

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Seiring dengan perkembangan kenegaraan dan pemerintahan berdasarkan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*), pemerintah dituntut dalam penyelenggaraan pemerintahan untuk memajukan kesejahteraan umum. Untuk mengemban kewajiban negara tersebut, pemerintah mempunyai kewajiban menyediakan kebutuhan rakyat dalam berbagai bentuk, baik berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Selain menyediakan berbagai kebutuhan rakyat, pemerintah juga memerlukan barang dan jasa dalam penyelenggaraan kegiatan-kegiatan pemerintahan.

Hal ini pun diatur dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa : “....Negara Republik Indonesia bertujuan untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa....”. Rumusan ini tentunya sesuai dengan tujuan yang ingin diharapkan dari konsep negara kesejahteraan.

Tuntutan negara kesejahteraan memunculkan kewajiban pemerintah untuk mencampuri kehidupan sosial ekonomi dan sosial masyarakat sebagai langkah untuk mewujudkan kesejahteraan umum. Dalam kaitan dengan pemenuhan kebutuhan inilah, maka pembuatan kontrak menjadi praktek yang rutin yang membutuhkan kerjasama antara pemerintah dengan pihak swasta

melalui transaksi komersil. Menurut Chales Tiefer, pelaksanaan transaksi komersial baik oleh pemerintah maupun pemerintah daerah karenanya menjadi suatu kelaziman.

Sebagai konsekuensi dari tujuan negara kesejahteraan (*welfare state*), maka pemerintah ikut turut campur tangan dalam berbagai tindakan pemerintahan untuk kepentingan rakyat. Berkennaan dengan campur tangan pemerintah, ada 3 (tiga) tugas pokok negara (pemerintah), yakni: 1) tugas menjaga keamanan dan ketertiban (*security and order*); 2) tugas menegakkan keadilan (*justice enforcement*); dan 3) tugas membangun sarana dan prasarana atau infrastruktur Publik (*public infrastructure development*).

Berkaitan dengan hal itu pula, Rudhi Prasetya¹ menyatakan bahwa: alasan utama mengapa pemerintah perlu campur tangan dalam kehidupan sosial ekonomi rakyatnya, karena negara berkepentingan dalam memakmurkesejahteraan warganya, kiranya tiada suatu negara yang tidak memikirkan kesejahteraan seluruh rakyatnya, dalam hubungan inilah pada umumnya timbul campur tangan pemerintah atas kehidupan perekonomian dalam negara yang bersangkutan yang selama ini memberikan perlindungan yang lebih kepada warga negaranya sendiri. Oleh Wolfgang Friedman² dikemukakan sebagai persoalan negara hukum dan ekonomi campuran (*mixed economy*) dimana negara memiliki 4 (empat) fungsi, yakni: (1) fungsi

¹ Rudhi Prasetya, Analisis Ekonomi Terhadap Hukum Kontrak Dalam Menyongsong Era Globalisasi, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 2, Jakarta, 1997, h. 2.

² Wolfgang Friedman, The State and The Rule Of Law in A Mixed Economy, Steven and Sons, London, 1971.

penyedia (*provider*); (2) fungsi pengatur (*regulator*); (3) fungsi pengusaha (*entrepreneur*); dan (4) fungsi wasit (*empire*).

Adanya pelibatan negara dalam transaksi komersial mengharuskan pemerintah untuk mengikatkan diri dengan pihak lain (pihak swasta) dalam suatu hubungan kontraktual. Dalam hal pemerintah terlibat dalam hubungan kontraktual, pemerintah mengikatkan diri dengan pihak swasta dalam suatu kontrak pengadaan barang dan jasa.

Pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah melibatkan jumlah uang yang sangat besar. Itulah sebabnya dikatakan pemerintah merupakan pembeli yang terbesar (*the largest buyer*) di suatu negara. Dalam kaitan ini pemerintah mempunyai tanggung jawab agar kebijakan dalam bidang pengadaan mampu mendukung tujuan ekonomi dan merupakan instrumen-instrumen dalam rangka mencapai tujuan tersebut. Salah satu strategi yang dapat digunakan oleh pemerintah dalam kaitan dengan bidang pengadaan ini adalah dengan membuat kebijakan pemberdayaan berskala kecil, menengah dan makro, misalnya dengan menetapkan sistem pengadaan yang relatif lebih mudah, khususnya pada proses tender.³

Dalam perspektif Indonesia, kontrak pengadaan juga mempunyai fungsi penting dalam pembangunan perekonomian negara karena di samping bersifat rutin dan melibatkan keuangan negara dalam jumlah yang sangat besar, kebijakan di sektor pengadaan merupakan bagian dari strategi pembangunan ekonomi. Kontrak pengadaan yang dibuat oleh pemerintah

³ Simamora, Aspek Hukum Pengadaan Barang dan Jasa, PT. Aditya Bakti, Bandung, 2009, h. 4.

