



**TANGGUNG JAWAB PEMENANG LELANG TERHADAP
BARANG DITOLAK**

TESIS

Disusun

**Untuk Memenuhi Persyaratan Memperoleh Derajat S-2
Program Studi Magister Kenotariatan**

Oleh

JAMILAH

B4B 008 142

PEMBIMBING :

Dr. R. Benny Riyanto, SH.CN.MHum.

**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2010**

TANGGUNG JAWAB PEMENANG LELANG TERHADAP BARANG DITOLAK

Disusun Oleh :

JAMILAH
B4B 008 142

Dipertahankan di hadapan Tim Penguji
Pada tanggal 26 Maret 2010

Tesis ini telah diterima
Sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Kenotariatan

Pembimbing,

Mengetahui,
Ketua Program Studi
Magister Kenotariatan
Universitas Diponegoro

Dr. R. Benny Riyanto, SH.CN.M.Hum.
NIP. 19620410 198703 1 003

H. Kashadi, SH.MH.
NIP. 19540624 198203 1 001

PERNYATAAN

Saya yang bertanda tangan dibawah ini, Nama : **JAMILAH**, dengan ini menyatakan hal-hal sebagai berikut :

1. Tesis ini adalah **hasil karya saya sendiri** dan di dalam tesis ini tidak terdapat karya yang pernah diajukan untuk memperoleh gelar kesarjanaan di suatu Perguruan Tinggi / lembaga pendidikan manapun. Pengambilan karya orang lain dalam tesis ini dilakukan dengan menyebutkan sumbernya sebagaimana tercantum dalam daftar pustaka;
2. ***Tidak keberatan untuk dipublikasikan*** oleh Universitas Diponegoro dengan sarana apapun , baik seluruhnya atau sebagian, untuk kepentingan akademik / ilmiah yang non komersial sifatnya.

Semarang,

Yang menerangkan,

JAMILAH

KATA PENGANTAR

Bismillahirrohmaanirrahim,

Segala puji dan syukur penulis ucapkan kehadirat Allah SWT dan salam semoga tetap terlimpahkan kepada Nabi Muhammad SAW beserta keluarga, para shahabat dan seluruh umat pengikutnya, atas terselesaikannya penulisan Tesis dengan judul **TANGGUNG JAWAB PEMENANG LELANG TERHADAP BARANG DITOLAK**. Penyusunan tesis ini disusun untuk memenuhi salah satu syarat untuk menyelesaikan pendidikan pada Program Pascasarjana Magister Kenotariatan pada Universitas Diponegoro, Semarang.

Pada kesempatan ini, pertama-tama perkenalkanlah penulis menyampaikan rasa hormat dan ucapan terima kasih yang tak terhingga kepada Bapak Dr. R. Benny Riyanto, SH.CN.M.Hum. selaku Pembimbing yang penuh kesabaran dan ketulusan hati telah mencurahkan dan memberikan saran-saran terbaik kepada penulis dalam menyelesaikan penulisan tesis ini.

Dalam kesempatan ini penulis menyampaikan rasa hormat, terima kasih dan penghargaan yang sebesar-besarnya kepada :

1. Bapak Prof. DR. dr. Susilo Wibowo, M.S., Med.,Spd. And. selaku Rektor Universitas Diponegoro Semarang;
2. Bapak H. Kashadi, SH., MH. selaku Ketua Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang;

3. Bapak Dr. Budi Santoso, S.H., MS. selaku Sekretaris Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang Bidang Akademik;
4. Bapak Dr. Suteki, SH., M.Hum. selaku Sekretaris Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang Bidang Administrasi Dan Keuangan;
5. Suamiku tercinta H.Moh Bahri atas dukungan dan doanya serta selalu setia mendampingi penulis dengan penuh kasih sayang dan pengorbanan;
6. Anakku Rayhan Fudloly Bahri dan Razan Maulana Azeemy Bahri tersayang yang aku cintai dan sayangi serta aku banggakan;
7. Orang tuaku H.Abdul Gani dan Hj. Rogayah (alm) tercinta atas kasih sayang yang tulus, bimbingan, doa restu dan keridhaan serta pengorbanannya, sehingga dapat menyelesaikan pendidikan ini.
8. Kakak-kakakku Tercinta H.Ahmad Sys Abdul Gani, Hj. Hadijah, Hj. Azzah, H.Rahmat Abdul Gani, H.Usman Abdul Gani, H.Ali Nurdin Abdul Gani, dan Afifah Abdul Gani, atas bimbingan, dukungan dan doa restu kepada penulis selama ini;
9. Teman-teman kos di Jalan Erlangga Barat, Bunda, Ivo, Thika, Tutut serta teman-teman terbaikku di Jl. Kertanegara Nai, Babe, papi, Yadi, Reza, Habieb, terima kasih atas persahabatannya.
10. Rekan-rekan M.Kn Undip angkatan 2008 dan 2007 atas persaudaraan dan persahabatannya.

11. Seluruh staf pengajar Program Studi Magister Kenotariatan, Pascasarjana, Universitas Diponegoro, Semarang dan seluruh staf Administrasi dan Sekretariat yang telah banyak membantu Penulis selama Penulis belajar di Program Studi Magister Kenotariatan, Pascasarjana, Universitas Diponegoro, Semarang.

12. Semua pihak dan rekan –rekan mahasiswa yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu yang turut memberikan sumbangsihnya baik moril maupun materiil dalam menyelesaikan tesis ini.

Penulis mengharapkan saran atau kritik yang sifatnya positif terhadap tulisan ini, guna peningkatan kemampuan Penulis di masa mendatang dan kemajuan ilmu pengetahuan, khususnya dalam bidang hukum. Akhirnya semoga penulisan tesis ini dapat bermanfaat bagi penulis sendiri, civitas akademika maupun para pembaca yang memerlukan sebagai bahan literatur.

Semarang, 26 Maret 2010

Penulis

Abstrak

Penolakan oleh pengguna barang/jasa (pemerintah) terhadap barang yang telah disediakan oleh penyedia barang/jasa selaku pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) pada prakteknya didasarkan alasan penggunaan merek tertentu yang telah ditentukan dalam pelaksanaan awal petenderan umum. Hal ini tentunya bertentangan dengan ketentuan prundang-undangan yang berlaku.

Tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui : 1) penerapan prinsip hukum kontrak dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah; 2) tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang di tolak dalam dokumen kontrak bidang barang dan jasa, yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak; 3) faktor-faktor yang menyebabkan barang ditolak dalam kontrak bidang barang dan jasa yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak.

Metode Pendekatan yang digunakan dalam penyusunan tesis ini adalah pendekatan *yuridis empiris* dan spesifikasi penelitian ini adalah *Deskriptif Analitis*. Pengumpulan data melalui data primer dan data skunder. Metode analisis yang dipakai adalah kualitatif, dan penyajian datanya dalam bentuk laporan tertulis secara ilmiah.

Berdasarkan hasil penelitian yang didapat menunjukkan bahwa 1) Penerapan prinsip pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dalam hukum kontrak secara umum Prinsip Efisiensi, Prinsip Efektif, Prinsip Terbuka, Prinsip Transparansi dan Prinsip Adil/Tidak Diskriminatif serta Prinsip Akuntabel belum dilaksanakan sepenuhnya, khususnya berkaitan dengan Prinsip Transparansi dan Prinsip Adil/Tidak Diskriminatif; 2) Tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang ditolak dalam dokumen kontrak bidang barang dan jasa, yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak berkaitan dengan pelaksanaan asas/prinsip Itikad Baik dari pihak penyedia barang/jasa. Selain itu, itikad baik tersebut juga bertujuan agar pihak penyedia barang/jasa (khususnya CV. Agung Bahari Sejahtera) tidak masuk daftar hitam kontraktor yang bermasalah (*black list*) oleh pemerintah, sehingga hal itu juga akan berpengaruh pada kredibilitas kontraktor yang bersangkutan dan menjaga hubungan baik dikemudian hari; 3) Faktor yang menyebabkan barang ditolak dalam kontrak bidang barang dan jasa yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak adalah penggunaan kata “setara” yang menimbulkan perbedaan persepsi merupakan faktor utama yang menyebabkan barang ditolak yang sebenarnya telah sesuai dengan Dokumen Kontrak. Hal ini berkaitan dengan pelaksanaan prinsip kebebasan berkontrak oleh pemerintah selaku pengguna barang/jasa yang dituangkan dalam dokumen kontrak.

Kata Kunci : *Tanggung Jawab, Lelang, Barang Ditolak*

Abstract

Denial by goods/service user (government) towards goods that provided by ready goods/service as auction winner (in this case goods supplying offer and service by government) in the practice has been based certain brand use reason that determined in beginning execution offering general. This matter is of course opposes rule operative.

this research aim detects: 1) contract law principle applications in goods supplying and service by government; 2) auction winner responsibility (in this case goods supplying offer and service by government) towards goods at refuse in goods area contract document and service, actually as according to contract document; 3) factors that causes goods is aversed goods area in bond and service actually as according to contract document. Method approaches that used in this thesis arrangement approaches empirical juridical and this watchfulness spesification analytical descriptive. data collecting passes primary data and secondary data. analysis method that worn qualitative, and the data presentation in the form of report is written scientifically.

Based on researchs result that got to show that 1) goods supplying principle applications and service by government in contract law in general efficiency principle, effective principle, opened principle, transparency principle and principle fair/not discriminatory with principle akuntabel uncommitted thoroughly, especially related to transparency principle and principle fair/not discriminatory; 2) auction winner responsibility (in this case goods supplying offer and service by government) towards goods that aversed in goods area contract document and service, actually as according to contract document related to good faith basis/principle execution from side ready goods/service. besides, good faith also aim so that side ready goods/service (especially CV. Agung Bahari Sejahtera) doesn't enter contractor blacklist that (black list) by government, so that that thing also will have contractor credibility concerned; 3) factor that causes goods is aversed goods area in bond and service actually as according to contract document word use" equal" evoke perception difference has been primary factor causes goods has been aversed actually as according to contract document. this matter is related to do freedom principle of contract by government as goods/service user that is unbottled in contract document.

Keyword : responsibility, auction, goods is aversed

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	
HALAMAN PENGESAHAN.....	
HALAMAN PERNYATAAN	i
KATA PENGANTAR	ii
ABSTRAK	iv
ABSTRACT	v
DAFTAR ISI	vi

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang.....	1
B. Perumusan Masalah	14
C. Tujuan Penelitian	14
D. Manfaat Penelitian	15
E. Kerangka Pemikiran.....	17
F. Metode Penelitian	30
1. Metode Pendekatan	30
2. Spesifikasi Penelitian.....	31
3. Sumber dan Jenis Data	31
4. Teknik Pengumpulan Data	33

5. Teknik Analisis Data	34
G. Sistematika Penulisan	35

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Lelang	37
1. Sejarah Lelang.....	37
2. Pengertian Lelang.....	41
B. Tinjauan Umum Pengadaan Barang dan/atau Jasa.....	46
1. Pengertian Pengadaan Barang dan/atau Jasa	46
2. Hakekat dan Filosofi Pengadaan Barang dan/atau Jasa	50
3. Etika dan Norma serta Prinsip-Prinsip Dasar Pengadaan Barang dan/atau Jasa.....	51
a. Etika Pengadaan Barang dan/atau Jasa	52
b. Norma Pengadaan Barang dan/atau Jasa	54
C. Tinjauan Umum Perjanjian.....	55
1. Pengertian Perjanjian.....	55
2. Asas-Asas Perjanjian	57
3. Syarat Sahnya Perjanjian	60
4. Pengertian Wanprestasi.....	63

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Penerapan Prinsip Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah Dalam Hukum Kontrak.....	65
B. Tanggung Jawab Pemenang Lelang (Dalam Hal Ini Tender Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah) Terhadap Barang yang Di Tolak Dalam Dokumen Kontrak Bidang Barang dan Jasa.....	80
C. Faktor-Faktor yang Menyebabkan Barang Ditolak Dalam Kontrak Bidang Barang dan Jasa yang Sebenarnya Telah Sesuai Dengan Dokumen Kontrak	93

BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan	103
B. Saran	105

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembangunan nasional yang dilaksanakan oleh bangsa Indonesia saat ini adalah pembangunan berkesinambungan secara bertahap guna meneruskan cita-cita bangsa untuk mewujudkan peningkatan kesejahteraan masyarakat dalam rangka tercapainya tujuan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Di era globalisasi ini, pembangunan tersebut dilaksanakan secara terpadu dan terencana di segala sektor kehidupan.

Pembangunan adalah usaha untuk menciptakan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat, oleh karena itu hasil-hasil pembangunan harus dapat dinikmati seluruh rakyat dalam bentuk peningkatan kesejahteraan lahir dan batin secara adil dan merata. Berhasilnya pembangunan tergantung partisipasi rakyat yang berarti pembangunan harus dilaksanakan secara merata oleh segenap lapisan masyarakat.¹

Untuk mencapai tujuan tersebut, maka pembangunan nasional dilakukan secara berencana, menyeluruh terpadu, terarah, bertahap dan berlanjut untuk memacu peningkatan kemampuan nasional dalam rangka

¹ F.X. Djumaldi, *Perjanjian Pemborongan* 1 urta ; Bina Aksara, 1987), halaman 1

mewujudkan kehidupan yang sejajar dan sederajat dengan bangsa lain yang lebih maju.

Pembangunan nasional Indonesia dilakukan bersama oleh masyarakat dan pemerintah. Masyarakat adalah pelaku utama dalam pembangunan dan pemerintah berkewajiban untuk mengarahkan, membimbing serta menciptakan suasana yang menunjang. Bentuk nyata dari pembangunan yang telah dilakukan oleh pemerintah adalah seperti pembangunan di bidang infrastruktur berupa pembangunan gedung-gedung perkantoran maupun sekolahan, pembangunan jalan raya hingga pembangunan sektor pertanian berupa waduk dan saluran irigasinya.

Pelaksanaan dari pembangunan tersebut di samping dilaksanakan oleh pemerintah tetapi juga melibatkan masyarakat dalam hal ini pihak swasta atau pengusaha dan kontraktor atau pemborong. Hubungan kerjasama dalam melaksanakan pembangunan tersebut lazim dilakukan dalam bentuk pemborongan, karena dengan menggunakan sistem pemborongan ini dirasakan akan lebih efektif dan efisien untuk mempercepat dalam mengadakan bangunan yang diperlukan.

Kerjasama antara pemerintah dengan pihak kontraktor atau pemborong dalam pengadaan bangunan, memerlukan adanya perjanjian pemborongan di mana pihak pemerintah bertindak selaku pihak yang memborongkan, sedangkan pihak kontraktor atau pemborong sebagai pihak pelaksana pemborongan. Perjanjian pemborongan lazim dibuat dalam bentuk tertulis

yang dituangkan dalam bentuk formulir-formulir tertentu khususnya untuk proyek pemerintah yang disebut dengan perjanjian standar yaitu pelaksanaan perjanjian yang mendasarkan pada berlakunya peraturan standar yang menyangkut segi yuridis dan segi teknisnya yang ditunjuk dalam rumusan kontrak, jadi pelaksanaan perjanjian pemborongan selain mengindahkan pada ketentuan-ketentuan dalam KUHPerdara juga pada ketentuan-ketentuan dalam perjanjian standar (AV tahun 1941) yang menyangkut segi yuridis dan segi teknisnya yang ditunjuk dalam rumusan kontrak.

Menurut Miriam Budiarjo, menyatakan bahwa dalam perjanjian pemborongan yang dilakukan dengan pemerintah, pemerintah dapat mengadakan perjanjian yang mempunyai sifat yang diwarnai oleh hukum publik. Perjanjian berorientasi pada kepentingan umum yang bersifat memaksa. Di dalam kontrak tersebut tidak ada kebebasan berkontrak dari masing-masing pihak,² karena syarat-syarat yang terdapat dalam perjanjian telah ditentukan oleh pemerintah berdasarkan syarat-syarat umum dari perjanjian pemborongan bangunan, karena hal tersebut menyangkut keuangan negara dalam jumlah besar dan untuk melindungi keselamatan umum.

Sebagaimana telah dikatakan di atas bahwa dalam perjanjian pemborongan dalam tesis ini salah satu pihak adalah pemerintah sebagai pihak yang memberikan pekerjaan atau pihak yang memborongkan sedangkan pihak lainnya adalah pemborong atau kontraktor dalam hal ini adalah pihak

² Miriam Budiarjo, *Aneka Hukum Bisnis*, (Bandung : Alumni, 1994), halaman 66

swasta. Pengertian perjanjian pemborongan pekerjaan terdapat dalam Pasal 1601b KUH Perdata yang berbunyi :

”Perjanjian pemborongan kerja ialah suatu persetujuan bahwa pihak kesatu, yaitu pemborong, mengikatkan diri untuk menyelesaikan suatu pekerjaan bagi pihak lain, yaitu pemberi tugas, dengan harga yang telah ditentukan”.

Perjanjian pemborongan selain di atur dalam KUHPerdata, juga di atur dalam Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang / Jasa pemerintah jo. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 95 Tahun 2007 Tentang Perubahan Ketujuh Atas Keppres No 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Selanjutnya R. Subekti menyatakan bahwa pihak yang satu menghendaki hasil dari suatu pekerjaan yang disanggupi oleh pihak yang lainnya untuk diserahkan dalam jangka waktu yang telah ditentukan, dengan menerima suatu jumlah uang dari hasil pekerjaannya tersebut.³

Kontrak dalam proyek konstruksi di kenal dengan kontrak *engineering* (teknik). Suatu kontrak adalah dokumen yang memuat persetujuan bersama secara sukarela, yang mempunyai kekuatan hukum, di mana pihak pertama berjanji untuk memberikan jasa dan menyediakan material untuk membangun proyek bagi pihak kedua, sedangkan pihak kedua berjanji akan membayar sejumlah uang sebagai imbalan untuk jasa dan material yang telah disediakan

³ R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Cetakan VII, (Bandung : Intermasa, 1985), halaman 65

oleh pihak pertama.⁴ Setiap kontrak harus bersifat adil (*fair*) untuk kedua belah pihak, dan tidak bermaksud untuk mengambil keuntungan secara sepihak dengan merugikan pihak lain.

Selanjutnya, dalam kontrak pembangunan proyek yang lengkap, akan mengandung hal-hal sebagai berikut:

1. Adanya Pasal yang melindungi kepentingan pemilik;
2. Adanya Pasal yang memperhatikan hak-hak kontraktor;
3. Memberikan keleluasaan kepada pemilik untuk dapat meyakini tercapainya sasaran-sasaran proyek tanpa mencampuri tanggung jawab kontraktor;
4. Penjabaran yang jelas akan segala sesuatu yang diinginkan pemilik. Misalnya yang mencakup definisi lingkup kerja, spesifikasi material, peralatan, syarat-syarat dan kondisi aspek komersial, dll.

Kontrak yang baik akan di atur mekanisme yang efektif dan alat yang ampuh untuk menghadapi dan mengendalikan berbagai permasalahan dan kesulitan dalam proses pelaksanaan kegiatan proyek, sehingga terdapat perlindungan terhadap risiko.

