pidana*, Jakarta : Ghalia Indonesia.
- Hamzah, Andi. , 1990, *KUHP dan KUHPA*, Jakarta : Rineka Cipta
- Hasibuan, Albert. Ed., 1985, *Dua Guru Besar Berbicara tentang Hukum*, Bandung: Alumni.
- Heine, Günter dan Thomas ORose, 2003, *Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Freiburg: Ed. Iuscrim.

- Kristian dan Yopi gunawan, 2015, *Tindak Pidana Korupsi : Kajian Terhadap Harmonisasi Antara Hukum Nasional dan The United Nations Convention Against Corruption (UNCAC)*, Bandung : Refika Aditama
- Luthan, Salman, 2014, *Kebijakan Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Yogyakarta, FH UII Press.
- Mahmud Marzuki, Peter. 2011. *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta.
- Manan ,Bagir, 1992, *Dasar-Dasar Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta, IN-HILL-Co.
- Mertokusumo, Sudikno , 2009, *Penemuan Hukum*, Yogyakarta: Liberty
- Muhtar Lubis & C. Scott, James.1995, *Bunga Rampai Korupsi*, LP3ES, Jakarta.
- Mokobimbing, Desly S, 2015, *Pengembalian Kerugian Negara Dalam Tindak Pidana Korupsi Terhadap Putusan Pengadilan Yang Telah Mempunyai Kekuatan Hukum Tetap*, Jurnal Lex Crimen Vol. IV/No. 3/Mei/2015
- Nawawi Arief, Barda. 2000. *Kebijakan Legislatif : Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*. Semarang : Undip
- Nawawi Arief, Barda, 2001, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Nawawi Arief, Barda, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta, Kencana Pranenda Media Group
- Packer, Herbert L. 1968, *The Limits of The Criminal Sanction*, Stanford University Press' California.
- Prakoso, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Edisi Pertama, Yogyakarta : Liberty
- Prakoso, Djoko. , 1987, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Edisi Pertama, Yogyakarta : Liberty.
- Prasetyo, Teguh, 2010, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Bandung : Nusa Media,
- Prasetyo, Teguh dan Abdul Halim Barkatullah, 2012, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo.

- Prodjohamidjojo, Martiman. , 1997, *Memahami Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta : Pradnya Paramita.
- Remy Sjahdeini, Sutan, 2004, *Seluk Beluk Tindak Pidana Pencucian Uang dan Pembiayaan Terorisme*, Jakarta : Pustaka Utama Grafiti.
- Sahetapy, J.E.. 1995. *Bunga Rampai Viktimisasi*. Bandung : Eresco
- Sahetapy, J.E, 2003, *Bisnis Uang Haram*, KHN (Komisi Hukum Nasional), Jakarta
- Sidharta, 2010, *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara, Bunga Rampai Komisi Yudisial, Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan*, Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta
- Seno Adji, Indriyanto, 2001, *Korupsi dan Perbuatan Melawan Hukum*, Jakarta: CV Rizkita
- Seno Adji, Indriyanto, 2006, *Korupsi Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Diadit Media, Jakarta.
- Seno Adji, Indriyanto, 2012. *Korupsi dan Permasalahannya*. Jakarta: Diadit Media.
- Soedarto, 2007, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni.
- Soekanto , Soerjono. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum Cetak III*. Jakarta: UI Press.
- Soekanto, Soerjono, 2004, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, Jakarta, PT. Rajagrafindo Persada.
- Wisnubroto, Aloysius 1999, *Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer*, Yogyakarta, Universitas Atmajaya.
- Yanuar, Purwaning M., 2007, *Pengembalian Aset Hasil Korupsi: Berdasarkan Konvensi PBB Anti Korupsi 2003 Dalam Sistem Hukum Indonesia*, Bandung, Alumni.
- Yusuf, Muhamad, 2013, *Merampas Aset Koruptor, Solusi Pemberantasan Korupsi di Indonesia*, Jakarta, Kompas.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945).

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana

Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana

Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001

Undang-Undang No. 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan United Nations

Convention Against Corruption (UNCAC) , 2003

Jurnal, Artikel, Disertasi

Agus Susanto, Nur, 2014, *Dimensi Aksiologis Dari Putusan Kasus “ST” Kajian Putusan Peninjauan Kembali Nomor 97 PK/Pid.Sus/2012*, Jurnal Yudisial Vol. 7 No. 3 Desember 2014.

Ahmad, Kamri, 2005 “Membangun Visi Baru Pemberantasan Korupsi dengan Progresif”, Jurnal Progresif, Vol. 1, No. 2.

ICW, 2014, “*Hasil Penelitian Penerapan Unsur Merugikan Keuangan Negara dalam Delik Tindak Pidana Korupsi*” , <https://media.neliti.com/media/publications/45373-ID-penerapan-unsur-merugikan-keuangan-negara-dalam-delik-tindak-pidana-korupsi.pdf>

Hin, Koh Teck, 2011, *Corruption Control in Singapore*, UNAFEI Resource Material Series No. 83, Tokyo Maret 2011

Kim, Beck Sang, 2016, Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea’s Anti-Corruption Efforts, “Northwestern Journal of International Law & Business,” Vol. 36 No. 1

Krisnan, Johny. , 2008, “*Sistem Pertanggungjawaban Pidana Dalam Perspektif Pemabaharuan Hukum Pidana Nasional*”, Semarang : Tesis, Program Magister Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro.

Suhartono, 2017, “*Pengembalian Kerugian Negara dalam Tahap Penyidikan Tindak Pidana Korupsi*”, Tesis, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Airlangga.

Warassih, Esmi, 1991, *Implementasi Kebijakan Pelaksanaan Pemerintah melalui Peraturan Perundang-Undangan dalam Perspektif Sosiologis*, Surabaya: Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga.

Yuni Martina, Irlida, 2018, “*Pengembalian Kerugian Keuangan Negara pada Tahap Pnyelidikan Perkara Tindak Pidana Korupsi dalam Perspektif Kebijakan Hukum Pidana*”, Tesis, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Lambung Mangkurat.

Zaenal Fanani, Ahmad, 2011, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Varia Peradilan No. 304 Maret 2011, hlm 3