Indonesia selalu dikaitkan dengan kebijakan yang bertujuan untuk meningkatkan penggunaan produksi dalam negeri. Pengadaan barang oleh pemerintah dengan demikian tidak saja untuk mencukupi tersedianya barang dan jasa atau pembangunan fisik, tetapi juga berfungsi untuk mendorong laju pertumbuhan industri dalam negeri. Kontrak pengadaan di Indonesia juga diarahkan guna peningkatan peran serta usaha kecil dan koperasi, misalnya dengan memberi peluang melalui subkontrak. Kontrak pengadaan dengan demikian dapat pula digunakan sebagai instrumen penerapan kebijakan pemerintah dalam rangka pemberdayaan usaha kecil sebagaimana dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1995 tentang Usaha Kecil.

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

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

Sumber pembiayaan dalam kontrak pengadaan pada umumnya berasal dan keuangan negara dalam hal ini APBN/APBD, di samping dana yang berasal dari pinjaman/hibah luar negeri (PHLN). Bahwa dana-dana ini banyak diselewengkan dalam proyek pengadaan barang dan jasa sudah menjadi pengetahuan umum. Fenomena inilah yang kemudian menjadi alasan Bank Dunia dalam mendukung program pemerintah di berbagai negara dalam memerangi korupsi. Dari hasil penelitian yang dilakukan oleh Bank Dunia bersama-sama dengan *Corruption and Fraud Investigations Unit* (CFIU) pada November 2000, ditemukan jenis-jenis penyimpangan atas kontrak pengadaan yang didanai oleh Bank Dunia yakni :

- a. Penyimpangan kontrak dan pelanggaran pedoman pengadaan Bank Dunia;
- b. Kecurangan tender;
- c. Kolusi oleh pelaku tender;
- d. Penyelewengan tender;
- e. Penyelewengan dalam kontrak;
- f. Penyelewengan dalam pemeriksaan audit;
- g. Penggantian produk;
- h. Cacat dalam pemberian harga atau barang;
- i. Ketidakwajaran dalam penerapan ongkos biaya/ kerja;
- j. Penyuapan dan penerimaan komisi;
- k. Penyalahgunaan dana atau jabatan Bank Dunia;

- l. Perjalanan fiktif;
- m. Pencurian dan penggelapan;
- n. Ganjaran; dan
- o. Penghamburan dana Bank Dunia.

Keterlibatan pemerintah dalam transaksi komersil berarti pemerintah mengikatkan diri dalam suatu hubungan kontraktual. Pada dasarnya kontrak dapat dibedakan menjadi 2 (dua) jenis, yakni kontrak komersial (*comersial contract*) dan kontrak kebijakan (*beleidsovereenkomst*)⁴. Kontrak komersial dibedakan menjadi 2 (dua) jenis, yakni kontrak pengadaan barang dan jasa (*procurement contract*) dan kontrak non pengadaan (*non procurement contract*).

Dalam penulisan ini, yang menjadi fokus pembahasan adalah menyangkut kontrak pengadaan barang dan jasa. Para pihak dalam kontrak tersebut terdiri atas penyedia barang dan atau jasa serta pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan atau jasa (pemerintah). Sebagai pejabat pembuat komitmen dalam pengadaan barang dan atau jasa secara otomatis akan terlibat dalam suatu hubungan kontraktual. Hal ini merupakan fenomena yang lazim dan universal. Inilah yang disebut kontraktualisasi (*contractualization*), yakni pemanfaatan kontrak sebagai instrumen dalam menjalankan fungsi pemerintahan.