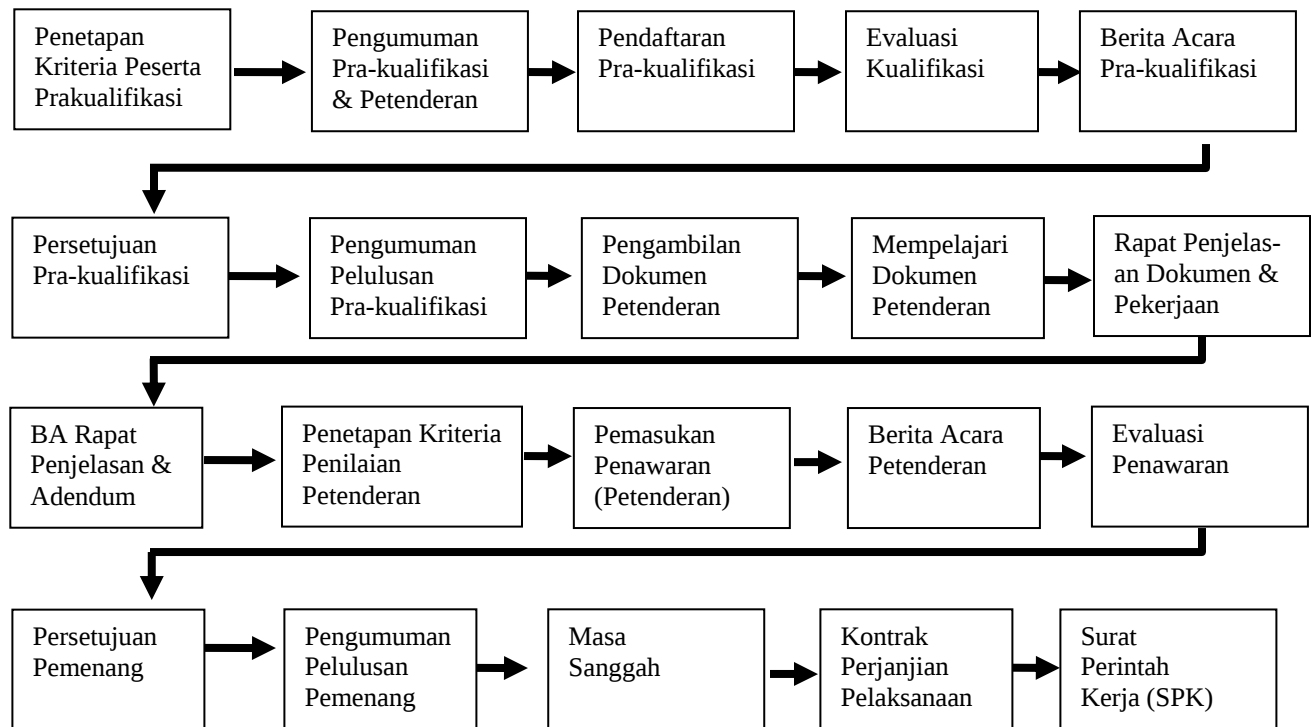
Bentuk mekanisme untuk pemilik, antara lain meliputi hal-hal sebagai berikut:

1. Jaminan pelaksanaan (*performance bond*);
2. Garansi dan pertanggungan (*warranty*);
3. Pembayaran berdasarkan kemajuan pekerjaan (*progress payment*);

⁴ Imam Soeharto, *Manajemen Proyek (Dari Konseptual Sampai Operasional)*. (Jakarta: Erlangga, 2001), halaman 2

4. Hak untuk mengadakan inspeksi dan testing;
5. Hak mendapatkan laporan berkala;
6. Hak melaksanakan penjaminan mutu (*quality control*).

Skema 1 : Urutan Kegiatan Pelaksanaan Pelelangan



Kenyataannya proses pelaksanaan lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) dalam praktek tidak sesuai dengan ketentuan yang berlaku.⁵ Adapun proses tersebut adalah sebagai berikut :

a. Pra Pelaksanaan

1. *Survey*, evaluasi dan monitoring awal di lapangan oleh Bappeda disertai bidang perencanaan pada pihak terkait di dinas masing-masing;
2. Ditetapkan pagu anggaran oleh DPRD bersama pemerintah;
3. Diterbitkannya DIPA isian proyek;

b. Pelaksanaan

1. Pengumuman di media;

⁵ Prosedur pelaksanaan tender di lingkungan Pemerintah Kabupaten Tangerang.

2. Pembukaan pendaftaran;
 3. Pengambilan dokumen oleh rekanan;
 4. *Aanwijzing*⁶ (Pemberian Penjelasan) lapangan;
 5. *Aanwijzing* (Pemberian Penjelasan) kantor;
 6. Pemasukan penawaran;
 7. Penutupan masa pemasukan penawaran;
 8. Pembukaan penawaran;
 9. Evaluasi oleh panitia / Verifikasi;
 10. Pengumuman pemenang;
 11. Masa sanggah;
 12. Penetapan pemenang;
 13. Penerbitan SKPBJ (Surat Keputusan Penunjukkan Barang dan Jasa).
- c. Pasca Pelaksanaan lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah).
1. Penyerahan jaminan pelaksanaan oleh pihak rekanan
 2. Penerbitan SPK
 3. Penandatanganan kontrak
 4. Pelaksanaan di lapangan
 5. Opname

⁶ Merupakan tahap dalam sebuah tender dalam memberikan penjelasan mengenai pasal pasal dalam RKS (Rencana Kerja dan Syarat-Syarat) dan TOR (*Term of Reference*). Tahap *Aanwijzing* ini merupakan sebuah media tanya jawab antara vendor dengan konsultan perencana mengenai kebutuhan-kebutuhan apa saja yang diperlukan dan spesifikasi yang digunakan dan dijadikan sebagai acuan dalam membuat penawaran. Sampai proses tahap ini selesai dan vendor memasukan penawarannya, dan tahap selanjutnya adalah pemasukan dan pembukaan surat penawaran. <http://adimaaulana.wordpress.com/2006/09/15/aanwijzing/>. Akses internet 26 Desember 2009

6. Serah terima pertama disertai penyerahan jaminan pemeliharaan oleh rekanan

7. Serah terima kedua

d. Proyek rampung untuk tahun yang sedang berjalan;

Pelaksanaan lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) yang dituangkan dalam perjanjian ini juga terdapat kemungkinan adanya tidak dipenuhinya kewajiban atau cedera janji (*wanprestasi*)⁷ atau karena kegagalan pengusaha atau pemborong dalam melaksanakan kewajiban atau kontrak perjanjian pemborongan yang merupakan hambatan terhadap waktu penyelesaian dan timbulnya kerugian. Terjadinya kasus kontrak kerja bidang konstruksi yang mana dalam pengadaan barang pihak pemerintah telah menyebutkan merek dan spesifikasinya, namun setelah barang tersebut diserahkan, ternyata oleh pihak pemerintah ditolak, hal ini tentunya sangat merugikan kontraktor selaku pihak pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah), karena harus mengganti barang sesuai dengan keinginan pihak pemerintah. Apabila hal tersebut terjadi, ada dua kemungkinan akibat yang ditimbulkan, yaitu :

1. pertama kontraktor selaku pihak pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) hanya mengganti barang yang dimaksud dan tetap melanjutkan tender; atau

⁷ Wanprestasi (*default* atau *non fulfilment*, ataupun yang disebutkan juga dengan istilah *breach of contract*) yang dimaksudkan adalah tidak dilaksanakan prestasi atau kewajiban sebagaimana mestinya yang dibebankan oleh kontrak terhadap pihak-pihak tertentu seperti yang dimaksudkan dalam kontrak yang bersangkutan. Lihat Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, (Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2001), halaman 87-88

2. kedua terjadi pemutusan kontrak sepihak oleh pemerintah sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 35 Keppres No. 80/2003.

Apapun kemungkinannya, hal tersebut tetap merugikan pihak kontraktor selaku pihak pemenang tender, dalam keadaan yang demikian permasalahan yang akan timbul adalah masalah resiko.

Penolakan oleh pengguna barang/jasa (pemerintah) terhadap barang yang telah disediakan oleh penyedia barang/jasa selaku pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) pada prakteknya didasarkan alasan penggunaan merek tertentu yang telah ditentukan dalam pelaksanaan awal petenderan umum. Hal ini tentunya bertentangan dengan ketentuan prundang-undangan yang berlaku.

Berkaitan dengan hal tersebut, pada dasarnya dalam ketentuan Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang / Jasa pemerintah jo. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 95 Tahun 2007 Tentang Perubahan Ketujuh Atas Keppres No 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah tidak menyebutkan secara eksplisit tentang larangan penyebutan (penggunaan) merek tertentu (kecuali untuk pengadaan barang/jasa melalui penunjukan langsung dengan nilai barang/jasa sampai dengan Rp. 50.000.000,- (limapuluh juta rupiah) sebagaimana di atur dalam ketentuan Pasal 10 Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang / jasa pemerintah), hanya secara implisit

menyebutkan bahwa “dilarang menetapkan kriteria dan persyaratan pengadaan yang diskriminatif dan tidak obyektif” (ketentuan Pasal 16 ayat (3) huruf d Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang / jasa pemerintah). Hal ini dapat diartikan bahwa dengan menyebut merek tertentu, akan sama artinya dengan menetapkan kriteria tertentu yang tentunya pasti akan berakibat terjadinya diskriminasi dan tidak obyektif dalam pengadaan barang dan jasa.

Menurut ketentuan Pasal 5 huruf c Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang / jasa pemerintah, juga disebutkan bahwa pengguna barang/jasa dan penyedia barang/jasa serta para pihak yang terlibat dalam pengadaan barang/jasa harus mematuhi etika yang antara lain tidak boleh melakukan tindakan yang mengarah pada persaingan tidak sehat.”

Penyebutan merek tertentu merupakan salah satu bentuk tindakan yang dapat menyebabkan persaingan tidak sehat, sehingga akan merugikan pihak lain, oleh karena apabila telah disebut merek tertentu, maka pihak lain yang memproduksi barang/jasa yang sama tetapi dengan merek berbeda tidak dapat mengikuti tender pengadaan barang/jasa tersebut. Hal ini bertentangan dengan ketentuan Pasal 22, 23 dan 24 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang mengatur secara tegas bahwa :

”pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Penyebutan merek tertentu, akan mengarah pada penunjukkan peserta lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) sebagai pemenang lelang karena menggunakan merek yang telah ditetapkan oleh pengguna barang/jasa (pemerintah). Selain itu juga termasuk persekongkolan antara pengguna barang/jasa (pemerintah) dengan produsen atau pemegang merek tersebut.

Apabila dikaitkan dengan hukum perjanjian, maka ada dua kesalahan dari pihak pemerintah, yaitu :

1. Pertama dalam pembuatan kontrak pengadaan barang dan/atau jasa, isi dari kontrak tersebut sudah baku. Artinya pihak kontraktor selaku pihak pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) tidak diberi kesempatan untuk melindungi kepentingannya dalam kontrak tersebut, hal ini tentunya dari segi hubungan hukum adalah tidak seimbang;
2. Kedua, oleh karena terjadi pemutusan kontrak secara sepihak, maka hal ini dapat dikategorikan wanprestasi oleh pemerintah dan tentunya pihak kontraktor selaku pihak pemenang tender dapat mengajukan gugatan. Perlu adanya perlindungan hukum bagi pihak kontraktor selaku pihak pemenang tender agar pemerintah tidak bisa leluasa untuk memutuskan kontrak kerja yang telah disepakati.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka penelitian dalam tesis ini berjudul : **“TANGGUNG JAWAB PEMENANG LELANG TERHADAP BARANG DITOLAK”**.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang akan di bahas dalam penelitian tesis ini adalah :

1. Bagaimana penerapan prinsip pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dalam hukum kontrak ?
2. Bagaimana tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang di tolak dalam dokumen kontrak bidang barang dan jasa, yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak ?
3. Faktor-faktor apa yang menyebabkan barang ditolak dalam kontrak bidang barang dan jasa yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak ?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang hendak di capai dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui penerapan prinsip pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dalam hukum kontrak;

2. Untuk mengetahui tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang ditolak dalam dokumen kontrak bidang barang dan jasa, yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak;
3. Untuk mengetahui faktor-faktor yang menyebabkan barang ditolak dalam kontrak bidang barang dan jasa yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan hasilnya dapat memberikan manfaat teoritis dan praktis, yaitu :

1. Secara teoritis diharapkan memberikan sumbangan pemikiran bagi perkembangan ilmu hukum pada umumnya dan khususnya dalam bidang perikatan dan lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah), sehingga dapat memberikan pemahaman lebih tentang pelaksanaan perjanjian kontrak kerja pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah).
2. Secara praktis diharapkan dapat memberikan informasi yang bermanfaat masyarakat umum khususnya kepada masyarakat dalam hal ini pihak kontraktor pembangunan dan pihak pemerintah yang terlibat dalam kontrak kerja pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah).

E. Kerangka Pemikiran

Kontrak pemerintah, transparansi dan akuntabilitas merupakan prinsip hukum yang bekerja dalam tahap pembentukan dan tahap pelaksanaan kontrak, bersama-sama dengan prinsip kontrak *privat*. Agar prinsip ini dapat digunakan secara kongkrit perlu penjabaran lebih lanjut dalam aturan hukum, yakni undang-undang berikut peraturan pelaksanaannya. Sampai sejauh ini belum ada undang-undang yang secara khusus mengatur kontrak pemerintah, instrumen hukum yang menjadi landasan kontraktualisasi berserak dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

Dasar hukum perjanjian (kontrak) secara umum yang utama adalah Buku III KUHPerdata / *Burgerlijk Wetboek* (BW). Kebebasan berkontrak, karenanya merupakan prinsip Hukum Kontrak yang fundamental bagi pemerintah dalam mengikat diri ke dalam suatu hubungan kontraktual. Prinsip ini mengandung batasan (*limitasi*) yang tidak boleh dilanggar. Pelanggaran terhadap limitasi itu akan membawa implikasi dalam 2 (dua) hal, yakni:⁸

1. Segi perspektif hukum privat menjadi batal demi hukum (*nietig van rechtswege*); dan
2. Segi hukum publik dapat diklasifikasikan sebagai tindak pidana korupsi jika pelanggaran itu mengakibatkan kerugian negara.

Limitasi (batasan) itu dapat dijumpai dalam Pasal 1337 KUHPerdata, yang menentukan bahwa:

⁸ J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstuken Verbintenissenrecht*, D. Saragih (terj), (Surabaya, 1985), halaman 10

“suatu sebab adalah terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum”;

Limitasi (batasan) pada konteks kontrak pemerintah yang di maksud adalah semua aturan hukum yang mengikat pemerintah dalam menjalankan fungsi pemerintahan, dengan demikian kata “undang-undang” dalam konteks ini dipahami dalam pengertian materiil, yakni semua aturan yang dibuat oleh organ penguasa yang berwenang membuatnya.

Umumnya perjanjian-perjanjian dilaksanakan dengan sistem terbuka, yang artinya bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian baik yang di atur maupun yang belum di atur di dalam suatu undang-undang, hal ini sesuai dengan kriteria terbentuknya kontrak di mana berdasarkan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata menegaskan bahwa:

“semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Biasanya dalam suatu kontrak terdiri dari 6 (enam) bagian, yakni judul perjanjian, pembukaan, pihak-pihak dalam perjanjian, *recital*, isi perjanjian, dan penutup. Berdasarkan enam bagian tersebut terdapat beberapa klausula umum seperti wanprestasi, pilihan hukum dan pilihan forum, domisili, keadaan memaksa (*force majeure*), yang banyaknya tergantung dari kesepakatan para pihak.

Keberadaan suatu kontrak tidak terlepas dari asas-asas yang mengikatnya. Asas-asas dalam berkontrak mutlak harus dipenuhi apabila para

pihak sepakat untuk mengikatkan diri dalam melakukan perbuatan-perbuatan hukum, namun demikian seringkali ditemui ada beberapa kontrak yang dibuat tanpa berdasarkan asas-asas yang berlaku dalam suatu kontrak. Hal seperti ini terjadi karena disebabkan kurang pahaman para pihak terhadap kondisi dan posisi mereka.

Kenyataannya dalam suatu pelaksanaan lelang pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah, apabila telah ada pemenang lelang tersebut, maka pemerintah menunjuk pihak kedua selaku pemenang untuk melaksanakan pengadaan barang dan jasa yang telah ditenderkan. Hal tersebut untuk selanjutnya dituangkan dalam suatu kontrak kerja antara pemerintah dengan pihak kedua selaku pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah), namun demikian kedudukan antara para pihak dalam hal ini pemerintah dengan pihak ketiga selaku pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) tidak seimbang. Artinya pemerintah bisa dengan leluasa memutuskan kontrak secara sepihak tanpa bisa diganggu gugat dan sebaliknya pihak kedua selaku pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) tidak bisa memutuskan kontrak secara sepihak.

Selanjutnya berkaitan dengan kontrak kerja pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah), perlu diperhatikan mengenai kedudukan para pihak dalam kontrak tersebut, seperti dijelaskan sebelumnya bahwa hukum kontrak/perjanjian di atur dalam Buku III KUHPerdara, yang terdiri atas 18 bab

dan 631 Pasal, di mulai dari Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1864 KUHPerdata. Secara garis besar, perjanjian yang di atur/dikenal di dalam KUHPerdata adalah sebagai berikut: Perjanjian jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, kerja, persekutuan perdata, perkumpulan, hibah, penitipan barang, pinjam pakai, bunga tetap dan abadi, untung-untungan, pemberian kuasa, penanggung utang dan perdamaian.

Menurut teori ilmu hukum, perjanjian-perjanjian di atas disebut dengan perjanjian *nominaat* (bernama) yang merupakan kontrak-kontrak atau perjanjian yang dikenal dalam KUH Perdata.⁹ Di luar KUHPerdata dikenal pula perjanjian lainnya, seperti kontrak :

1. *joint venture*, yaitu suatu kontrak antara dua perusahaan untuk membentuk suatu perusahaan baru. Perusahaan bauru inilah yang kemudian disebut *joint venture*.¹⁰
2. kontrak *production sharing*, yaitu Kerja sama antara Pertamina dan Kontraktor untuk melaksanakan usaha eksplorasi dan eksploitasi minyak dan gas bumi berdasarkan prinsip pembagian hasil (Pasal 1 angka 1 PP No. 35 Tahun 1994 tentang Syarat-Syarat dan Pedoman Kerja Sama Kontrak Bagi Hasil Minyak dan Gas Bumi).¹¹
3. *Leasing*, yaitu kegiatan pembiayaan dalam bentuk penyediaan barang modal baik secara sewa-guna-usaha dengan hak opsi (*finance lease*) maupun sewa-guna-usaha tanpa hak opsi (*operating lease*) untuk digunakan oleh Lessee selama jangka waktu tertentu berdasarkan pembayaran secara berkala.¹²
4. *Franchise* (Waralaba), yaitu perikatan dimana salah satu pihak diberikan hak untuk memanfaatkan dan atau menggunakan hak atas kekayaan intelektual atau penemuan atau ciri khas usaha yang dimiliki pihak lain dengan suatu imbalan berdasarkan persyaratan dan atau penjualan barang dan atau jasa".¹³

⁹ Salim HS, *Hukum Kontrak*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2003). Hal. 1

¹⁰ Peter Mahmud Marzuki. *Kontrak dan Pelaksanaannya*, Makalah disampaikan pada Seminar tentang Hukum Kontrak di Bali, 28-29 Juni 2000, hal 10, sebagaimana dikutip oleh Salim HS, Hal. 51

¹¹ Ibid. Hal. 37

¹² Munir Fuady, "*Hukum tentang Pembiayaan*", Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2008, hal. 7

¹³ Ibid. Hal. 164

5. Sewa Beli, yaitu perjanjian yang merupakan penggabungan antara perjanjian jual beli dengan sewa menyewa¹⁴
6. kontrak karya, yaitu Kerja sama di mana pihak asing membentuk suatu badan hukum Indonesia yang menggunakan modal nasional.¹⁵

Perjanjian jenis ini disebut perjanjian *innominaat* (tidak bernama), yakni perjanjian yang timbul, tumbuh, hidup, dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat.¹⁶ Keberadaan perjanjian baik *nominaat* maupun *innominaat* tidak terlepas dari adanya sistem yang berlaku dalam hukum perjanjian itu sendiri.

1. Sistem Pengaturan Hukum Kontrak

Sistem pengaturan hukum kontrak adalah sistem terbuka (*open system*), yang mengandung maksud bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian, baik yang sudah di atur maupun yang belum di atur di dalam undang-undang.

Menurut ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPPerdata secara tegas menegaskan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Jika dianalisa lebih lanjut maka ketentuan Pasal tersebut memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

- a. membuat atau tidak membuat perjanjian;
- b. mengadakan perjanjian dengan siapa pun;
- c. menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya; serta

¹⁴ Ibid. Hal. 128

¹⁵ Ibid. Hal. 63

¹⁶ Ibid. Hal. 1

d. menentukan bentuk perjanjiannya apakah tertulis atau lisan.

Ditinjau dalam sejarah perkembangannya, hukum kontrak pada awalnya menganut sistem tertutup. Artinya para pihak terikat pada pengertian yang tercantum dalam undang-undang. Hal ini disebabkan adanya pengaruh dari ajaran *legisme* yang memandang bahwa tidak ada hukum di luar undang-undang. Hal serupa dapat ditemui dan dibaca dalam berbagai putusan Hoge Raad dari tahun 1910 sampai dengan tahun 1919.¹⁷

Untuk diketahui bahwa putusan *Hoge Raad (HR)* 1919 tanggal 31 Januari 1919 merupakan putusan yang terpenting. Putusan ini tentang penafsiran perbuatan melawan hukum, yang di atur dalam Pasal 1365 KUHPerdata. Definisi perbuatan melawan hukum dalam putusan tersebut, tidak hanya melawan undang-undang saja, tetapi juga melanggar hak-hak subyektif orang lain, kesusilaan dan ketertiban umum.

Menurut HR 1919 yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum adalah berbuat atau tidak berbuat yang:

- a. Melanggar hak orang lain; yang diartikan melanggar sebagian hak-hak pribadi seperti integritas tubuh, kebebasan, kehormatan, dan lain-lain. Termasuk dalam hal ini hak-hak absolut seperti hak kebendaan, HKI, dan sebagainya;
- b. Bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku; yakni hanya kewajiban yang dirumuskan dalam aturan undang-undang;

¹⁷ Salim H.S, "*Hukum Kontrak: Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*," Cet. II, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), halaman 8

- c. bertentangan dengan kesusilaan; artinya perbuatan yang dilakukan oleh seseorang itu bertentangan dengan sopan santun yang tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat.
- d. Bertentangan dengan kecermatan yang harus diindahkan dalam masyarakat;

Putusan HR 1919 tidak lagi terikat kepada ajaran *legisme*, namun telah secara bebas merumuskan pengertian perbuatan melawan hukum, sebagaimana yang dikemukakan di atas, dengan demikian, sejak terbitnya putusan HR 1919, maka sistem pengaturan hukum kontrak berubah menjadi sistem terbuka.

Apabila ditelaah lebih lanjut, maka definisi perbuatan melawan hukum yang dimaksud dalam HR 1919 serupa dengan salah satu syarat sahnya perjanjian yang keempat, yaitu suatu sebab yang halal, yang kemudian dikaitkan dengan Pasal 1337 KUHPerdara, sehingga penafsiran HR terhadap perbuatan melawan hukum itu mengacu kepada Pasal 1337 KUHPerdara di atas mengenai suatu sebab yang terlarang, antara lain dilarang UU, berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum.

2. Karakteristik Kontrak

Hukum kontrak adalah bagian hukum perdata (*privat*). Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Di sebut sebagai bagian dari hukum perdata disebabkan karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban

yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak.¹⁸ Kontrak, dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. Kontrak merupakan wujud dari kebebasan (*freedom of contract*) dan kehendak bebas untuk memilih (*freedom of choice*).¹⁹

Sejak abad ke-19 prinsip-prinsip itu mengalami perkembangan dan berbagai pergeseran penting. Pergeseran demikian disebabkan oleh: *pertama*, tumbuhnya bentuk-bentuk kontrak standar; *kedua*, berkurangnya makna kebebasan memilih dan kehendak para pihak, sebagai akibat meluasnya campur tangan pemerintah dalam kehidupan rakyat; *ketiga*, masuknya konsumen sebagai pihak dalam berkontrak. Ketiga faktor ini berhubungan satu sama lain,²⁰ tetapi prinsip kebebasan berkontrak dan kebebasan untuk memilih tetap dipandang sebagai prinsip dasar pembentukan kontrak.

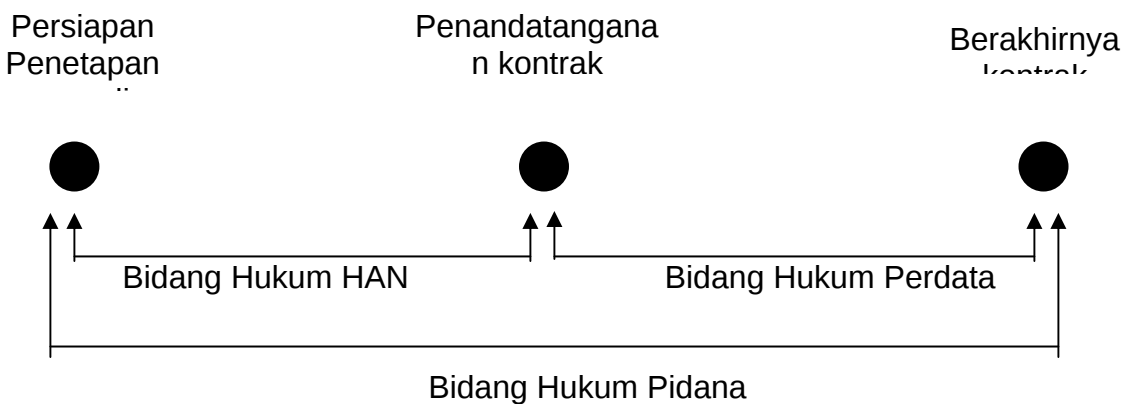
Terdapat bidang hukum lain yang terkait dalam pelaksanaan pengadaan barang dan jasa adalah bidang hukum yang secara langsung dan tidak langsung mengatur pelaksanaan pengadaan barang dan jasa. Dalam pengadaan barang/jasa instansi pemerintah, terdapat 3 (tiga) bidang hukum yang secara langsung dan tidak langsung mengaturnya.

¹⁸ Atiyah, "*The Law of Contract*," (London: Clarendon Press, 1983), halaman 1.

¹⁹ *Ibid*, halaman 5.

²⁰ *Ibid*, halaman 13.

Bidang Hukum tersebut adalah Hukum Administrasi Negara (HAN) mengatur hubungan antara penyedia dan pengguna pada proses persiapan sampai dengan proses penerbitan surat penetapan penyedia barang dan jasa. Selanjutnya adalah Hukum perdata mengatur hubungan antara penyedia dan pengguna barang dan jasa sejak penandatanganan kontrak sampai dengan berakhirnya kontrak pengadaan penyedia barang dan jasa, baru kemudian Hukum pidana mengatur hubungan hukum antara penyedia dan pengguna sejak tahap persiapan pengadaan sampai dengan selesainya kontrak barang dan jasa. Untuk lebih jelasnya dapat dilihat pada bagan di bawah ini :



Penyelenggaraan fungsi pemerintahan, instrumen hukum *privat* (Hukum Perdata) mempunyai fungsi yang sangat penting. Terdapat berbagai jenis tindakan pemerintahan yang justru harus dilaksanakan dengan menggunakan instrumen hukum privat. Satu di antara instrumen itu adalah Hukum Kontrak.

Pemanfaatan kontrak sebagai instrumen dalam pengelolaan urusan pemerintahan ini lazim disebut kontraktualisasi (*contractualization*).²¹

Kontraktualisasi dapat digunakan pemerintah dalam rangka menciptakan hubungan kontraktual baik yang bertujuan untuk membelanjakan keuangan negara, maupun untuk menciptakan hubungan dalam rangka memperoleh penerimaan bagi keuangan negara. Jenis kontrak di mana pemerintah terlibat sebagai pihak (kontraktan) disebut kontrak pemerintah (*government contracts*).

Terdapat 2 (dua) jenis kontrak pemerintah, yakni: kontrak pengadaan (*procurement contracts*) dan kontrak non-pengadaan (*non-procurement contracts*). Kedua jenis kontrak ini memiliki persamaan, yakni melibatkan keuangan negara. Perbedaannya adalah jika pada kontrak pengadaan terdapat pengeluaran atas keuangan negara maka dalam kontrak non-pengadaan pemerintah justru mendapatkan penerimaan. Seperti halnya kontrak privat, terhadap kedua jenis kontrak ini juga berlaku prinsip dan norma hukum dalam Hukum Kontrak pada umumnya seperti prinsip konsensualisme, prinsip kebebasan berkontrak atau prinsip itikad baik. Di Belanda misalnya, Buku III *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) diterapkan *peranalogiam* terhadap jenis kontrak ini. Bahkan Hoge Raad (HR) memutuskan bahwa terhadap jenis kontrak ini juga berlaku prinsip itikad baik (*good faith*).²²

²¹ Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, New York, 2002, halaman 303.

²² Arthur S. Hartkamp and Marianne M.M. Tillema, *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, London, 1995, halaman 31.

Transparansi dan akuntabilitas merupakan prinsip yang sangat fundamental dalam rangka melindungi keuangan negara. Prinsip ini bahkan telah menjadi prinsip yang universal dalam kontrak yang melibatkan pemerintah.²³ Dalam kontrak pengadaan, prinsip transparansi dan akuntabilitas digunakan sebagai upaya untuk melakukan kontrol terhadap keabsahan dalam tahap pembentukan dan pelaksanaan kontrak.

Terbukanya akses atas informasi menyangkut pengadaan yang akan dilakukan pemerintah memungkinkan publik melakukan pengawasan pada setiap tahapan pengadaan, yakni mulai dari tahap penyusunan anggaran, penyusunan dokumen pengadaan, tahap pertenderan, penyusunan kontrak sampai pada tahap serah terima barang/pekerjaan. Penerapan prinsip transparansi secara konsisten dalam kontrak pengadaan akan menghasilkan barang/jasa proporsional dengan uang yang dibelanjakan oleh pemerintah, dengan demikian hasil suatu pengadaan akan dapat dipertanggungjawabkan (*akuntabel*) jika prosesnya dilakukan secara transparan dan memenuhi semua ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Sebaliknya, praktik-praktik curang dalam proses pengadaan seperti kolusi atau *mark up* akan selalu terjadi karena transparansi tidak diterapkan secara konsisten.

Pentingnya lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terbuka karena diasumsikan adanya kontestansi akan mendorong tercapainya efektivitas dan efisiensi anggaran belanja. Negara

²³ Ulrich Magnus (Ed.), *Global Trade Law (International Business Law of the United Nations and UNIDROIT Collection of UNCITRAL's and UNIDROIT's Conventions, Model Acts, Guides and Principles)*, (Munchen : European Law Publishers, 2004), halaman 225.

diuntungkan karena memperoleh barang/jasa yang bagus dengan nilai proyek yang kompetitif. Penunjukan langsung juga dapat dianggap melanggar Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa di Instansi Pemerintah. Terutama jika syarat-syarat penunjukan langsungnya tidak terpenuhi. Disamping itu, pelanggaran terhadap Keppres tersebut akan semakin nyata jika dalam praktik penunjukan langsung, negara dirugikan karena penggelembungan harga. Apalagi jika ditemukan unsur penyuapan dan *bid rigging*, yakni pemberian uang pelicin oleh peserta tender kepada panitia tender.²⁴

Mengkaji pelaksanaan Keppres No. 80/2003 menjadi sebuah tantangan akademis dalam pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) terdapat dinamika yang sangat menarik. Kasus-kasus yang terjadi selama kurun waktu 2004-2005 menunjukkan kompleksitas masalah Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) yang terjadi. Dinamika Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) mengarah pada indikasi persekongkolan tender karena ketidakpatuhan pihak-pihak yang terlibat Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) terhadap ketentuan Keppres No. 80/2003. Adapun pihak-pihak yang terlibat dalam Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) antara lain pengguna barang/jasa, panitia/pejabat pengadaan dan penyedia barang/jasa.

Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) didasarkan pada Keppres No. 80/2003 yang merupakan 'penyempurnaan' dari ketentuan

²⁴Ari Siswanto, '*Bid-Rigging*' Sebagai Tindakan Antipersaingan dalam Jasa Konstruksi, Refleksi Hukum UKSW, Salatiga, April – Oktober, 2001

terdahulu yaitu Keppres No. 18/2000 dan telah mengalami penambahan sebanyak dua kali melalui Keppres No. 61 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden No. 32 Tahun 2005, tetapi penambahan yang dilakukan tidak merubah substansi Keppres No. 80/2003, sehingga tetap relevan menggunakan istilah Keppres No. 80/2003.²⁵

Mengacu pada luasnya cakupan Keppres No. 80/2003 dengan kompleksitas pengaturan yang sedemikian rupa maka tulisan ini hanya fokus pada Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) dengan metode petenderan umum sesuai dengan ketentuan Pasal 17 ayat (1) Keppres No. 80/2003 menyatakan dalam pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya, pada prinsipnya dilakukan melalui metode petenderan umum. Artinya dalam melakukan kajian terhadap Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) dengan metode petenderan umum berkaitan dengan kasus-kasus yang terjadi.

F. Metode Penelitian

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya kecuali itu juga diadakan pelaksanaan yang mendalam terhadap fakta hukum tersebut kemudian mengusahakan suatu pemecahan

²⁵ Keppres No. 61/2004 'hanya' merubah Pasal 22 ayat (5) mengenai kriteria keadaan tertentu dan keadaan khusus dan Lampiran I Bab I Huruf C.1.b4. Sedangkan Keppres No. 32/2005 merubah Pasal 17 ayat (5) berkaitan dengan pelaksanaan pemilihan kepala daerah yang memerlukan kelancaran pengadaan logistik pilkada.

atas permasalahan-permasalahan yang timbul didalam gejala yang bersangkutan.²⁶

1. Metode Pendekatan

Berdasarkan perumusan masalah dan tujuan penelitian, maka metode yang digunakan adalah pendekatan *yuridis normatif*, yaitu dengan mengkaji peraturan perundang-undangan, teori-teori hukum dan yurisprudensi yang berhubungan dengan permasalahan yang di bahas.²⁷ Dalam hal ini metode pendekatan dalam penelitian ini digunakan untuk menganalisis tentang tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang ditolak.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian dalam penulisan tesis ini berupa penelitian *deskriptif analitis*. *Deskriptif* dalam arti bahwa dalam penelitian ini penulis bermaksud untuk menggambarkan dan melaporkan secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala sesuatu yang berkaitan dengan penerapan prinsip hukum kontrak dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dan tentang tanggung jawab pemenang tender terhadap barang yang ditolak.

3. Sumber dan Jenis Data

²⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif-Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007), halaman 43

²⁷ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988), halaman 9

Secara umum jenis data yang diperlukan dalam suatu penelitian hukum terarah pada penelitian data sekunder dan primer. Penelitian ini menggunakan jenis sumber data sekunder, yaitu : data yang mendukung keterangan atau menunjang kelengkapan Data Primer yang diperoleh dari perpustakaan dan koleksi pustaka pribadi penulis. Adapun data sekunder yang digunakan terdiri :

a) Bahan hukum primer bersumber bahan hukum yang diperoleh langsung akan digunakan dalam penelitian ini yang merupakan bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat secara yuridis, yaitu :

1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata);
2. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
3. Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi;
4. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2004 Tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial;
5. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik;
6. Keppres Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
7. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 95 Tahun 2007 Tentang Perubahan Ketujuh Atas Keppres No 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

b) Bahan hukum sekunder berupa literatur, karya ilmiah, hasil penelitian, lokakarya yang berkaitan dengan materi penelitian. Selain itu juga digunakan :

1. Dokumen-dokumen yang berkaitan dengan tender pengadaan barang dan jasa;
2. Kepustakaan yang berkaitan dengan perjanjian kontrak kerja;

c) Bahan hukum tersier berupa kamus, artikel pada majalah atau surat kabar, digunakan untuk melengkapi dan menjelaskan bahan-bahan hukum primer dan sekunder.

4. Teknik Pengumpulan Data

Suatu penelitian, termasuk penelitian hukum pengumpulan data merupakan salah satu tahapan dalam proses penelitian dan sifatnya mutlak untuk dilakukan karena dari data yang diperoleh kita mendapatkan gambaran yang jelas tentang obyek yang diteliti sehingga akan membantu kita untuk menarik suatu kesimpulan dari obyek atau fenomena yang akan diteliti.

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah melalui penelitian kepustakaan bertujuan untuk mengkaji, meneliti, dan menelusuri data-data sekunder mencakup bahan primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat; bahan sekunder yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer; dan bahan hukum tertier yakni

bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.²⁸

Selanjutnya untuk mendukung data sekunder, dalam penelitian ini digunakan pula penelitian lapangan meskipun hanya sebagai data pendukung, sehingga data yang diperoleh hanya berasal dari nara sumber.

Adapun nara sumber dalam penelitian ini adalah :

- a. Panitia Pengadaan Barang dan Jasa Kabupaten Tangerang;
- b. Pihak CV. Agung Bahari Sejahtera dan CV. Nabila Putri selaku pemenang lelang Pengadaan Barang dan Jasa;

Dasar pertimbangan pemilihan narasumber tersebut di atas, adalah bahwa Panitia Pengadaan Barang dan Jasa Kabupaten Tangerang selaku pengguna barang/jasa (pemerintah) yang menolak terhadap barang yang telah disediakan oleh CV. Agung Bahari Sejahtera dan CV. Nabila Putri selaku pemenang lelang Pengadaan Barang dan Jasa.

5. Teknik Analisis Data

Data yang diperoleh, baik dari studi lapangan maupun studi pustaka pada dasarnya merupakan data tataran yang dianalisis secara analisis normatif, yaitu data yang terkumpul dituangkan dalam bentuk uraian logis dan sistematis, selanjutnya dianalisis untuk memperoleh kejelasan penyelesaian masalah, kemudian ditarik kesimpulan secara deduktif, yaitu dari hal yang bersifat umum menuju ke hal yang bersifat khusus.²⁹

²⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Op. Cit*, halaman 52

²⁹ Ibid, Halaman. 10

G. Sistematika Penelitian

Untuk dapat memberikan gambaran yang komprehensif, maka penyusunan hasil penelitian perlu dilakukan secara runtut dan sistematis sebagai berikut :

- Bab I : PENDAHULUAN, merupakan bab pendahuluan yang berisikan antara lain latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka pemikiran dan metode penelitian serta sistematika penulisan.
- Bab II : TINJAUAN PUSTAKA, merupakan bab yang berisi atas teori umum yang merupakan dasar-dasar pemikiran, yang akan penulis gunakan dalam menjawab permasalahan, antara lain tinjauan umum lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) dan tinjauan umum pengadaan barang dan jasa. Selanjutnya juga diuraikan tinjauan umum perjanjian termasuk pengertian wanprestasi.
- Bab III : HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN, membahas mengenai hasil penelitian yaitu penerapan prinsip hukum kontrak dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dan tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang di tolak dalam kontrak kerja bidang barang dan jasa yang sebenarnya telah sesuai

dengan kontrak kerja serta kendala-kendala yang dihadapi para pihak dalam pelaksanaan kontrak kerja bidang barang dan jasa berdasarkan asas keimbangan.

Bab IV : PENUTUP, merupakan kesimpulan dari hasil penelitian dan pembahasan terhadap permasalahan yang telah diuraikan, serta saran dari penulis berkaitan dengan penerapan prinsip hukum kontrak dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah dan tentang tanggung jawab pemenang tender terhadap barang yang ditolak.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Lelang

1. Sejarah Lelang

Penjualan barang secara umum atau Lelang merupakan salah satu bentuk mekanisme atau instrumen pasar yang makin diminati oleh masyarakat, hal ini disebabkan penjualan secara lelang banyak memiliki kelebihan dibandingkan dengan cara penjualan biasa seperti jual-beli. Kelebihan penjualan dengan cara lelang adalah penjualannya memiliki sifat keterbukaan (transparan), objektif dan kompetitif. Sehingga pemerintah Indonesiapun memandang perlu untuk memberikan pengaturan untuk melengkapi kedua peraturan tersebut.