Kontrak pengadaan yang melibatkan pemerintah sebagai salah satu pihak di dalamnya (*state as a buyer*) membawa konsekuensi terhadap karakter

⁴ Adrian Sutedi, Berbagai Permasalahan Seputar Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, Jakarta, 2008, h. 11.

hukum kontrak. Kontrak pengadaan tidak selalu berbicara mengenai hukum privat, tetapi dengan keterlibatan pemerintah yang mengakibatkan terjadinya pengeluaran uang negara di dalamnya, maka otomatis akan melibatkan hukum publik.

Adanya warna hukum publik dalam jenis kontrak tersebut merupakan ciri khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Karakter yang khas oleh pemerintah ini di samping menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam pengadaannya. Prinsip dan norma dalam hukum privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah karena kewajiban pembayaran melibatkan keuangan negara. Hal ini pun dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon,⁵ yang menyatakan bahwa: “Badan-badan atau para pejabat tata usaha negara bertindak melalui dua macam peranan (*roles*), yakni:

1. Selaku pelaku hukum publik (*public actor*) yang menjalankan kekuasaan publik (*public authority, openbaar gezag*), yang dijelmakan dalam kualitas penguasa (*authorities*) seperti halnya badan-badan tata usaha negara dan pelbagai jabatan yang diserahi wewenang penggunaan kekuasaan publik;
2. Selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan pelbagai perbuatan hukum keperdataan (*privaatrechtelijke handeling*), seperti halnya mengikat perjanjian jual beli, sewa menyewa, pemberongan dan sebagainya, yang dijelmakan dalam kualitas badan hukum (*legal person, rechtspersoon*).

⁵ Philipus Mandiri Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction To The Indonesian Administrative Law)*, Gadjah Mada University Press, Cetakan Kedelapan, Yogyakarta, 2002, h. 166.

Selaku pelaku hukum publik (*public actor*) badan atau pejabat tata usaha negara memiliki hak dan wewenang istimewa untuk menggunakan dan menjalankan kekuasaan publik (*public authority, openbaar gezag*). Berdasarkan penggunaan kekuasaan publik dimaksud, badan atau pejabat tata usaha negara dapat secara sepihak menetapkan pelbagai peraturan dan keputusan (*beschikkingen*) yang mengikat warga (bersama badan-badan hukum perdata) dan peletakan hak dan kewajiban tertentu dan karena itu menimbulkan akibat hukum bagi mereka. Tentu saja, ada kalanya warga atau badan hukum tidak menyenangi dan enggan menaati suatu peraturan/ keputusan yang mengikat padanya, tetapi ia tetap dituntut untuk menghormati dan menaati ketentuan peraturan/ keputusan itu bahkan jika perlu pelaksanaannya dapat dipaksakan melalui campur tangan petugas (aparat) penegak hukum seperti halnya polisi, jaksa, dan hakim.

Dalam perspektif hukum publik negara adalah organisasi jabatan. Di antara jabatan-jabatan kenegaraan ini terdapat jabatan pemerintahan, yang menjadi obyek hukum administrasi. Meskipun jabatan pemerintahan ini dilekati dengan hak dan kewajiban atau diberi wewenang untuk melakukan tindakan hukum, namun jabatan tidak dapat bertindak sendiri. Jabatan dapat melakukan perbuatan hukum, yang dilakukan melalui perwakilan (*vertegenwoordiging*) yaitu pejabat (*ambtsdrager*), yang bertindak atas nama jabatan itu. Menurut P. Nicolai dan kawan-kawan menyebutkan bahwa:

“Een bevoegdheid die aan een bestuursorgaan is toegekend, moet door mensen (reele personen) worden uitgevoerd. De handen en voeten van het bestuursorgaan zijn de handen en voeten van degene (n) die is/zijn aangewezen om de functie van orgaan uit te oefenen de ambtsdrager

(s)" (Kewenangan yang diberikan kepada organ pemerintahan harus dijalankan oleh manusia. Tenaga dan pikiran organ pemerintahan adalah tenaga dan pikiran mereka yang ditunjuk untuk menjalankan fungsi organ tersebut, yaitu para pejabat)⁶.