Hal ini karena lelang masih sangat relevan untuk mendukung penegakan hukum (*law enforcement*) yaitu dalam penegakan hukum pidana, hukum perdata, hukum pajak, hukum administrasi negara dan hukum pengelolaan kekayaan negara.

Di Indonesia, lelang secara resmi masuk dalam perundang-undangan sejak 1908, yaitu dengan berlakunya *Vendu Reglement*, Stbl. 1908 No. 189 dan *Vendu Instructie*, Stbl. 1908 No. 190. Peraturan-peraturan dasar lelang ini masih berlaku hingga saat ini dan menjadi dasar hukum penyelenggaraan lelar donesia.

Berdirinya Unit Lelang Negara dapat dikaitkan dengan lahirnya *Vendu Reglement* Stbl. 1908 no. 189 dan *Vendu Instructie* Stbl. 1908 No. 190 yaitu pada bulan Februari 1908, sehingga diperkirakan pada saat itulah mulai berdirinya unit lelang negara. Jumlah unit operasional di seluruh Indonesia (saat itu masih Hindia Belanda) pada saat itu juga tidak dapat diketahui secara pasti. Demikian halnya sampai saat terjadinya perubahan *Vendu Reglement* pada tahun 1940 dengan S.1940 No. 56 tidak diketahui jumlah unit operasional lelang.

Sejak lahirnya *Vendu Reglement* tahun 1908, unit lelang berada di lingkungan Departemen Keuangan dengan kedudukan dan tanggung jawab langsung di bawah Menteri Keuangan. Selanjutnya pada tahun 1919 dengan keputusan Gubernur Jenderal Nederlandsch Indie untuk daerah-daerah yang belum terjangkau *Vendu Kantoren* (Kantor Lelang Negeri) dan kurangnya pelaksanaan lelang maka diangkatlah *Vendumesteer* klas II (Pejabat Lelang Kelas II). Pada waktu itu jabatan *Vendumesteer* kelas II (Pejabat Lelang Kelas II) dilakukan Pejabat Notaris setempat, dan secara berangsur-angsur sesuai kebutuhan dengan meningkatnya pelayanan lelang maka jabatan tersebut ditingkatkan menjadi Kantor Lelang Negeri Kelas I. Tidak diketahui pasti perubahan penyebutan *Vendumesteer* menjadi Juru Lelang dan seterusnya menjadi Pejabat Lelang, diperkirakan

pada tahun 1970-an dalam praktek dan peraturan yang mengatur tentang lelang telah digunakan istilah Pejabat Lelang.³⁰

Adapun struktur organisasi pada masa itu yaitu di tingkat Pusat adalah Inspeksi Urusan Lelang. Sedangkan, di tingkat daerah/unit operasional: Kantor Lelang Negeri, pegawainya merupakan pegawai organik Departemen Keuangan dan Kantor Pejabat Lelang kelas II yang dulu dijabat rangkap oleh Notaris, Pejabat Pemda Tingkat II (Bupati dan Walikota), tapi semenjak tahun 1983 seluruhnya dirangkap oleh Pejabat dari Direktorat Jenderal Pajak.

Tata cara dan prosedur lelang diatur dalam peraturan (*Reglement*) sedangkan Bea Materai diatur dalam peraturan (*verordening*) dan kemudian masih banyak lagi pengaturan-pengaturan yang dilakukan dengan *Reglement* dan *verordening*. Pengaturan-pengaturan tersebut belum diatur dalam ordonansi karena pada tahun itu belum terbentuk lembaga yang disebut *Volksraads* (parlemen atau DPR) yang bertugas membentuk ordonansi atau Undang-undang. *Volksraad* ini baru dibentuk pada tahun 1926 yang anggotanya dipilih berdasarkan penunjukan bukan melalui pemilihan. Dengan demikian *Reglement* dan *verordening* saat itu dibuat bersama antara Gubernur Jenderal dengan *Hegerechthoof* (Mahkamah Agung).

Pada tahun 1960 terjadi pembentukan Direktorat Jenderal di lingkungan Departemen Keuangan, dengan ketentuan tiap departemen

³⁰ www.djkn.go.id sejarah djkn.akses internet 26 Desember 2009

maksimum mempunyai 5 (lima) Direktorat Jenderal. Maka Unit Lelang digabung dan berada di bawah Direktorat Jenderal Pajak dengan pertimbangan bahwa :

- a. Penerimaan negara yang dihimpun unit lelang negara berupa Bea Lelang yang merupakan salah satu jenis pajak tidak langsung;
- b. Saat itu baru saja terbentuk Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1959 tentang Penagihan Pajak dengan Surat Paksa, dimana lembaga lelang sangat diperlukan dalam pelaksanaan penagihan pajak;

Selanjutnya berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 9 Tahun 2005 tentang Kedudukan, Tugas, Fungsi, Susunan Organisasi, Tata Kerja Kementerian Negara Republik Indonesia sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Peraturan Presiden Nomor 94 Tahun 2006 jo Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2006 tentang Organisasi dan Tata Kerja Instansi Vertikal Di Lingkungan Departemen Keuangan sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Peraturan Presiden Nomor 22 Tahun 2007 jo Keputusan Menteri Keuangan Nomor 466/KMK.01/2006 tentang Organisasi dan Tata Kerja Departemen Keuangan Bab VIII Direktorat Jenderal Kekayaan Negara.

2. Pengertian Lelang

Lelang menurut sejarahnya berasal dari bahasa latin "*Auctio*" yang artinya peningkatan harga secara bertahap. Di Indonesia lelang secara resmi dikenal sejak hal itu diatur dalam peraturan perundang-undangan

Indonesia yang merupakan peraturan peninggalan Belanda. Peraturan tersebut masih berlaku sampai saat ini, yaitu *Vendu Reglement*, Stbl 1908 No. 189 dan *Vendu Instructie*, Stbl 1908 No. 190. Oleh karena lelang merupakan cara penjualan yang berbeda dari cara penjualan pada umumnya, maka prosedur lelang ini diatur dalam peraturan perundang-undangan yang khusus (*lex specialis*).³¹

Penjualan barang secara umum atau Lelang merupakan salah satu bentuk mekanisme atau instrumen pasar yang makin diminati oleh masyarakat, hal ini disebabkan penjualan secara lelang banyak memiliki kelebihan dibandingkan dengan cara penjualan biasa seperti jual-beli. Kelebihan penjualan dengan cara lelang adalah penjualannya memiliki sifat keterbukaan (transparan), objektif dan kompetitif, sehingga pemerintah Indonesia pun memandang perlu untuk memberikan pengaturan untuk melengkapi kedua peraturan tersebut. Hal ini karena lelang masih sangat relevan untuk mendukung penegakan hukum (*law enforcement*) yaitu dalam penegakan hukum pidana, hukum perdata, hukum pajak, hukum administrasi negara dan hukum pengelolaan kekayaan negara. Bentuk Peraturan lelang tersebut dikeluarkan oleh Menteri Keuangan karena lelang berada di lingkup kewenangannya.

Gambaran Ringkas Undang-Undang Lelang (*Vendu Reglement*)
Stbl. 1908 No. 189, *Instructie* Lelang (*Vendu Instructie*) stbl. 1908 No. 190

³¹ Fx Ngadijarno, dan Laksito, Nunung Eko dkk. Tanpa Tahun. *Lelang Teori dan Praktik. Text Book Lelang BPPK*. Jakarta. Diakses dari BPPK.

dan Peraturan Pemungutan Bea Lelang untuk Pelelangan dan Penjualan Umum Stbl No. 390. Dalam sistem perundang-undangan Indonesia, lelang digolongkan sebagai suatu cara penjualan khusus yang prosedurnya berbeda dengan jual-beli pada umumnya. Peranan lembaga lelang dalam sistem perundang-undangan tampak masih dianggap relevan. Hal ini terbukti dengan difungsikannya lelang untuk mendukung upaya *Law Enforcemen* dan pengelolaan kekayaan negara.

Lelang adalah penjualan barang kepada orang banyak atau dimuka umum, karena itu pelelangan sering juga disebut penjualan umum. Dalam Pasal 1 *Vendu Reglement* Staatblad 1908 Nomor 189 disebutkan bahwa penjualan dimuka umum atau lelang adalah setiap penjualan barang dimuka umum dengan cara penawaran harga secara lisan dan atau tertulis melalui usaha mengumpulkan para peminat / peserta lelang. Penjualan Umum atau Lelang tersebut harus dilakukan oleh atau dihadapan seorang Pejabat Lelang.

Selanjutnya di dalam Peraturan Menteri Keuangan Nomor 40/PMK.07/2006 tentang Petunjuk Pelaksanaan Lelang disebutkan bahwa lelang adalah penjualan barang terbuka untuk umum dengan penawaran harga secara tertulis dan/atau lisan yang semakin meningkat atau menurun untuk mencapai harga tertinggi yang didahului dengan pengumuman lelang.

Berdasarkan pengertian tersebut tampak bahwa lelang harus memenuhi unsur-unsur sebagai berikut : ³²

- a. Lelang adalah suatu cara penjualan barang;
- b. Didahului dengan mengumpulkan peminat/peserta lelang.
- c. Dilaksanakan dengan cara penawaran atau pembentukan harga yang khusus yaitu dengan cara penawaran harga secara lisan atau secara tertulis yang bersifat kompetitif;
- d. Peserta yang mengajukan penawaran tertinggi akan dinyatakan sebagai pemenang/pembeli.

Selain tersebut di atas, dalam lelang juga diperlukan risalah lelang.

Berkaitan dengan pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah sebagaimana diatur dalam ketentuan Keppres Nomor 80 Tahun 2003 jo Perpres Nomor 95 Tahun 2007 Tentang Perubahan Ketujuh Atas Keppres No 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, maka dalam ketentuan tersebut di jelaskan mengenai pengertian lelang meskipun terdapat istilah lelang di dalam kedua peraturan tersebut. Misalnya terdapat dalam ketentuan Pasal 20 Keppres Nomor 80 Tahun 2003 menentukan bahwa prosedur pelelangan umum dengan prakualifikasi meliputi :

- a. pengumuman prakualifikasi;
- b. pengambilan dokumen prakualifikasi;
- c. pemasukan dokumen prakualifikasi;
- d. evaluasi dokumen prakualifikasi;
- e. penetapan hasil prakualifikasi;
- f. pengumuman hasil prakualifikasi;
- g. masa sanggah prakualifikasi;
- h. undangan kepada peserta yang lulus prakualifikasi;
- i. pengambilan dokumen lelang umum;
- j. penjelasan;

³² Rochmat Soemitro, *Peraturan dan Instruksi Lelang*. (Bandung : PT. Enresco, 1987), halaman. 150

- k. penyusunan berita acara penjelasan dokumen lelang dan perubahannya;
- l. pemasukan penawaran;
- m. pembukaan penawaran;
- n. evaluasi penawaran;
- o. penetapan pemenang;
- p. pengumuman pemenang;
- q. masa sanggah;
- r. penunjukan pemenang;
- s. penandatanganan kontrak;
- t. pelaksanaan kontrak;
- u. pemeriksaan;
- v. hasil pekerjaan; dan
- w. serah terima hasil pekerjaan.

Sedangkan pelelangan umum dengan pasca kualifikasi perbedaan prosedurnya hanya pada evaluasi penawaran sekaligus juga termasuk evaluasi kualifikasi. Selanjutnya untuk metode pelelangan terbatas, pemilihan langsung, dan penunjukan langsung pada prinsipnya prosedurnya sama hanya bedanya lebih disederhanakan lagi khususnya dalam hal penentuan calon penyedia barang/jasa.

Apabila dikaji lebih mendalam, berdasarkan ketentuan Pasal 1 *Vendu Reglement* Staatblad 1908 Nomor 189, maka pengertian lelang lebih menitikberatkan pada penjualan di muka umum dan dalam praktek lebih sering digunakan pada pelaksanaan lelang eksekusi benda jaminan. Misalkan eksekusi benda jaminan yang dilakukan oleh Kantor Pelayanan Kekayaan Negara Dan Lelang (KPKNL) dan adanya Risalah Lelang, sedangkan dalam praktek pengadaan barang dan/atau jasa lebih sering digunakan istilah “tender” yang menurut Kamus Bahasa Indonesia berarti

tawaran untuk mengajukan harga, memborong pekerjaan, atau menyediakan barang.

Pada kenyataannya, memang pengadaan barang dan/atau jasa lebih menitikberatkan pada tawaran untuk mengajukan harga, memborong pekerjaan, atau menyediakan barang oleh para peserta tender. Jadi penggunaan istilah lelang dalam pengadaan barang dan/atau jasa lebih dititikberatkan pada pengumuman tentang adanya rencana pengadaan barang dan/atau jasa oleh pengguna barang dan/atau jasa yang merupakan pengertian dasar dari lelang itu sendiri yaitu penjualan di muka umum, hanya saja pengertian “lelang” dalam tender tidak ada resalah lelang. Untuk lebih jelasnya mengenai pengertian pengadaan barang dan/atau jasa, akan dibahas pada sub bab tersendiri dalam tinjauan umum pengadaan barang dan/atau jasa.

B. Tinjauan Umum Pengadaan Barang dan/atau Jasa

1. Pengertian Pengadaan Barang dan/atau Jasa

Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, merupakan dasar hukum dalam penyelenggaraan pengadaan barang/jasa pemerintah berlaku secara efektif sejak diundangkan pada tanggal 3 Nopember 2003 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 120. Sebelumnya mendasarkan pada Keputusan Presiden Nomor 16 Tahun

1994 tentang Pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara sebagaimana diubah beberapa kali terakhir dengan Keputusan Presiden Nomor 6 Tahun 1999, serta Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Sejak diundangkannya Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tersebut, maka semua peraturan beserta petunjuk teknis dan seluruh perubahannya telah dinyatakan tidak berlaku lagi (Pasal 53 ayat (2) Kepres Nomor 80 Tahun 2003) dan pengadaan barang/jasa dapat dilaksanakan dengan Swakelola dan dengan menggunakan penyedia barang/jasa.

Menurut ketentuan Pasal 1 angka 1 Ketentuan Umum Kepres Nomor 80 Tahun 2003, yang dimaksud dengan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah adalah :

“Kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa”.

Pengadaan barang dan jasa dimulai sejak adanya pasar dimana orang dapat membeli dan atau menjual barang. Cara atau metoda yang digunakan dalam jual beli barang di pasar adalah dengan cara tawar menawar secara langsung antara *pihak pembeli* atau *pihak pengguna* dengan *pihak penjual* atau *pihak penyedia barang*. Apabila dalam proses tawar-menawar telah tercapai kesepakatan harga, maka dilanjutkan dengan transaksi jual beli, yaitu pihak penyedia barang menyerahkan barang kepada pihak pengguna dan pihak pengguna membayar

berdasarkan harga yang disepakati kepada pihak penyedia barang. Proses tawar menawar dan proses transaksi jual beli dilakukan secara langsung tanpa didukung dengan dokumen pembelian maupun dokumen pembayaran dan penerimaan barang.

Apabila barang yang akan dibeli, jumlah dan jenisnya banyak, dan setiap jenis barang tersebut dilakukan tawar menawar, maka akan memakan waktu. Untuk menghemat waktu, pengguna menyusun secara tertulis jenis dan jumlah barang yang akan dibeli, selanjutnya diberikan kepada penyedia barang untuk mengajukan penawaran secara tertulis pula. Daftar barang yang disusun secara tertulis tersebut kiranya yang menjadi asal-usul *dokumen pembelian*. Sedangkan penawaran harga yang dibuat secara tertulis merupakan asal usul *dokumen penawaran*.

Perkembangan selanjutnya pihak pengguna menyampaikan daftar barang yang akan dibeli tidak hanya kepada satu tetapi kepada beberapa penyedia barang. Dengan meminta penawaran kepada beberapa penyedia barang, pengguna dapat memilih harga penawaran yang paling murah dari setiap jenis barang yang akan dibeli. Cara tersebut kiranya yang menjadi cikal-bakal *pengadaan barang dengan cara lelang*.

Cara pembelian barang berkembang tidak terbatas pada pembelian barang yang telah ada di pasar saja tetapi juga pembelian barang yang belum tersedia di pasar. Pembelian barang yang belum ada di pasar dilakukan dengan cara *pesanan*. Agar barang yang dipesan dapat dibuat

seperti yang diinginkan, maka pihak pemesan menyusun nama, jenis, jumlah barang yang dipesan beserta spesifikasinya secara tertulis dan menyerahkannya kepada pihak penyedia barang. Dokumen tertulis tersebut dinamakan *dokumen pemesanan barang* yang kiranya menjadi asal-usul dari *dokumen lelang*.

Pengadaan barang dengan cara pemesanan tidak terbatas pesanan barang yang bergerak seperti rumah, gedung, jembatan, bendungan dan lain-lainya. Untuk pemesanan barang berupa bangunan, pihak pengguna biasanya menyediakan gambar rencana atau gambar teknis dari bangunan yang dipesan. Pemesanan atau pengadaan barang berupa bangunan tersebut merupakan asal-usul *pengadaan pekerjaan pemborongan* yang kemudian disebut *pengadaan jasa pemborongan*.

Sekarang pengadaan barang tidak terbatas pada barang yang berwujud tetapi juga barang yang tidak berwujud. Barang tidak berwujud umumnya adalah jasa. Misalnya jasa pelayanan kesehatan, jasa pelayanan pendidikan, jasa konsultasi, jasa supervise, jasa manajemen, dan lain-lainnya. Pengadaan barang tak berwujud yang umumnya berupa jasa tersebut merupakan asal usul *pengadaan jasa konsultasi dan jasa lainnya*. Ilmu pengetahuan dan teknologi telah mendorong terjadinya perubahan dan kemajuan dalam semua bidang kegiatan, termasuk kegiatan pengadaan barang jasa.

Apabila ada tahap awal pengadaan barang dan jasa merupakan kegiatan jual beli langsung di suatu tempat (pasar), sekarang pengadaan barang dan jasa dapat dilakukan secara tidak langsung. Yang sekarang sedang berkembang pengadaan barang melalui media teknologi informasi (misalnya: melalui internet) dan dapat dilakukan dan berlaku dimana saja. Pengadaan barang dan jasa yang pada awalnya merupakan kegiatan praktis, sekarang sudah menjadi pengetahuan yang dapat dipelajari dan diajarkan.

2. Hakekat dan Filosofi Pengadaan Barang dan/atau Jasa

Pengadaan barang dan jasa pada hakekatnya adalah upaya pihak pengguna untuk mendapat atau mewujudkan barang dan jasa yang diinginkan dengan menggunakan metoda dan proses tertentu untuk dicapai kesepakatan harga, waktu, dan kesepakatan lainnya.³³ Agar hakekat atau esensi pengadaan barang dan jasa tersebut dapat dilaksanakan sebaik-baiknya, maka kedua belah pihak yaitu pengguna dan penyedia haruslah selalu berpatokan kepada filosofi pengadaan barang dan jasa, tunduk kepada etika dan norma pengadaan barang dan jasa yang berlaku, mengikuti prinsip-prinsip, metoda dan proses pengadaan barang dan jasa yang baku.

Berdasarkan uraian dan pengertian tersebut, maka dapat dinyatakan bahwa filosofi pengadaan barang dan jasa adalah upaya mendapatkan

³³ Indonesia, *Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005). Halaman 5

barang dan jasa yang diinginkan yang dilakukan atas dasar pemikiran yang logis dan sistimatis (*the system of thought*), mengikuti norma dan etika yang berlaku, berdasarkan metoda dan proses pengadaan yang baku.³⁴

3. Etika dan Norma Pengadaan Barang dan/atau Jasa

Pengadaan barang dan jasa pada dasarnya melibatkan dua pihak yaitu pihak pengguna dan pihak penyedia yang mempunyai kehendak atau kepentingan berbeda bahkan dapat dikatakan bertentangan. Pihak pengguna menghendaki memperoleh barang dan jasa dengan harga semurah-murahnya, sedang pihak penyedia ingin mendapat keuntungan yang setinggi-tingginya. Dua kehendak atau keinginan yang bertentangan tersebut akan sulit dipertemukan kalau tidak ada saling pengertian dan kemauan untuk mencapai kesepakatan. Untuk itu perlu adanya etika dan norma yang disepakati dan dipatuhi bersama.

a. Etika Pengadan Barang dan/atau Jasa

Menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia, etika adalah asas-asas akhlak/moral. Akhlak adalah watak, tabiat, budi pekerti sedangkan moral adalah merupakan perbuatan baik-buruk. Asas-asas adalah dasar-dasar atau pondasi atau suatu kebenaran yang menjadi dasar atau tumpuan berfikir.³⁵

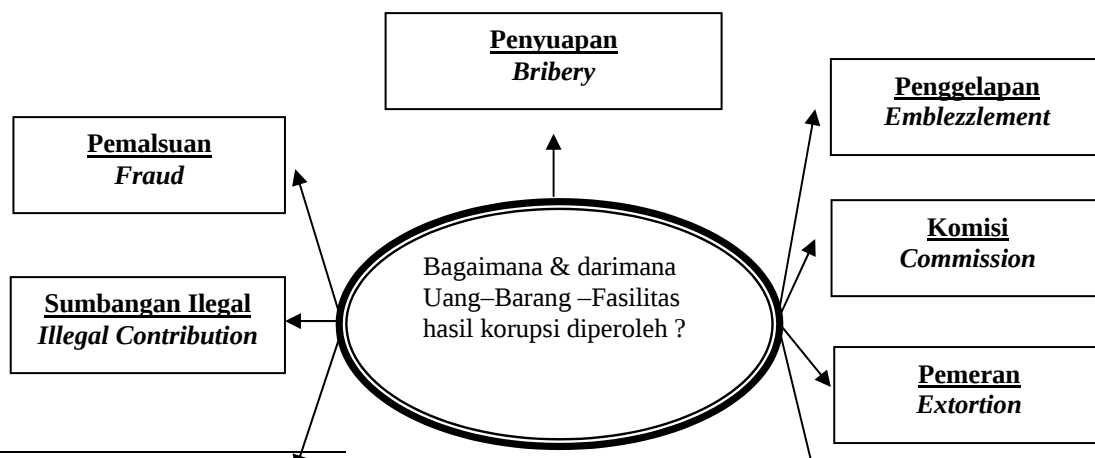
³⁴ *Loc. It.*

³⁵ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1990), Hal. 467-468

Etika dalam pengadaan barang dan jasa adalah perilaku yang baik dari semua pihak yang terlibat dalam proses pengadaan. Yang dimaksud perilaku yang baik adalah perilaku untuk saling menghormati terhadap tugas dan fungsi masing-masing pihak, bertindak secara profesional, dan tidak saling mempengaruhi untuk maksud tercela atau untuk kepentingan/keuntungan pribadi dan atau kelompok dengan merugikan pihak lain,³⁶ hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 5 Keppres Nomor 80 Tahun 2003

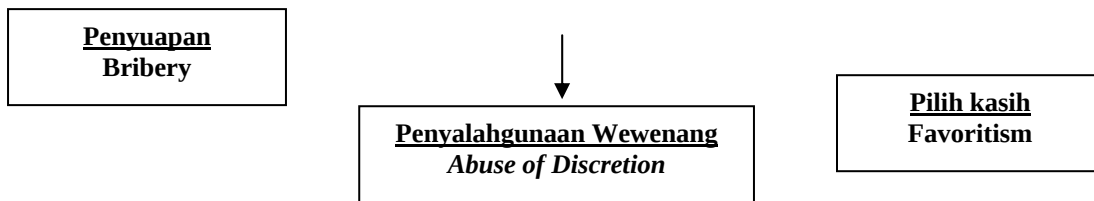
Perbuatan yang tidak patut dilakukan dan sangat bertentangan dengan etika pengadaan adalah apabila salah satu pihak atau secara bersama-sama melakukan praktek korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN).

Menurut *Centre of International Crime Prevention (CICP)* dari *UN Office for Drug Control and Crime Prevention (UN – ODCCP)*, ada 10 bentuk “korupsi” yang dapat digambarkan dalam skema dibawah ini:³⁷



³⁶ Indonesia, *Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005). Halaman 6

³⁷ Disarikan dari laporan Konsultan ADB TA No. 3608-INO tentang: Tool Kit Anti Korupsi Bidang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.



Pengadaan barang dan jasa dapat menjadi titik rawan terjadinya praktek KKN, oleh karena itu perlu adanya upaya untuk meningkatkan mutu pelaksanaan pengadaan barang dan jasa. Upaya tersebut diantaranya dapat dilakukan melalui penyempurnaan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pengadaan, meningkatkan profesionalisme para pelaku pengadaan, meningkatkan pengawasan serta penegakan hukum.

b. Norma Pengadan Barang dan/atau Jasa

Agar tujuan pengadaan barang dan jasa dapat tercapai dengan baik, maka semua pihak yang terlibat dalam proses pengadaan harus mengikuti norma yang berlaku.

Suatu norma itu baru ada apabila terdapat lebih dari satu orang, oleh karena norma itu pada dasarnya mengatur tatacara bertingkah laku seseorang terhadap orang lain atau terhadap lingkungannya.³⁸ Sebagaimana norma lain yang berlaku, norma pengadaan barang dan jasa terdiri dari norma yang tidak tertulis dan norma yang tertulis.

³⁸ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, dalam *Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005). Halaman 8

Norma yang tidak tertulis pada umumnya adalah norma yang bersifat ideal, sedangkan yang tertulis pada umumnya adalah norma yang bersifat operasional. Norma ideal pengadaan barang dan jasa antara lain yang tersirat atau pengertian tentang hakekat, filosofi, etika, profesionalisme dalam bidang pengadaan barang dan jasa. Sedangkan norma pengadaan barang dan jasa yang sifatnya operasional pada umumnya telah dirumuskan dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yaitu berupa undang-undang, peraturan, pedoman, petunjuk dan bentuk produk statuter lainnya.³⁹

C. Tinjauan Umum Perjanjian

1. Pengertian

Pengertian perjanjian sebagaimana terdapat dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyatakan bahwa suatu *perjanjian* adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Pengertian tersebut menurut para sarjana kurang lengkap karena banyak mengandung kelemahan-kelemahan dan terlalu luas pengertiannya karena istilah perbuatan yang dipakai dapat mencakup juga perbuatan melawan hukum dan perwalian sukarela, padahal yang dimaksud adalah perbuatan

³⁹ Indonesia, *Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005). Halaman 8

melawan hukum.⁴⁰ Sedangkan menurut pendapat J. Satrio yang dimaksud perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak, dimana satu pihak ada hak dan di lain pihak ada kewajiban.⁴¹

Pendapat lain dikemukakan oleh Rutten dalam Purwahid Patrik yang menyatakan bahwa *perjanjian* adalah perbuatan yang terjadi sesuai dengan formalitas-formalitas dari peraturan hukum yang ada tergantung dari persesuaian kehendak dua atau lebih orang-orang yang ditujukan untuk timbulnya akibat hukum dari kepentingan salah satu pihak atas beban pihak lain atau demi kepentingan masing-masing pihak secara timbal balik.⁴²

Berdasarkan pendapat-pendapat tersebut diatas, dapat disimpulkan bahwa didalam perjanjian terdapat beberapa unsur yaitu :⁴³

a. Ada pihak-pihak.

Pihak disini adalah subyek perjanjian dimana sedikitnya dua orang atau badan hukum dan harus mempunyai wewenang melakukan perbuatan hukum sesuai yang ditetapkan oleh undang-undang.

b. Ada persetujuan antara pihak-pihak, yang bersifat tetap dan bukan suatu perundingan.

⁴⁰ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Bandung : Bina Cipta, 1979), halaman 49.

⁴¹ J.Satrio, *Hukum Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Buku I, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1998). halaman 5.

⁴² Purwahid Patrik, *Hukum Perdata II*, Jilid I, 1988, halaman 1 – 3.

⁴³ Ibid, halaman 4.

- c. Ada tujuan yang akan dicapai. Hal ini dimaksudkan bahwa tujuan para pihak hendaknya tidak bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan dan undang-undang.
- d. Ada prestasi yang akan dilaksanakan. Hal ini dimaksudkan bahwa prestasi merupakan kewajiban yang harus dipenuhi, oleh pihak-pihak sesuai dengan syarat-syarat perjanjian.
- e. Ada bentuk tertentu, lisan atau tulisan. Hal ini berarti bahwa perjanjian bisa dituangkan secara lisan atau tertulis. Hal ini sesuai ketentuan undang-undang yang menyebutkan bahwa hanya dengan bentuk tertentu suatu perjanjian mempunyai kekuatan mengikat dan bukti yang kuat.

Pada umumnya perjanjian tidak terikat pada suatu bentuk tertentu, dapat dibuat secara lisan dan andaikata dibuat secara tertulis, maka perjanjian ini bersifat sebagai alat pembuktian apabila terjadi perselisihan, namun dalam hal ini menurut Mariam Darus Badruzaman untuk beberapa perjanjian undang-undang menentukan bentuk tertentu, apabila bentuk tersebut tidak dipenuhi perjanjian itu tidak sah. Dengan demikian bentuk tertulis perjanjian tidak hanya semata-mata merupakan alat pembuktian saja, tetapi merupakan syarat adanya perjanjian.⁴⁴

2. Asas-Asas Perjanjian

Menurut ketentuan hukum yang berlaku, asas-asas penting dalam perjanjian antara lain:

⁴⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Kredit*, (Bandung : Alumni, 1994), halaman 137.

1. *Asas kebebasan berkontrak*

Asas ini dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi : *“Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya”*.

Tujuan dari pasal di atas bahwa pada umumnya suatu perjanjian itu dapat dibuat secara bebas untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, bebas untuk mengadakan perjanjian dengan siapapun, bebas untuk menentukan bentuknya maupun syarat-syarat, dan bebas untuk menentukan bentuknya, yaitu tertulis atau tidak tertulis dan seterusnya.

Jadi berdasarkan pasal tersebut dapat disimpulkan bahwa masyarakat diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja (tentang apa saja) dan perjanjian itu mengikat mereka yang membuatnya seperti suatu Undang-undang. Kebebasan berkontrak dari para pihak untuk membuat perjanjian itu meliputi:

- a) Perjanjian yang telah diatur oleh Undang-undang.
- b) Perjanjian-perjanjian baru atau campuran yang belum diatur dalam Undang-undang.

2. *Asas konsensualisme*

Adalah suatu perjanjian cukup ada kata sepakat dari mereka yang membuat perjanjian itu tanpa diikuti dengan perbuatan hukum lain kecuali perjanjian yang bersifat formal.⁴⁵

3. *Asas itikad baik*

Bahwa orang yang akan membuat perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Itikad baik dalam pengertian subyektif dapat diartikan sebagai kejujuran seseorang yaitu apa yang terletak pada seseorang pada waktu diadakan perbuatan hukum. Sedangkan itikad baik dalam pengertian obyektif adalah bahwa pelaksanaan suatu perjanjian hukum harus didasarkan pada norma kepatuhan atau apa-apa yang dirasa sesuai dengan dengan yang patut dalam masyarakat.

4. *Asas Pacta Sun Servanda*

Merupakan asas dalam perjanjian yang berhubungan dengan mengikatnya suatu perjanjian. Perjanjian yang dibuat secara sah oleh para pihak mengikat mereka yang membuatnya dan perjanjian tersebut berlaku seperti Undang-undang. Dengan demikian para pihak tidak mendapat kerugian karena perbuatan mereka dan juga tidak mendapat keuntungan darinya, kecuali kalau perjanjian perjanjian tersebut dimaksudkan untuk pihak ketiga. Maksud dari asas ini dalam perjanjian tidak lain untuk mendapatkan kepastian hukum bagi para pihak yang telah membuat perjanjian itu.

5. *Asas berlakunya suatu perjanjian*

Pada dasarnya semua perjanjian itu berlaku bagi mereka yang membuatnya tak ada pengaruhnya bagi pihak ketiga, kecuali yang telah diatur dalam Undang-undang, misalnya perjanjian untuk pihak ketiga.⁴⁶

⁴⁵ A. Qiram Syamsudin Meliala, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, (Yogyakarta : Liberty, 1985), Hal. 20.

⁴⁶ *Ibid*, halaman 19.

Asas berlakunya suatu perjanjian diatur dalam Pasal 1315 KUH Perdata yang berbunyi :

“Pada umumnya tidak seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu perjanjian dari pada untuk dirinya sendiri”.

3. Syarat Sahnya Perjanjian

Adapun untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat (Pasal 1320 KUH Perdata), yaitu :

- 1) Sepakat mereka yang mengikat dirinya. Kesepakatan mereka yang mengikatkan diri adalah asas yang esensial dari Hukum Perjanjian. Asas ini dinamakan juga asas konsensualisme yang menentukan adanya perjanjian. Asas Konsensualisme yang terdapat dalam Pasal 1320 KUH Perdata mengandung arti “kemauan” para pihak untuk saling berprestasi, ada kemauan untuk saling mengikat diri. Kemauan ini membangkitkan kepercayaan bahwa perjanjian itu dipenuhi. Kesepakatan tidak ada artinya apabila perjanjian dibuat atas dasar paksaan, penipuan atau kekhilafan.⁴⁷
- 2) Kecakapan diperlukan untuk membuat suatu perjanjian. Mengenai kecakapan, Subekti menjelaskan bahwa seseorang adalah tidak cakap apabila ia pada umumnya berdasarkan ketentuan undang-undang tidak mampu membuat sendiri persetujuan-persetujuan dengan akibat-akibat hukum yang sempurna. Yang tidak cakap adalah orang-orang yang

⁴⁷ R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang hukum Perdata*, (Jakarta : Pradnya Paramita, 2001), halaman 339.

ditentukan hukum, yaitu anak-anak, orang dewasa yang ditempatkan dibawah pengawasan (*curatele*), dan orang sakit jiwa.

- 3) Suatu hal tertentu. Ini dimaksudkan bahwa hal tertentu adalah obyek yang diatur dalam perjanjian kredit tersebut harus jelas, setidaknya-tidaknya dapat ditentukan, jadi tidak boleh samar. Hal ini penting untuk memberikan jaminan atau kepastian kepada para pihak dan mencegah timbulnya perjanjian kredit yang fiktif.
- 4) Suatu sebab yang halal. Ini dimaksudkan bahwa isi perjanjian kredit tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan yang bersifat memaksa, ketertiban umum dan atau kesusilaan.

Kedua syarat yang pertama dinamakan *syarat-syarat subyektif*, karena kedua syarat tersebut mengenai orang-orangnya atau subyeknya yang mengadakan perjanjian. Sedangkan kedua syarat terakhir disebut *syarat obyektif*, karena mengenai obyek dari perjanjian itu sendiri atau obyek dari perbuatan hukum yang dilakukan itu.⁴⁸

4. Pengertian Wanprestasi

Syarat suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai wanprestasi telah ditentukan dalam Pasal 1243 KUHPdata yang menyatakan bahwa apabila seseorang telah lalai melaksanakan kewajibannya kepada pihak lain dan tetap tidak melaksanakan kewajiban tersebut, meskipun telah diingatkan, maka pihak tersebut dapat dikatakan telah melakukan

⁴⁸ R. Subekti, *Op. Cit*, halaman 1

wanprestasi. Atas kelalaian tersebut yang bersangkutan wajib mengganti kerugian yang ditimbulkannya.

Berdasarkan Pasal tersebut dapat disimpulkan bahwa seseorang baru bisa dikatakan wanprestasi, setelah ia telah diingatkan untuk memenuhi kewajibannya sesuai dengan isi perjanjian.

Ada berbagai model bagi para pihak yang tidak memenuhi prestasinya walaupun sebelumnya sudah setuju untuk dilaksanakannya.

Model-model wanprestasi tersebut adalah sebagai berikut : ⁴⁹

- a. Wanprestasi berupa tidak memenuhi prestasi;
- b. Wanprestasi berupa terlambat memenuhi prestasi;
- c. Wanprestasi berupa tidak sempurna memenuhi prestasi;
- d. Wanprestasi melakukan sesuatu yang oleh perjanjian tidak boleh dilakukan.

Ada empat akibat adanya wanprestasi, yaitu sebagai berikut:

- a. Perikatan tetap ada

Kreditor masih dapat memenuhi kepada debitor pelaksanaan prestasi, apabila ia terlambat memenuhi prestasi. Disamping itu, kreditor berhak menuntut ganti rugi akibat keterlambatan melaksanakan prestasinya.

Hal ini disebabkan kreditor akan mendapat keuntungan apabila debitor melaksanakan prestasi tepat pada waktunya.

- b. Debitor harus membayar ganti rugi kepada kreditor (Pasal 1243 KUH Perdata).

⁴⁹ Ibid. Halaman 45

- c. Beban risiko beralih untuk kerugian debitor, jika halangan itu timbul setelah debitor wanprestasi, kecuali bila ada kesenjangan atau kesalahan besar dari pihak kreditor. Oleh karena itu, debitor tidak dibenarkan untuk berpegang pada keadaan memaksa.
- d. Jika perikatan lahir dari perjanjian timbal balik, kreditor dapat membebaskan diri dari kewajibannya memberikan kontra prestasi dengan menggunakan Pasal 1266 KUH Perdata.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

4. Penerapan Prinsip Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah Dalam Hukum Kontrak

Transparansi merupakan prinsip yang sangat penting dalam kontrak pengadaan barang/jasa. Wilayah penerapannya dimulai sejak tahap awal dari keseluruhan proses pengadaan, yakni sejak tahap pengumuman sampai pada tahap penetapan pemenang lelang/seleksi. Dalam tahap pelaksanaan kontrak, fungsi transparansi juga penting sebab tercapainya akuntabilitas hanya akan terwujud jika secara konsisten prinsip ini diterapkan. Namun demikian berlakunya prinsip ini tidak mutlak.

Terdapat batas-batas dimana prinsip ini tidak dapat diterapkan, karena penerapannya justru akan mengakibatkan tidak tercapainya maksud transparansi tersebut. Prinsip dalam beberapa hal menjadi pengecualiaan atas penerapan prinsip transparansi. Prinsip *confidentiality* (kerahasiaan) terutama berlaku bagi pengadaan alat pertahanan negara, sekalipun dalam beberapa hal prinsip transparansi tetap harus diberlakukan.⁵⁰ Prinsip *confidentiality*

⁵⁰ Dalam pengadaan alat utama sistem pertahanan (alutsista) misalnya prinsip *confidential* sangat penting. Dalam kaitan dengan pengadaan, Pasal 16 UU No. 3/2003 menentukan bahwa kebijakan penganggaran dan pengadaan ditetapkan oleh menteri, yakni menteri yang bertanggung jawab di bidang pertahanan. Pedoman pelaksanaan pengadaan alutsista, sama seperti pengadaan lain mengacu pada Keppres No. 80/2003.

(kerahasiaan) juga harus diterapkan menyangkut rincian HPS.⁵¹ Bagian ini selanjutnya mengupas prinsip *confidentiality* (kerahasiaan) pada tahap pelaksanaan kontrak untuk memahami ruang lingkup dan batas penerapannya.

Pada dasarnya apa yang harus dirahasiakan merupakan kesepakatan para pihak. Tidak ada ukuran yang spesifik mengenai hal ini karena bobot kerahasiaan bergantung pada jenis kontraknya dan kepentingan kedua belah pihak. Informasi yang dipandang sebagai rahasia, berbeda substansi dan nilainya antara satu jenis kontrak dengan kontrak yang lain. Dalam kaitan inilah perlu dirumuskan secara tegas klausula yang mengatur kewajiban menjaga kerahasiaan informasi yang terdapat dalam kontrak.