Berkaitan dengan kedudukan pemerintah sebagai wakil badan hukum publik dalam lapangan hukum privat, Philipus M. Hadjon⁷, yang menyebutkan bahwa: "Selain badan hukum (*legal person, rechtspersoon*), badan atau pejabat tata usaha negara mengikat diri pada pelbagai perjanjian keperdataan, misalnya perjanjian jual-beli, perjanjian sewa menyewa, perjanjian pemborongan, bahkan penghibahan. Di sini, badan atau pejabat tata usaha negara menjalankan peranan sebagai pelaku hukum keperdataan (*civil actor*). Perbuatan hukum yang dilakukan badan atau pejabat tata usaha negara itu tidak diatur berdasar hukum publik, tetapi didasarkan pada peraturan perundang-undangan hukum perdata (*privaatrecht*), sebagaimana lazimnya peraturan perundang-undangan yang mendasari perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan seorang warga dan badan hukum perdata". Lebih lanjut F. A. M. Stroink et. al. mempertegas bahwa: "

Wanneer openbare lichamen rechtspersonen aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer deelnemen doen zij dan niet als overheid, als gezagsorganisatie, maar nemen zij rechtens op gelijk voet met de burger deel v dat verkeer. Dose openbare lichamenrechtspersonen zijn deelnemende aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer, in principe op dezelfde onder-wopen aan de rechtmacht van de gewone rechter als de burger" (apabila badan hukum publik ikut serta dalam hubungan hukum keperdataan, maka ia tidak bertindak sebagai penguasa, sebagai organisasi kekuasaan tetapi dia menggunakan hak-hak pada kedudukan yang sama dengan rakyat. Badan-badan tersebut pada dasarnya tunduk pada peradilan biasa seperti haknya rakyat biasa).

⁶ Ridwan H.R., Hukum Administrasi Negara, UII Press, Yogyakarta, 2003, h. 55-56.

⁷ Philipus M. Hadjon, Op Cit, h. 166.

Ketika pemerintah bertindak dalam lapangan keperdataan dan tunduk pada peraturan hukum perdata, pemerintah bertindak sebagai wakil dari badan hukum, bukan wakil dari jabatan. Oleh karena itu, kedudukan pemerintah dalam pergaulan hukum keperdataan tidak berbeda dengan seseorang atau badan hukum privat, tidak memiliki kedudukan yang istimewa, dan dapat menjadi pihak dalam sengketa keperdataan dengan kedudukan yang sama dengan seseorang atau badan hukum perdata (*equality before the law*) dalam peradilan umum.

Keikutsertaan pemerintah dalam pelbagai perbuatan hukum keperdataan itu ikut mempengaruhi hubungan hukum keperdataan yang berlangsung di masyarakat umum, mengikat perjanjian-perjanjian yang diadakan oleh pemerintah dilakukan dengan seseorang atau badan hukum perdata. Bukan tidak mungkin pelbagai ketentuan hukum publik, berupa peraturan perundang-undangan hukum administrasi negara akan menyusup dan mempengaruhi peraturan perundang-undangan hukum keperdataan. Terdapat beberapa peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur tata cara/ prosedur tertentu yang harus ditempuh berkenaan dengan upaya perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan oleh pemerintah.

Secara umum, adanya hubungan keperdataan dengan mengikatkan diri dalam perjanjian-perjanjian didasarkan pada Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang meletakkan prinsip-prinsip hukum kontrak. Dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa, perikatan yang terjadi dalam hubungan keperdataan antara pemerintah dengan pihak swasta didasarkan pada

Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang dan Jasa sebagaimana yang telah dirubah dengan Keputusan Presiden Nomor 61 Tahun 2004 jo. Peraturan Presiden Nomor 32 Tahun 2005 jo. Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2005 jo. Peraturan Presiden Nomor 8 Tahun 2006 jo. Peraturan Presiden Nomor 79 Tahun 2006 jo. Peraturan Presiden Nomor 85 Tahun 2006 jo. Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2007 dan Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010.

Dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, selain peraturan perundang-undangan di atas, juga dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah didasarkan pada Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi; Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara; Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara; dan Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2005 tentang Pengelolaan Keuangan Daerah.

Belum tersedianya instrumen hukum yang secara khusus mengatur kontrak komersial oleh pemerintah juga merupakan faktor lemahnya sistem pengadaan (Bappenas). Secara teoritik, terdapat berbagai isu hukum tentang pengadaan oleh pemerintah yang dapat diajukan untuk memperoleh kajian lebih lanjut. Dari perspektif hukum kontrak terdapat beberapa isu hukum yang dapat diajukan sebagai bahan untuk dikaji terutama tentang keabsahan dan penerapan berlakunya prinsip umum hukum kontrak dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah. Dengan pemahaman bahwa kontrak merupakan proses, maka perhatian dalam studi tentang kontrak pengadaan disamping difokuskan pada

situasi menuju pembentukan kontrak (*pre-contractual fase*) juga pada situasi setelah ditutupnya kontrak (*post-contractual fase*) atau menyangkut pelaksanaan dari kontrak itu. Dalam kaitan ini perlu adanya pemahaman tentang prinsip hukum kontrak berikut penerapannya dalam dua situasi itu.