Dalam perspektif Hukum Kontrak klausula *confidentiality* (kerahasiaan) merupakan jenis prestasi tidak berbuat sesuatu. Esensi klausula ini adalah larangan untuk berbuat sesuatu. Tanggung gugat lahir jika larangan ini dilanggar. Menurut KUH Perdata tidak ada aturan khusus yang terkait dengan klausula ini, kecuali jenis prestasi tidak berbuat sesuatu sebagaimana tertuang dalam Pasal 1234 KUH Perdata.

Ketentuan di atas memberikan tekanan pada tahap negosiasi. Informasi yang oleh salah satu pihak diberikan sebagai rahasia dan terungkap pada tahap negosiasi mewajibkan pihak lain untuk menjaganya sebagai suatu

⁵¹ Mengenai sifatnya yang rahasia hanya dituangkan dalam bagian penjelasan Pasal 13 ayat (4) Keppres No. 80/2003. Mengingat urgensi sifat kerahasiaan rincian HPS, seharusnya justru diatur tersendiri. Dalam praktek hal ini merupakan salah satu titik rawan penyimpangan. Kolusi di antaranya terjadi dengan membeberkan rincian HPS ini pada peserta tender tertentu karena belum tersedianya instrumen hukum yang jelas terutama sanksi bagi pejabat atau panitia yang membocorkan rahasia rincian HPS.

rahasia. Prinsip dasarnya dalam hal ini adalah tidak ada kewajiban umum untuk menyimpan setiap informasi yang terungkap dalam suatu negosiasi sebagai suatu rahasia.⁵²

Duty of confidentiality (kerahasiaan), dengan demikian merupakan pengecualian atas prinsip itu. Orang tidak diwajibkan untuk selalu menyimpan informasi yang dipertukarkan dalam suatu negosiasi sebagai suatu rahasia. Dengan kata lain, karena salah satu pihak pada dasarnya bebas untuk menentukan fakta mana yang relevan untuk diajukan dalam negosiasi maka informasi atas fakta itu harus dinilai bukan sebagai rahasia.

Berkaitan dengan kontrak pengadaan, kewajiban menjaga kerahasiaan itu berada pada pejabat yang berwenang (*contracting authority*). *Directive* ini juga memberikan penekanan pada informasi yang terdapat atau terungkap pada tahap pengadaan, yakni pada saat sebelum kontrak ditutup. Sifat kerahasiaan itu harus jelas ditentukan sejak awal oleh peserta tender. Termasuk ke dalam informasi yang dapat diminta sebagai rahasia adalah informasi teknis, rahasia dagang dan informasi rahasia dalam tender.⁵³

Hal lain menyangkut kewajiban ini adalah tempo berlakunya kerahasiaan itu. Jika terlalu lama tentu akan menyulitkan posisi pihak yang diminta untuk menjaga rahasia itu. Oleh sebab itu mengenai hal inipun harus secara tegas diatur dalam klausula *confidentiality* agar tidak menimbulkan situasi yang justru merugikan pihak yang menerima informasi itu. Ini penting

⁵² Dalam bagian penjelasan (*comment*) Artikel 2.16 PICC.

⁵³ Yohanes Sogar Simamora, *Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah*, (Yogyakarta : LaksaBang, 2009), Halaman 315

dipahami karena pelanggaran terhadap *duty of confidentiality* memberikan hak untuk mengajukan tuntutan ganti rugi pada pihak lain.

Sebagai bentuk perlindungan bagi peserta tender yang dirugikan karena adanya pelanggaran terhadap *duty of confidentiality* ini pada umumnya dasar yang dapat digunakan adalah tuntutan atas dasar pelanggaran terhadap kewajiban beritikad baik (*good faith and fair dealing*). Demikianlah, jika dalam suatu negosiasi terungkap suatu informasi yang bersifat rahasia dan tidak berlanjut ke dalam penutupan kontrak, maka pihak lain dapat dinilai sebagai melanggar itikad baik jika ia menggunakan informasi itu untuk tujuan atau kepentingannya sendiri. Secara analogi hal ini dapat diterapkan dalam kasus pelanggaran *duty of confidentiality* pada pengadaan barang/jasa.

Prinsip *confidentiality* pada hakikatnya untuk melindungi kepentingan penyedia barang/jasa. Informasi itu dalam banyak hal memang terkait dengan informasi dalam proses negosiasi sekalipun tidak menutup kemungkinan kerahasiaan itu juga meliputi isi kontrak. Dalam perspektif kontrak pengadaan oleh pemerintah, penerapan prinsip ini harus dengan mempertimbangkan prinsip transparansi. Demikian juga sebaliknya. Oleh sebab itu perlu pemahaman bahwa prinsip *confidential* dengan prinsip transparansi pada dasarnya bersifat saling membatasi.⁵⁴

Sifat saling membatasi itu pada satu sisi nampak ketika prinsip transparansi harus diterapkan dalam proses pengadaan. Pada tahap ini terdapat pembatasan transparansi oleh prinsip *confidentiality*. Demikian juga

⁵⁴ Ibid, halaman 316

dalam tahap pelaksanaan kontrak, sekalipun substansi kontrak oleh para pihak dinyatakan sebagai *confidential*, tetapi jika kepentingan perlindungan keuangan negara menghendaki, apa yang terdapat dalam kontrak itu tidak dapat dinilai sebagai kerahasiaan yang mutlak.⁵⁵

Prinsip *confidential* tidak seharusnya digunakan untuk menghambat akses publik dalam mengetahui informasi yang terkait dengan kontrak yang sesungguhnya dibuat untuk kepentingan publik. Demikianlah, pihak pengguna barang/jasa atau pejabat yang berwenang tidak dapat berlindung di balik klausula *confidentiality* sebab dalam kaitan kontrak pengadaan oleh pemerintah, prinsip transparansi merupakan prinsip yang utama dan bukan sebaliknya.

Pemikiran ini sejalan dengan apa yang tertuang dalam bagian penjelasan Pasal 48 ayat (6) Keppres No. 80/2003 yang menyatakan bahwa pengguna barang/jasa wajib memberikan informasi kepada masyarakat tentang:

1. Perencanaan paket-paket pekerjaan;
2. Pengumuman pengadaan barang/jasa;
3. Hasil evaluasi prakualifikasi;
4. Hasil evaluasi pemilihan penyedia;
5. Dokumen kontrak; dan,
6. Pelaksanaan kontrak.

Selanjutnya, pada kontrak pengadaan, maka prestasi perikatan sangat bergantung pada kualitas dan kemampuan penyedia barang/jasa, baik penyedia

⁵⁵ Ibid, halaman 317

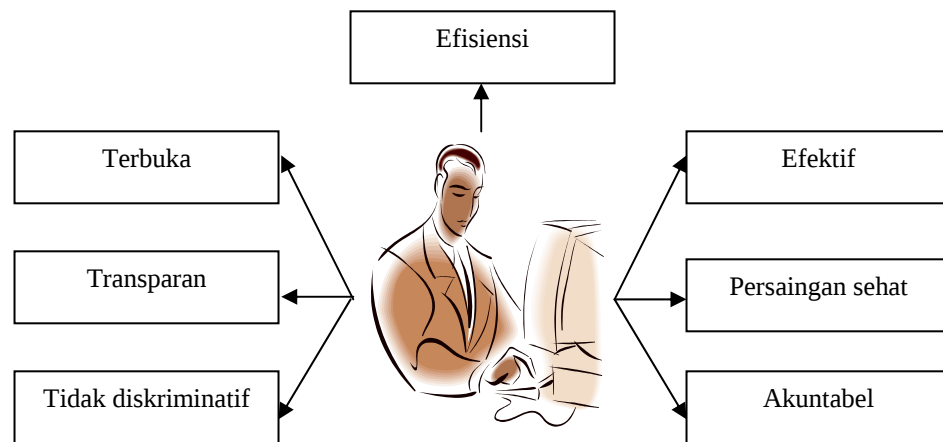
barang/jasa yang berbentuk badan usaha dan khususnya yang bersifat perorangan. Penting bagi pengguna barang/jasa bahwa prestasi dari kontrak pengadaan sesuai dengan standar yang ditetapkan, oleh sebab itu, dalam perikatan dengan prestasi berbuat sesuatu yang tidak dapat diganti, subkontrak dapat menimbulkan hasil yang berbeda.

Kualitas pribadi penyedia jasa dalam kontrak pengadaan jasa, khususnya jasa pelayanan profesi, merupakan jenis kontrak yang prestasinya tidak dapat diganti.

Prosedur atau mekanisme yang ditentukan dalam Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) untuk mencapai tujuan yang ditetapkan ditempuh dengan didasari prinsip-prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB). Prinsip-prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) menjadi pondasi sekaligus alat refleksi ketika melaksanakan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB). Refleksi dilakukan untuk meninjau kembali pelaksanaan prosedur Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) apakah sudah dilakukan sesuai dengan prinsip PBJ atau belum. Pada bagian ini akan dijelaskan elaborasi prinsip-prinsip PBJ pada setiap prosedur PBJ dalam ketentuan Pasal 3 Keppres Nomor 80 Tahun 2003.

Prinsip merupakan asas dasar (*basic principle*) yang mendasari perilaku tertentu. Dalam hal ini prinsip bersifat pragmatis-aktual dibandingkan dengan asas yang lebih ideal-normatif. Keppres mengawali ketentuan-ketentuan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) dengan pencantuman prinsip-prinsip PBJ yang didalamnya melekat tujuan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB), dengan

kata lain bahwa tujuan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) secara intrinsik (*intrinsically*) memuat prinsip-prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) sebagaimana di atur dalam ketentuan Pasal 2 ayat (2) Keppres No. 80/2003 mengatakan bahwa tujuan diberlakukannya Keputusan Presiden ini adalah agar pelaksanaan pengadaan barang/jasa yang sebagian atau seluruhnya dibiayai APBN/APBD dilakukan secara efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil/tidak diskriminatif, dan akuntabel. Artinya dalam mencapai tujuan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) harus dilakukan dengan memenuhi prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB).



Prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) harus menjadi dasar atau *basic value* dalam melaksanakan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB).

*Principle as moral rule or strong belief that influences (human) action.*⁵⁶ Untuk itu, prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) harus menjadi kerangka utama (*underpinning*) dan mempengaruhi penerapan ketentuan-ketentuan dalam Keppres No. 80/2003. Prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) harus

⁵⁶ Oxford Pocket Dictionary, 2003.

terhayati dalam setiap tahap pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB), sehingga pengingkaran prinsip Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) akan mengakibatkan tidak tercapainya tujuan PBJ sebagai mana ditetapkan dalam Keppres No. 80/2003.⁵⁷

Pertama, prinsip efisien, pada prinsip ini terdapat elemen penting pada waktu pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) yaitu *sesingkat-singkatnya* dan *dapat dipertanggungjawabkan*. Waktu yang *sesingkat-singkatnya* ditentukan secara umum yaitu waktu yang cukup untuk penayangan pengumuman, kesempatan untuk pengambilan dokumen, kesempatan untuk mempelajari dokumen, dan penyiapan dokumen penawaran. Secara khusus *waktu yang sesingkat-singkatnya* dilakukan dengan menentukan *time schedule*, tetapi *time schedule* ini ditentukan secara terbatas yaitu antara pengumuman sampai dengan pemasukan dokumen penawaran. Diluar rentang waktu tersebut ditentukan bahwa pengalokasian waktu di luar proses pengumuman sampai dengan pemasukan dokumen penawaran diserahkan sepenuhnya kepada pengguna barang/jasa.⁵⁸

Elemen kedua dari prinsip efisien adalah dapat dipertanggungjawabkan yang dikaitkan dengan kebebasan pengguna barang/jasa dalam menentukan alokasi waktu diluar proses yang ditentukan. Artinya penentuan waktu harus tetap mengacu pada ketentuan yang ada, sehingga kebebasan menentukan

⁵⁷ Indonesia, *Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005). Halaman 8

⁵⁸ Perlu ditekankan disini bahwa penentuan alokasi waktu pengadaan barang menjadi tanggung jawab pengguna barang/jasa bukan panitia pengadaan.

alokasi waktu menjadi tanggung jawab pengguna barang/jasa apabila terjadi pengaduan atau ketidakpuasan terhadap alokasi waktu yang dibuat oleh pengguna barang/jasa. Untuk menghindari *complaint* dari penyedia barang/jasa maka alokasi waktu harus rasional atau sesuai dengan kewajaran. Kewajaran dapat mengacu pada kebiasaan (konvensi) dalam praktek PBJ di suatu tempat.

Kedua, prinsip efektif. Prinsip ini mengandung dua unsur yaitu adanya manfaat yang optimal dan sesuai dengan sasaran yang ditetapkan. Prinsip ini menuntut pengguna barang/jasa untuk memanfaatkan persyaratan yang ditentukan untuk memperoleh hasil optimal dalam Pengadaan Barang dan Jasa (PJB). *Ketiga*, prinsip terbuka dan bersaing. Terbuka pada prinsip ini berarti meniscayakan semua penyedia barang/jasa yang memenuhi persyaratan untuk ikut dalam Pengadaan Barang dan Jasa (PJB),⁵⁹ dengan kata lain pembatasan hanya dapat dilakukan apabila penyedia barang/jasa tidak memenuhi persyaratan seperti yang ditentukan dalam Pasal 11 Keppres No. 80/2003 (Pasal ini harus dilihat dengan Pasal 14 ayat (6) dan (7) Keppres No. 80/2003 yang menyatakan bahwa Panitia pengadaan tidak boleh menambah persyaratan prakualifikasi atau pascakualifikasi diluar yang telah ditetapkan dalam Keppres).

Bersaing, artinya Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) dilakukan melalui persaingan usaha yang sehat di antara penyedia barang/jasa. Dalam UU No. 5

⁵⁹ Indonesia, *Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa*. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005). halaman 9

Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (*selanjutnya disebut UU Persaingan Usaha*) bahwa persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Secara faktual prinsip terbuka dan bersaing menentukan bahwa panitia pengadaan dilarang, menghambat, dan membatasi keikutsertaan calon peserta Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) dari luar wilayah lokasi Pengadaan Barang dan Jasa (PJB).

Keempat, prinsip transparan. Prinsip ini menuntut pihak-pihak yang terlibat dalam Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) harus mau membuka diri dalam setiap proses/tahapan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) atau persaingan dalam usaha memenangkan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB), dalam hal ini transparan memiliki dua pengertian, yaitu:⁶⁰

- (i) bahwa keputusan yang diambil harus sesuai dengan ketentuan yang berlaku; dan
- (ii) ketersediaan informasi dan kemudahan akses (terhadap informasi) bagi penyedia barang/jasa serta masyarakat. Ketersediaan informasi mencakup adanya informasi yang cukup dan mudah dipahami oleh pihak yang terlibat dalam Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) termasuk masyarakat.

Salah satu manifestasi prinsip transparan terdapat dalam metode pemilihan penyedia barang/jasa melalui petenderan umum. Menurut Pasal 17 ayat (2) Keppres No. 80/2003, Petenderan umum adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan *secara terbuka* (*kursif* penulis) dengan

⁶⁰ www.unescap.org. akses internet tanggal 17 Oktober 2009

pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum *sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya*. Manifestasi prinsip transparan menimbulkan akibat yang diharapkan yaitu agar masyarakat luas dunia usaha *yang berminat dan memenuhi kualifikasi* dapat mengikuti Pengadaan Barang dan Jasa (PJB).

Pengertian masyarakat luas dunia usaha meliputi dua pengertian yaitu (i) penyedia barang/jasa dan (ii) masyarakat umum. Penyedia barang/jasa baik dari lokasi PBJ maupun di luar lokasi PBJ dijamin dapat mengikuti PBJ asalkan memenuhi persyaratan yang ditentukan dalam Keppres.

Transparan dalam perspektif pengguna barang/jasa berarti wajib memberikan tanggapan/informasi mengenai pengadaan barang/jasa yang berada di dalam batas kewenangannya kepada peserta pengadaan/masyarakat yang *mengajukan pengaduan atau yang memerlukan penjelasan*, sebagaimana di atur dalam ketentuan Pasal 48 ayat (6) Keppres No. 80/2003. Penjelasan Pasal tersebut menentukan bahwa informasi yang wajib diberikan kepada masyarakat adalah (a) perencanaan paket-paket pekerjaan, (b) pengumuman PBJ, (c) hasil evaluasi prakualifikasi, (d) hasil evaluasi pemilihan penyedia, (e) dokumen kontrak, (f) pelaksanaan kontrak.

Kelima, prinsip adil/ tidak diskriminatif. Prinsip ini berkorelasi dengan prinsi terbuka dan bersaing. PBJ merupakan 'arena' kompetisi penyedia barang/jasa maka pengguna barang/jasa atau panitia pengadaan memberikan

perlakuan yang sama bagi peserta Pengadaan Barang dan Jasa (PJB). Pengguna barang/jasa dilarang menetapkan kriteria dan persyaratan Pengadaan Barang dan Jasa (PJB) yang diskriminatif dan tidak obyektif sesuai dengan ketentuan Pasal 16 ayat (3d) Keppres No. 80/2003 *jo* Lampiran I, Bab I huruf A tentang Perencanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Keenam, prinsip akuntabel. Prinsip ini tidak hanya dibebankan pada pengguna barang/jasa tetapi juga penyedia barang/jasa untuk menyelesaikan kontrak dengan hasil yang ditetapkan oleh pengguna barang/jasa. Di dalam prinsip akuntabel, berarti bahwa pengguna atau penyedia barang/jasa dapat diminta pertanggungjawabannya apabila hasil yang diperoleh tidak sesuai dengan sasaran atau kriteria yang ditetapkan.

Kenyataan ini terlihat jelas dalam kontrak pengadaan barang antara Dinas Perikanan dan Kelautan Kabupaten Tangerang selaku pengguna barang dengan CV. Nabila Putri selaku penyedia barang. Dalam dokumen kontrak pengadaan sarana penangkapan ikan disebutkan spesifikasi mengenai jarring khususnya benang jaring dengan spesifikasi *Monofilamen (nangsi)*. Pengertian spesifikasi ini tidak jelas dan mengandung makna setara, sehingga ketika pihak CV. Nabila Putri selaku penyedia barang telah melaksanakan kewajibannya dengan mengadakan barang tersebut (jaring) tetapi ditolak (*reject*) oleh pihak Dinas Perikanan dan Kelautan Kabupaten Tangerang selaku pengguna barang dengan alasan tidak sesuai spesifikasi dan sebagai konsekuensinya pihak CV. Nabila Putri selaku penyedia barang harus

menggantinya dengan barang yang sesuai dengan “keinginan” pihak Dinas Perikanan dan Kelautan Kabupaten Tangerang selaku pengguna barang.⁶¹

Hal ini tidak diatur dalam kontrak dan mau tidak mau CV. Nabila Putri selaku penyedia barang harus menerimanya, hal inilah yang mengindikasikan bahwa prinsip hukum kontrak khususnya Prinsip Transparansi dan Prinsip Adil/Tidak Diskriminatif belum diterapkan secara penuh.

Selain itu, dalam hal ini pihak pertama akan melakukan prestasi untuk pihak kedua, dan pihak pertama akan mendapatkan hak dari pihak kedua, demikian sebaliknya. Dalam pengadaan barang/jasa pihak penyedia barang/jasa diharuskan memenuhi persyaratan yang disyaratkan oleh pihak pengguna barang/jasa, ketika hal tersebut telah dilaksanakan maka pihak penyedia barang/jasa pun akan melaksanakan kewajibannya memenuhi keinginan pengguna barang/jasa sepanjang sesuai dengan apa yang disyaratkan, hal ini tentu saja menunjukkan adanya keseimbangan. Namun pada kenyataannya tidak demikian, sehingga pada kenyataannya Prinsip Transparansi dan Prinsip Adil/Tidak Diskriminatif masih sering dilanggar oleh pihak pengguna barang/jasa.

5. Tanggung Jawab Pemenang Lelang (Dalam Hal Ini Tender Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah) Terhadap Barang yang Di Tolak

⁶¹ Hj. Fuidah, *Wawancara*, Direktur CV. Nabila Putri, pada tanggal 3 Pebruari 2010

Dalam Dokumen Kontrak Bidang Barang dan Jasa, yang Sebenarnya Telah Sesuai Dengan Dokumen Kontrak

Pelaksanaan kontrak sangat menentukan kualitas pengadaan. Keppres No. 80/2003 memberikan pedoman mengenai metode pelaksanaan kontrak untuk mencapai kualitas yang dapat dipertanggungjawabkan, metode pelaksanaan kontrak ini penting dalam rangka terciptanya akuntabilitas.

Beberapa aspek yang terkait dengan metode pelaksanaan ini adalah penggunaan program mutu, mekanisme pengawasan dan penolakan hasil pekerjaan.

1. Penjaminan Mutu (*Quality Assurance*)

Standarisasi merupakan isu penting dalam pengadaan barang/jasa. Tujuannya adalah untuk mencapai kualitas sesuai dengan standar yang telah ditetapkan. Standarisasi meliputi berbagai aspek, termasuk di antaranya adalah standarisasi dalam pelaksanaan kontrak.⁶²

Penggunaan program mutu dalam pengadaan barang/ jasa merupakan rangkaian dari standarisasi ini. Program mutu sebagaimana tertuang dalam Lampiran I Keppres No. 80/2003 merupakan substansi yang baru dan bermanfaat dalam rangka menunjang usaha untuk menuju terciptanya akuntabilitas dalam pengadaan. Sekalipun program mutu dalam Keppres No. 80/2003 ini belum menunjukkan komitmen dan kesungguhan

⁶² Dalam tahap awal pengadaan misalnya, panitia/pejabat pengadaan disyaratkan harus memiliki sertifikat keahlian pengadaan barang/jasa pemerintah. Lihat Pasal 10 ayat (4) huruf f Keppres no. 80/2003. Demikian juga bagi penyedia barang/jasa. Periksa, Pasal 11 Keppres No. 80/2003 dan Pasal 8 PP No. 29/2000.

yang jelas dari Pemerintah dalam menciptakan akuntabilitas dalam pengadaan, tetapi setidaknya sebagai langkah awal, faktor program mutu dalam sistem pengadaan ini patut dihargai.

Menurut Keppres No. 80/2003 disebutkan bahwa program mutu pengadaan barang/jasa harus disusun oleh penyedia barang/jasa dan disepakati pengguna barang/ jasa pada saat rapat persiapan pelaksanaan kontrak dan dapat direvisi sesuai dengan kondisi lapangan. Sedangkan substansi yang termuat dalam program mutu ini sekurang-kurangnya adalah:⁶³

- a. informasi pengadaan barang/jasa;
- b. organisasi proyek, pengguna barang/jasa dan penyedia barang/jasa;
- c. jadual pelaksanaan;
- d. prosedur pelaksanaan pekerjaan;
- e. prosedur instruksi kerja; dan
- f. pelaksana kerja.

Program mutu pada dasarnya untuk menjamin kualitas dari pekerjaan yang akan dilakukan oleh penyedia barang/jasa. Itulah sebabnya dokumen program mutu harus disediakan atau dibuat sendiri oleh penyedia barang/jasa dan bukan oleh pengguna barang/jasa. Program mutu ini pada hakikatnya merupakan sarana bagi pengguna barang/jasa dalam melakukan pengawasan atas kinerja dari penyedia barang/jasa.

⁶³ Dalam Bab II huruf D angka 1 b Lampiran I Keppres No. 80/2003.

Hal-hal yang dituangkan dalam program mutu, baik organisasi, jadual, prosedur dan instruksi kerja menjadi alat bagi pengguna barang/jasa dalam memonitor pekerjaan. Dalam perspektif sistem pengadaan, program mutu pada intinya adalah alat untuk melakukan inspeksi. Namun demikian mengenai bagaimana implementasi program mutu yang dimaksud oleh Keppres No. 80/2003 masih belum jelas.

Hal-hal yang memerlukan penjelasan lebih lanjut mengenai program mutu, terutama dalam kaitan dengan pelaksanaan kontrak, adalah:

- a. jenis kontrak yang harus disertai dengan program mutu,
- b. klasifikasi penyedia barang/jasa,
- c. kompetensi penilaian atas program mutu dan pertanggungjawabannya.

Keppres No. 80/2003 ini tidak secara khusus menentukan keharusan untuk memuat klausula program mutu dalam isi kontrak melainkan hanya sekedar menyinggung dalam bagian lampiran, dari sudut ini nampak bahwa program mutu belum merupakan suatu aturan yang karenanya harus dijalankan dengan segala akibat hukumnya. Istilah program mutu dalam Lampiran I Keppres No. 80/2003 ini juga tidak tepat. Pada umumnya yang digunakan adalah istilah jaminan mutu (*quality assurance*) yang di dalamnya terkandung maksud untuk menjamin kualitas atau mutu dari pengadaan.

Berkaitan dengan kontrak pengadaan barang dan/atau jasa, yaitu aspek *quality assurance* sangat penting diperhatikan karena dalam

beberapa situasi pelaksanaan jenis kontrak ini dapat membahayakan kesehatan dan keselamatan masyarakat (*public health and safety*).⁶⁴ Kerugian finansial, cacat fisik dan bahkan kematian dapat terjadi akibat kecelakaan konstruksi baik yang menimpa pekerjaan atau masyarakat. Inilah alasan mengapa *quality assurance* dipandang penting dalam kontrak konstruksi.

Di Indonesia instrumen hukum yang terkait dengan *quality assurance* di bidang konstruksi terdapat dalam UU No. 18/1999. Dalam kaitan ini Pasal 23 ayat (2) UU No. 18/1999 menentukan:⁶⁵

“Penyelenggaraan pekerjaan konstruksi wajib memenuhi ketentuan tentang keteknikan, keamanan, keselamatan dan kesehatan kerja, perlindungan tenaga kerja, serta tata lingkungan setempat untuk menjamin terwujudnya tertib penyelenggaraan pekerjaan konstruksi”.

Selanjutnya dalam bagian penjelasan disebutkan:

“Ketentuan tentang keteknikan meliputi: standar konstruksi bangunan, standar mutu hasil pekerjaan, standar mutu bahan dan atau komponen bangunan, dan standar mutu peralatan. Ketentuan tentang ketenagakerjaan meliputi: persyaratan standar keahlian dan ketrampilan yang meliputi bidang dan tingkat keahlian serta ketrampilan yang diperlukan dalam pelaksanaan pekerjaan konstruksi.

2. Checklist (Pencocokan), Penerimaan dan Penolakan Pekerjaan

⁶⁴ Lihat, John Uff, op. cit., p. 488. Bandingkan dengan, John Murdoch, et.al., op. cit., p. 254. Dalam CoC kontrak konstruksi lazimnya klausula ini menjadi bagian dari tanggung jawab kontraktor dan diatur bersama-sama dengan perlindungan lingkungan (*protection of environment*) dan keamanan (*safety*) seperti misalnya nampak dalam CoC model C-21 kontrak konstruksi di Australia. Periksa, <http://www.c2l.nsw.gov.au>.

⁶⁵ Bandingkan dengan Artikel 50 Directive Uni Eropa No. 18/2004 yang secara khusus mengatur tentang standar manajemen lingkungan (*environment management standards*) dalam kontrak pengadaan termasuk di antaranya *public works contracts*.

Usaha untuk menjamin tercapainya pengadaan dengan kualitas yang diharapkan, maka *Cheklis* (Pencocokan) menjadi penting. Dalam perspektif Hukum Kontrak, *Cheklis* (Pencocokan) merupakan hak dari pembeli untuk melakukan verifikasi atas barang yang akan diterima dari penjual dan bukan sebaliknya.

Cheklis (Pencocokan) perlu dilakukan pada kontrak pengadaan barang dan jasa pemborongan. Ini ditujukan terutama pada sesuai tidaknya spesifikasi barang atau bahan.⁶⁶ *Cheklis* (Pencocokan) pada akhirnya juga melahirkan hak untuk melakukan penolakan (*rejection*) atau penerimaan (*acceptance*) atas pekerjaan penyedia barang/jasa, Itulah sebabnya dikatakan *Cheklis* (Pencocokan) merupakan "jembatan" antara spesifikasi dengan penerimaan pekerjaan. Ini dapat menimbulkan persoalan tersendiri. Oleh sebab itu perlu pengaturan secara akurat klausula *Cheklis* (Pencocokan) dalam kontrak sebelum klausula pengakhiran atau pemutusan kontrak dimanfaatkan.

Menurut ketentuan Keppres No. 80/2003 telah diatur ketentuan mengenai penerimaan dan inspeksi atas pekerjaan sekalipun mengenai yang terakhir ini aturannya belum memadai, dalam Pasal 36 ayat (2) Keppres No. 80/2003 disebutkan bahwa :

“pengguna barang/jasa melakukan penilaian terhadap hasil pekerjaan yang telah diselesaikan, baik secara sebagian atau

⁶⁶ Keppres No. 80/2003 menyebut perihal inspeksi pabrikasi namun tidak ditentukan sebagai aturan yang *mandatory*. Inspeksi pabrikasi dinyatakan "dapat" dilakukan untuk pengadaan yang nilainya di atas Rp 10.000.000.000,00. Lihat Bab II huruf D angka 4 d Lampiran I Keppres No. 80/2003.

seluruh pekerjaan, dan menugaskan penyedia barang/jasa untuk memperbaiki dan/atau melengkapi pekerjaan sebagaimana disyaratkan dalam kontrak.”

Selanjutnya dalam ayat (3) Pasal ini ditentukan bahwa :

“pengguna barang/jasa menerima penyerahan pekerjaan setelah seluruh hasil pekerjaan dilaksanakan sesuai dengan ketentuan kontrak.”

Sementara itu, mengenai bagaimana pengawasan dilakukan dan apa hak pengawas belum jelas diatur di dalam Pasal 48 Keppres No. 80/2003. Dua hal tersebut merupakan substansi yang esensial dalam *Cheklis* (Pencocokan) tetapi nampaknya kurang diperhatikan oleh perancang keppres ini. Kata "pengawasan" dalam Keppres No. 80/2003 nampaknya tidak dimaksudkan sebagai inspeksi (*inspection*) melainkan supervisi (*supervision*) atau *Cheklis* (Pencocokan). *Cheklis* (Pencocokan) merupakan hak dari pengguna barang/jasa dan terutama ditujukan pada kesesuaian spesifikasi barang/bahan yang mutlak menjadi kewajiban kontraktor, sedangkan supervisi pada dasarnya merupakan tanggung jawab kontraktor dalam melakukan pengawasan yang meliputi seluruh tahapan pekerjaan termasuk akurasi dan fasilitas yang harus disediakan.

Apabila terjadi cacat dalam pekerjaan atau barang memang terdapat instrumen hukum yang dapat digunakan untuk melindungi kepentingan negara. Memang pengguna barang/jasa sebagai pembeli dapat memanfaatkan instrumen yang terdapat dalam KUH Perdata, khususnya

kewajiban penjual dalam menanggung atas objek jual beli seperti tertuang dalam Pasal 1474, 1491 dan 1504 KUH Perdata, akan tetapi dalam perspektif kontrak pengadaan, pemikiran ini tidak tepat sebab bagaimanapun dalam pelaksanaan kontrak upaya pencegahan harus dikedepankan. Artinya, harus dicegah penerimaan barang yang tidak sesuai dengan spesifikasi dan bukan mengajukan tuntutan setelah barang atau pekerjaan yang mengandung cacat itu diterima. Inilah alasan utama mengapa perlu dilakukan *Cheklis* (Pencocokan), sehingga dalam kenyataannya sering terjadi penolakan terhadap barang yang telah disediakan oleh penyedia barang dan jasa selaku pemenang lelang (tender)

Kepatutan (*reasonableness*) merupakan prinsip dasar dalam pelaksanaan *Cheklis* (Pencocokan). Pengguna barang/ jasa harus memperhatikan prinsip ini ketika melakukan *Cheklis* (Pencocokan), juga ketika melakukan penolakan pekerjaan. Jika kemudian ditemukan suatu cacat tersembunyi (*latent defect*) dalam pekerjaan yang telah diterima, dalam mana hal itu tidak terdeteksi ketika *Cheklis* (Pencocokan) dilakukan, maka merupakan kewajiban pemerintah untuk membuktikan bahwa cacat tersebut merupakan cacat tersembunyi.⁶⁷

Lazimnya mengenai aspek *Cheklis* (Pencocokan) ini dituangkan dalam kontrak, dalam hal ini merupakan sesuatu yang sangat penting dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah. *Cheklis* (Pencocokan) merupa-

⁶⁷ *Ibid.* Bandingkan dengan ketentuan dalam Pasal 1504 KUH PERDATA.

kan salah satu unsur penting dalam sistem pengadaan dan jika instrumen perundang-undangan tidak lengkap mengatur mengenai hal ini, maka penuangannya ke dalam kontrak merupakan solusi yang patut dipertimbangkan. Manakala akuntabilitas memang menjadi tujuan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah maka untuk mencapai tujuan ini, pelaksanaan *Cheklis* (Pencocokan) merupakan suatu konsekuensi logis.

Hal ini juga merupakan penerapan prinsip akuntabel. Prinsip ini tidak hanya dibebankan pada pengguna barang/jasa tetapi juga penyedia barang/jasa untuk menyelesaikan kontrak dengan hasil yang ditetapkan oleh pengguna barang/jasa. Di dalam prinsip akuntabel, berarti bahwa pengguna atau penyedia barang/jasa dapat diminta pertanggungjawabannya apabila hasil yang diperoleh tidak sesuai dengan sasaran atau kriteria yang ditetapkan.

Pelaksanaan *Cheklis* (Pencocokan) berkaitan dengan penerimaan barang apakah sesuai dengan spesifikasi yang telah ditentukan atau tidak? Apabila tidak sesuai, maka tentunya akan dikembalikan kepada pihak penyedia barang/jasa. Ketidaksesuaian inilah yang menjadi pokok permasalahan, karena pengertian tidak sesuai dengan spesifikasi ini berdasarkan hasil penelitian lapangan, kondisi yang demikian disebabkan ketidakcermatan pihak pemerintah dalam menyusun kontrak, yaitu menggunakan kata “setara”.⁶⁸

⁶⁸ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

Sebagai contoh kontrak pengadaan barang antara CV. Agung Bahari Sejahtera dengan Dinas Pendidikan Kabupaten Tangerang.⁶⁹ Dalam dokumen kontrak disebutkan bahwa persyaratan bahan untuk jenis kayu yang dipakai adalah “kayu yang diawetkan, kayu jati jabar atau yang “setara”.

Untuk jenis kayu jati jabar adalah banyak sekali jenisnya, misalkan jati jabar Kuningan, Sukabumi dan lain sebagainya yang memang jenis dan kualitasnya berbeda-beda. Penggunaan kata “setara” ini sangat luas pengertiannya, sehingga ketika CV. Agung Bahari Sejahtera telah memenuhi kewajibannya dengan mengadakan kayu jati jabar Kuningan tetapi pada kenyataannya barang tersebut ditolak oleh Dinas Pendidikan Kabupaten Tangerang selaku pengguna barang, dengan alasan tidak memenuhi spesifikasi.⁷⁰

Hal ini tentunya sangat merugikan pihak penyedia barang/jasa, penggunaan kata “setara” akan menimbulkan perbedaan persepsi. Pada kontrak pengadaan barang apabila penyedia barang/jasa menyediakan barang tersebut, maka hal tersebut dijadikan dasar oleh pemerintah selaku penggunaan barang untuk menolak atau bahkan memutus kontrak secara

⁶⁹ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

⁷⁰ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

sepihak karena kegagalan penyedia barang/jasa dalam memenuhi kewajiban kontraktualnya.⁷¹

Berkaitan dengan penolakan tersebut, tentunya hal itu akan berpengaruh pada pihak penyedia barang/jasa. Sebagai wujud dari tanggung jawab pihak penyedia barang/jasa terhadap barang yang di tolak dalam dokumen kontrak, yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak adalah dengan mengganti barang yang ditolak dengan barang yang sesuai dengan “keinginan” pemerintah selaku pengguna barang/jasa meskipun sangat merugikan pihak penyedia barang/jasa.⁷² Pertanggungjawaban tersebut berkaitan dengan pelaksanaan asas/prinsip Itikad Baik dari pihak penyedia barang/jasa.

Menurut penulis, prinsip itikad baik (*good faith*) mempunyai fungsi sangat penting dalam konstelasi Hukum Kontrak. Batasan tentang itikad baik memang sulit ditentukan, tetapi pada umumnya dipahami bahwa itikad baik merupakan bagian dari kewajiban kontraktual. Dengan demikian apa yang mengikat bukan sekedar apa yang secara eksplisit dinyatakan oleh para pihak melainkan juga apa yang menurut itikad baik juga diharuskan. Itikad baik merupakan salah satu bentuk kewajiban hukum yang harus dipatuhi dalam keseluruhan proses kontrak.

⁷¹ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

⁷² Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

Menurut ketentuan hukum perdata, prinsip ini tertuang dalam Pasal 1338 (3) KUH Perdata yang menekankan adanya keharusan bagi para pihak untuk melaksanakan kontrak dengan itikad baik. Sejalan dengan perkembangan jaman, ketentuan ini ditafsirkan secara luas (*extensive interpretation*) yang kemudian menghasilkan ketentuan bahwa itikad baik tidak saja berlaku pada tahap pelaksanaan, tetapi juga pada tahap penandatanganan dan tahap sebelum ditutupnya perjanjian.

Terdapat dua makna itikad baik. Pertama dalam kaitannya dengan pelaksanaan kontrak sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1338 (3) KUH Perdata. Dalam kaitan ini itikad baik atau *bona fides* diartikan perilaku yang patut dan layak antar kedua belah pihak (*redelijkheid en billijkheid*). Pengujian apakah suatu tingkah laku itu patut dan adil didasarkan pada norma-norma objektif yang tidak tertulis. Kedua, itikad baik juga diartikan sebagai keadaan tidak mengetahui adanya cacat, seperti misalnya pembayaran dengan itikad baik sebagaimana diatur dalam Pasal 1386 KUH Perdata.⁷³

Dalam tahap negoisasi masing-masing pihak mempunyai kewajiban berdasar itikad baik, yaitu kewajiban untuk memeriksa (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan (*medelingsplicht*).

Kontrak pada umumnya berisi klausula yang mencerminkan janji atau syarat yang berlaku bagi para pihak. Pembuatan rancangan kontrak lazimnya diserahkan pada salah satu pihak atas kesepakatan kedua pihak. Sesudahnya akan dilakukan perundingan untuk mencapai rancangan akhir (*final draft*) yang

⁷³ Yohanes Sogar Simamora, *Op. Cit.* Halaman 43

akan ditandatangani. Pada tahap ini juga terdapat kewajiban hukum atas itikad baik yaitu kewajiban untuk mencermati seluruh aspek yang terkandung dalam kontrak yang akan ditandatangani.

Pelaksanaan kontrak merupakan pelaksanaan hak dan kewajiban para pihak sesuai dengan klausula yang telah disepakati dalam kontrak. Fungsi itikad baik dalam tahap ini terutama menyangkut fungsi membatasi dan meniadakan kewajiban kontraktual. Fungsi ini tidak boleh dijalankan begitu saja, melainkan hanya apabila terdapat alasan yang amat penting.

Pembatasan ini hanya dapat dilakukan apabila suatu klausula tidak dapat diterima karena tidak adil. Para pihak memang bebas dalam menentukan hak dan kewajiban kontraktual tetapi otonomi mereka dibatasi.

Selain itu, itikad baik tersebut juga bertujuan agar pihak penyedia barang/jasa (khususnya CV. Agung Bahari Sejahtera) tidak masuk daftar hitam kontraktor yang bermasalah (*black list*) oleh pemerintah, sehingga hal itu juga akan berpengaruh pada kredibilitas kontraktor yang bersangkutan dan serta menjaga hubungan yang berkelanjutan dengan pihak pengguna barang/jasa yang dalam hal ini adalah Pemerintah Kabupaten Tangerang.⁷⁴

6. Faktor-faktor yang Menyebabkan Barang Ditolak Dalam Kontrak Bidang Barang dan Jasa yang Sebenarnya Telah Sesuai Dengan Dokumen Kontrak

⁷⁴ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

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.

Beberapa jenis kontrak, juga terdapat kewajiban lain yang harus ditaati, di antaranya yang perlu perhatian adalah kewajiban untuk menjaga kerahasiaan informasi yang terdapat kontrak. Pemahaman mengenai hal ini penting. Karena sekalipun transparansi merupakan prinsip utama dalam pengadaan barang oleh pemerintah, dalam situasi tertentu prinsip *confidentiality* merupakan pembatas penerapan transparansi.

Secara prinsip yang terikat atas kewajiban kontraktual itu adalah para pihak yang terlibat dalam kontrak. Pengalihan kontrak kepada pihak lain dengan demikian merupakan suatu pengecualian terhadap prinsip *privity of contract*. 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 karena adanya *merger clause*. Ini erat kaitannya dengan penerapan *break clause*, yang lazim dalam kontrak pengadaan, dan hanya dapat dilakukan jika penyedia barang/jasa dinilai melakukan pelanggaran kewajiban kontraktualnya. Terjadinya perubahan situasi yang memaksa diubahnya isi suatu kontrak juga merupakan hal yang lazim dalam pelaksanaan kontrak pengadaan.

Berdasarkan hasil penelitian dilapangan, penggunaan kata “setara” yang menimbulkan perbedaan persepsi merupakan faktor utama yang menyebabkan barang ditolak yang sebenarnya telah sesuai dengan Dokumen Kontrak. Hal ini berkaitan dengan pelaksanaan prinsip kebebasan berkontrak oleh pemerintah selaku pengguna barang/jasa yang dituangkan dalam dokumen kontrak.

Prinsip ini merupakan topik dalam setiap kajian hukum yang berkaitan dengan kontrak. Ini mungkin menjadi domain terpenting dalam kontrak tetapi dalam perkembangannya mengalami pasang surut, tidak seperti prinsip itikad baik yang menunjukkan fungsi yang lebih menguat, kebebasan berkontrak justru mengalami penurunan secara fungsional karena kuatnya intervensi negara dalam membatasi individu dalam menciptakan dan mengatur hubungan kontraktual.⁷⁵

Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia mengakui adanya kebebasan berkontrak, hal ini dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1)

⁷⁵ Yohanes Yogar Simamora, *Op. Cit*, Halaman 38

KUHPerdata, yang menyatakan bahwa semua kontrak(perjanjian) yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Sumber dari kebebasan berkontrak adalah kebebasan individu, sehingga yang merupakan titik tolaknya adalah kepentingan individu pula. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa kebebasan individu memberikan kepadanya kebebasan untuk berkontrak. Sifat Buku III KUHPerdata yang bersifat terbuka mempunyai arti bahwa KUHPerdata memungkinkan adanya perjanjian yang belum diatur dalam KUHPerdata, jadi para pihak dapat membuat perjanjian yang belum diatur secara konkrit, namun tetap sesuai dengan asas dan syarat dari perjanjian yang sah dalam KUHPerdata, dengan kata lain dibolehkan mengesampingkan peraturan-peraturan yang termuat dalam buku ketiga.

Buku ketiga hanya bersifat pelengkap (*aanvullend recht*), bukan hukum keras atau hukum yang memaksa. Kontrak yang terjadi dalam pengadaan barang/jasa merupakan suatu bentuk kesepakatan antara kedua belah pihak terhadap suatu perjanjian yang telah ada, dimana kesepakatan terhadap kontrak tersebut menimbulkan keterikatan antar para pihaknya yang dalam hal ini antara pengguna barang/jasa dengan penyedia barang/jasa. Sehingga dengan hal tersebut, maka asas kebebasan berkontrak sangat tampak dalam kontrak pengadaan barang/jasa.

Kontrak pengadaan barang/jasa merupakan suatu hasil dari kesepakatan antara para pihak yang terlibat didalamnya, meskipun dalam

kenyataannya kontrak tersebut bukanlah merupakan hasil negosiasi yang berimbang antara kedua belah pihak, namun suatu bentuk kontrak yang dapat dikategorikan sebagai kontrak baku dimana kontrak telah ada sebelum ada suatu kesepakatan, yang mana pihak salah satu pihak menyodorkan kepada pihak yang lainnya yang kemudian pihak yang lain cukup menyetujui kontrak tersebut, sehingga berlakunya asas konsensualisme menurut hukum perjanjian Indonesia memantapkan adanya asas kebebasan berkontrak.

Tanpa sepakat dari salah satu pihak yang membuat perjanjian. Tanpa sepakat maka perjanjian yang dibuat dapat dibatalkan. Seseorang tidak dapat dipaksa untuk memberikan sepakatnya. Sepakat yang diberikan dengan paksa adalah *Contradictio interminis*. Adanya paksaan menunjukkan tidak adanya sepakat yang mungkin dilakukan oleh pihak lain adalah untuk memberikan pilihan kepadanya, yaitu untuk setuju mengikat diri pada perjanjian yang dimaksud, atau menolak mengikat diri pada perjanjian dengan akibat transaksi yang diinginkan tidak terlaksana (*take it or leave it*).

Asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu kebebasan menentukan “apa” dan “dengan siapa” perjanjian itu diadakan. Perjanjian yang diperbuat sesuai dengan Pasal 1320 KUH Perdata ini mempunyai kekuatan mengikat, sehingga dengan adanya asas kebebasan berkontrak serta sifat terbuka dari Buku III KUHPerdata, maka para pihak dalam bebas untuk menentukan isi dari kontrak yang disepakati yang pada akhirnya akan mengikat bagi kedua belah pihak.

Kebebasan berkontrak menjadi penting dalam mendukung kepentingan para pelaku ekonomi. Prinsip efisiensi dalam ekonomi menemukan justifikasinya dalam model kontrak klasik. Kebebasan inilah yang pada akhirnya melahirkan kontrak adhesi. Kontrak yang semula bersifat individual berkembang menjadi kolektif dan yang lebih penting dengan sifat adhesi itu terjadi pelepasan tanggung jawab akibat tidak dilaksanakannya suatu kewajiban.⁷⁶

Dalam konteks kontrak yang dibuat oleh pemerintah, termasuk di dalamnya kontrak pengadaan, prinsip ini mempunyai fungsi yang sangat penting. Kontraktualisasi (*contractualization*) merupakan fenomena atas tindakan pemerintah dengan sektor privat. Namun demikian hubungan hukum yang dibentuk melalui sarana kontrak itu sering menimbulkan bias karena tindakan administrasi dalam banyak hal bertumpu pada hukum publik.

Kebebasan berkontraklah yang merupakan landasan bagi pemerintah dalam melakukan tindakan kontraktualisasi. Kontrak yang mengandung sifat *adhesi* merupakan implikasi yang jelas dan hal ini merupakan kelaziman dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah. Iii tercermin misalnya dalam hak pembatalan, pembaruan kontrak atau penentuan sanksi secara sepihak oleh pemerintah.

Kebebasan berkontrak dalam kategori kontrak ini berbeda dengan kebebasan privat dalam model klasik. Dalam kontrak pemerintah hubungan kontraktual yang terbentuk lebih bertumpu pada konsep kedaulatan

⁷⁶ Ibid, Halaman 39

(*sovereignty*). Dengan konsep ini negara mempunyai hak untuk meniadakan kewajiban kontraktualnya. Sekalipun demikian tidak berarti bahwa negara bebas dari kewajiban memberikan ganti rugi yang layak.

Selain kebebasan berkontrak, berdasarkan hasil penelitian, yang menjadi tanggung jawab penyedia barang/jasa adalah melaksanakan pekerjaan sesuai dengan syarat dan ketentuan dalam kontrak dan bagian-bagian lain yang menjadi kesatuan dari kontrak. Dalam kaitan ini ruang lingkup pekerjaan dan spesifikasi sangat penting bagi penyedia barang/jasa dalam melaksanakan kewajiban kontraktualnya. Penyedia barang/jasa bertanggung jawab atas terpenuhinya spesifikasi itu sesuai dengan jadwal yang ditentukan termasuk atas risiko yang mungkin terjadi dalam pelaksanaan pekerjaan.⁷⁷

Lebih lanjut dikatakan bahwa dalam pelaksanaan kontrak pengadaan, penyedia barang/jasa tidak hanya diwajibkan melaksanakan kewajiban yang secara tegas di atur dalam kontrak, tetapi juga wajib menanggung adanya cacat dalam kualitas pekerjaan. Kewajiban menanggung ini dapat bersifat tegas dalam kontraknya (*express warranty*) maupun secara diam-diam (*implied warranty*).⁷⁸

Pengguna barang/ jasa hanya akan menerima pekerjaan penyedia barang/ jasa jika pekerjaan itu sesuai dengan spesifikasi, tidak mengandung cacat (*defect*) dan dalam tenggang waktu sebagaimana ditetapkan dalam

⁷⁷ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

⁷⁸ Moh. Bahri, *Wawancara*, Direktur CV. Agung Bahari Sejahtera, pada tanggal 1 Februari 2010

kontrak. Jika terdapat ketidaksesuaian dengan spesifikasi atau jika terdapat cacat maka pengguna barang/jasa berhak melakukan penolakan atau bahkan dapat memutuskan kontrak.

Apabila terjadi keterlambatan, pada umumnya ditentukan sanksi berupa denda atas keterlambatan penyelesaian pekerjaan, sekalipun tidak menutup kemungkinan pembebanan tambahan biaya inspeksi, penangguhan pembayaran atau bahkan pemutusan kontrak dilakukan oleh pengguna barang/jasa khususnya dalam situasi dimana waktu merupakan hal yang esensial dalam kontrak.

Berdasarkan data yang diperoleh dilapangan, dalam ketentuan Dokumen Kontrak antara CV. Agung Bahari Sejahtera dengan Dinas Pendidikan Kabupaten Tangerang, secara khusus mengenai keterlambatan ini diatur sebagai berikut, “pengenaan denda sebesar 1 ‰ (satu per seribu) untuk setiap keterlambatan sampai setinggi-tingginya sebesar 5% (lima persen) dari nilai kontrak.” Hal ini sesuai dengan sanksi keterlambatan, maka Keppres No. 80/2003 menetapkan denda bagi penyedia barang/jasa sebesar 1 ‰ (satu per seribu) dari harga kontrak atau bagian kontrak untuk setiap hari keterlambatan, sebagaimana diatur dalam Bab II huruf D angka 1 h Lampiran I Keppres No. 80/2003.

Berdasarkan hasil penelitian dilapangan, maka dapat diketahui bahwa faktor-faktor yang menyebabkan barang ditolak dalam kontrak bidang barang

dan jasa yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak selain penggunaan kata “setara” yang menimbulkan perbedaan persepsi adalah :

1. Adanya keterlambatan penyelesaian pekerjaan, dalam hal ini keterlambatan dalam penyediaan barang dan jasa;
2. Adanya cacat dalam kualitas pekerjaan, kewajiban menanggung ini dapat bersifat tegas dalam kontraknya (*express warranty*) maupun secara diam-diam (*implied warranty*). Pengguna barang/ jasa hanya akan menerima pekerjaan penyedia barang/ jasa jika pekerjaan itu sesuai dengan spesifikasi, tidak mengandung cacat (*defect*) dan dalam tenggang waktu sebagaimana ditetapkan dalam kontrak.

Untuk melindungi kemungkinan timbulnya kerugian pada individu khususnya penyedia barang/jasa pada akhirnya diperlukan undang-undang sebagai landasan bagi pengadilan dalam memutuskan. Dalam konteks inilah diperlukan batas-batas yang layak yang dapat dijadikan sebagai acuan.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan seluruh uraian dalam pembahasan pada bab terdahulu maka dapat dikemukakan kesimpulan sebagai berikut:

7. Penerapan prinsip hukum kontrak dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah secara umum yang terdiri dari Prinsip Efisiensi, Prinsip Efektif, Prinsip Terbuka, Prinsip Transparansi dan Prinsip Adil/Tidak Diskriminatif serta Prinsip Akuntabel belum dilaksanakan sepenuhnya, khususnya berkaitan dengan Prinsip Transparansi dan Prinsip Adil/Tidak Diskriminatif. Kedua prinsip tersebut adalah prinsip yang paling sering dilanggar, hal ini terlihat jelas ketika pihak pemenang tender selaku penyedia barang/jasa harus menerima keputusan apapun dari pihak Pemerintah selaku pengguna barang/jasa tanpa ada sanggahan.
8. Tanggung jawab pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) terhadap barang yang di tolak dalam dokumen kontrak bidang barang dan jasa, yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak adalah pemenang lelang (dalam hal ini tender pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah) wajib mengganti barang sesuai dengan "keinginan" pengguna barang dan jasa atas dasar Itikad Baik dari pihak penyedia barang/jasa. Prinsip itikad baik (*good faith*) mempunyai fungsi

sangat penting dalam konstelasi Hukum Kontrak. Batasan tentang itikad baik memang sulit ditentukan, tetapi pada umumnya dipahami bahwa itikad baik merupakan bagian dari kewajiban kontraktual. Dengan demikian apa yang mengikat bukan sekedar apa yang secara eksplisit dinyatakan oleh para pihak melainkan juga apa yang menurut itikad baik juga diharuskan.

Itikad baik merupakan salah satu bentuk kewajiban hukum yang harus dipatuhi dalam keseluruhan proses kontrak. Selain itu, itikad baik tersebut juga bertujuan agar pihak penyedia barang/jasa (khususnya CV. Agung Bahari Sejahtera) tidak masuk daftar hitam kontraktor yang bermasalah (*black list*) oleh pemerintah, sehingga hal itu juga akan berpengaruh pada kredibilitas kontraktor yang bersangkutan dan menjaga hubungan yang berkelanjutan dengan pihak pengguna barang/jasa.

9. Faktor yang menyebabkan barang ditolak dalam kontrak bidang barang dan jasa yang sebenarnya telah sesuai dengan dokumen kontrak adalah :
 - a. penggunaan kata “setara” yang menimbulkan perbedaan persepsi merupakan faktor utama yang menyebabkan barang ditolak yang sebenarnya telah sesuai dengan Dokumen Kontrak. Hal ini berkaitan dengan pelaksanaan prinsip kebebasan berkontrak oleh pemerintah selaku pengguna barang/jasa yang dituangkan dalam dokumen kontrak;
 - b. Adanya keterlambatan penyelesaian pekerjaan, dalam hal ini keterlambatan dalam penyediaan barang dan jasa;

- c. Adanya cacat dalam kualitas pekerjaan, kewajiban menanggung ini dapat bersifat tegas dalam kontraknya (*express warranty*) maupun secara diam-diam (*implied warranty*). Pengguna barang/ jasa hanya akan menerima pekerjaan penyedia barang/ jasa jika pekerjaan itu sesuai dengan spesifikasi, tidak mengandung cacat (*defect*) dan dalam tenggang waktu sebagaimana ditetapkan dalam kontrak.

B. Saran

Adapun saran yang dapat diajukan terkait dengan pelaksanaan kontrak pengadaan oleh Pemerintah, adalah sebagai berikut :

- a. Baik pembuatan maupun pelaksanaan kontrak pengadaan memerlukan skill sarjana hukum, oleh sebab itu diperlukan komponen sarjana hukum pada setiap panitia pengadaan yang dibentuk oleh instansi pemerintah. Dengan demikian syarat "memahami hukum-hukum perjanjian/kontrak" dalam Keppres No. 80 Tahun 2003 harus dianggap terpenuhi jika di dalam kepanitiaan pengadaan terdapat unsur anggota sarjana hukum yang mempunyai kompetensi dalam penguasaan Hukum Kontrak;
- b. Perlu adanya penggantian penggunaan kata dan/atau kalimat yang menimbulkan multitafsir yang dapat merugikan para pihak, sehingga dapat menghindari adanya sengketa dalam kontrak pengadaan barang dan jasa selanjutnya.

Daftar Pustaka

A. Buku-Buku

A. Qiram Syamsudin Meliala, 1985. *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, Liberty, Yogyakarta.

Arthur S.Hartkamp and Marianne M.M. Tillema, 1995, *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, London.

Atiyah, 1983, "*The Law of Contract*," Clarendon Press, London.

Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta.

F.X. Djumaldi, 1987, *Perjanjian Pemborongan*, Bina Aksara, Jakarta.

Hardijan Rush, 1993, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.

Hugh Collins, 2002, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, New York.

Imam Soeharto, 2001, *Manajemen Proyek (Dari Konseptual Sampai Operasional)*. Erlangga, Jakarta.

J.H., Nieuwenhuis, 1985. *Hoofdstuken Verbintenissenrecht*, D. Saragih (terj), Surabaya.

J.Satrio, 1998. *Hukum Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Buku I, Citra Aditya Bakti

Mariam Darus Badruzaman, 1994. *Aneka Hukum Kredit*, Alumni, Bandung.

Miriam Budiarjo, 1994, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung.

Munir Fuady, 2001, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.

- , 2008. Munir Fuady, "*Hukum tentang Pembiayaan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Purwahid Patrik, 1988. *Hukum Perdata II*, Jilid I, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, Semarang.
- R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1979,
- R. Subekti, 1985. *Aneka Perjanjian*, Cetakan VII, Intermasa, Bandung.
- , dan Tjitrosudibio, 2001. *Kitab Undang-Undang hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Rochmat Soemitro, 1987. *Peraturan dan Instruksi Lelang*. Enresco, Bandung.
- Ronny Hanitijo Soemitro, 1990. *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta : Ghalia Indonesia.
- Salim HS, 2003, *Hukum Kontrak*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta.
- , 2004. "*Hukum Kontrak: Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*," Cet. II, Sinar Grafika, Jakarta.
- Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Pres, Jakarta.
- Ulrich Magnus (Ed.), 2004. *Global Trade Law (International Business Law of the United Nations and UNIDROIT Collection of UNCITRAL's and UNIDROIT's Conventions, Model Acts, Guides and Principles)*, European Law Publishers, Munchen.
- Yohanes Sogar Simamora, 2009, *Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah*, LaksaBang, Yogyakarta.

B. Peraturan Perundang-undangan

- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata);
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
- Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi;

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2004 Tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial;

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik;

Keppres Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 95 Tahun 2007 Tentang Perubahan Ketujuh Atas Keppres No 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

C. Makalah dan/atau Artikel

Ari Siswanto, *'Bid-Rigging' Sebagai Tindakan Antipersaingan dalam Jasa Konstruksi*, Refleksi Hukum UKSW, Salatiga, April – Oktober, 2001.

Laporan Konsultan ADB TA No. 3608-INO tentang: Tool Kit Anti Korupsi Bidang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.

Prinsip Dasar Kebijakan & Kerangka Hukum Pengadaan Barang & Jasa. (Jakarta : Indonesian Procurement Watch, 2005).

Peter Mahmud Marzuki. *Kontrak dan Pelaksanaannya*, Makalah disampaikan pada Seminar tentang Hukum Kontrak di Bali, 28-29 Juni 2000

D. Internet

<http://adimaulana.wordpress.com/2006/09/15/aanwijzing/>.

www.unescap.org.

www.djkn.go.id