Di Indonesia belum terdapat undang-undang yang secara khusus mengatur tentang kontrak komersial oleh pemerintah. Selama ini landasan hukum dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan atau jasa hanya diatur dalam bentuk Keputusan Presiden dan Peraturan Presiden sebagaimana telah disebutkan di atas. Substansi yang diatur dalam aturan hukum tersebut hanya mengenai mekanisme dan prosedur pengadaan yang lebih terfokus pada aspek administrasi, sedangkan aspek kontrak sangat minim. Walaupun dalam aturan hukum tersebut mengatur syarat dan ketentuan yang bersifat baku bagi kontrak pengadaan, tetapi sifatnya sangat sumir dan berlaku bagi setiap jenis kontrak pengadaan dengan tidak membedakan objeknya.

Pada umumnya dipahami bahwa dalam kontrak pemerintah hubungan antara pemerintah dengan mitranya tidak berada dalam kedudukan yang sama (*nebengeordnet*). Pemerintah selalu mempunyai kedudukan yang lebih tinggi (*untergeordnet*). Situasi ini sifatnya universal. Di India misalnya, kontraktor yang telah melaksanakan kewajibannya akan menandatangani pernyataan “*I have no claim against the governments*”, sebelum menerima pembayaran⁸.

Dalam klausula baku maupun kontrak baku, seperti dalam kontrak komersial yang lain, merupakan praktek yang lazim dalam kontrak

⁸ Agus Rahardjo, Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Makalah, Seminar Nasional Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya 16 September, 2006, h. 13.

pemerintah. Penyedia barang dan jasa atau kontraktor dihadapkan pada situasi *take it or leave it* itu. Manakala kontrak itu diterima, maka syarat dan kondisi dalam kontrak berlaku dan mengikat sekalipun isinya berat sebelah. Kontrak yang demikian ini lazim dikategorikan sebagai kontrak adhesi (*adhesion contract*). Dalam hal terdapat ambiguitas pada isi kontrak yang menimbulkan perbedaan penafsiran, maka penafsiran dilakukan demi kerugian pihak perancang. Inilah yang disebut *contra proferentem rule*. Namun demikian bagi penyedia barang dan atau jasa hal ini tidak banyak manfaatnya. Situasi yang demikian ini timbul karena adanya desakan elemen hukum publik ke dalam hubungan kontraktual yang melibatkan pemerintah.⁹

Dalam beberapa kasus sengketa kontrak pengadaan terdapat juga isu yang terkait dengan kompetensi absolut. Pangkal tolaknya terletak pada perbedaan pandangan apakah perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dengan mengikatkan diri ke dalam hubungan kontraktual itu merupakan perbuatan keperdataaan atau bukan. Hal ini dapat menimbulkan persoalan karena kontrak yang dibuat oleh pemerintah selalu didahului dengan keputusan tata usaha negara¹⁰.

Dalam penelitian ini difokuskan pada hubungan kontraktual antara pemerintah dengan pihak swasta dalam kontrak pengadaan barang dan jasa. Adanya hubungan kontraktual ini didasarkan pada keputusan tata usaha negara dan pemerintah selaku jabatan yang menjadi dasar bagi kontrak pengadaan

⁹ Bagiono, Kontrak Pengadaan Barang/ Jasa Pemerintah, Bumi Aksara, Yogyakarta, 2009, h. 133.

¹⁰ Indroharto, Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Buku I, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, h. 117.

barang dan jasa. Terlibatnya pemerintah dalam jabatan pemerintahan dalam kontrak pengadaan barang dan jasa harus dibedakan dalam kedudukan sebagai wakil dari jabatan maupun wakil dari badan hukum publik. Hal ini diupayakan untuk membatasi adanya tindakan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh pemerintah itu sendiri. Isu penelitian ini adalah kedudukan hukum pemerintah dan pihak swasta dalam kontrak pengadaan barang dan jasa belum jelas yang berakibat pada tidak adanya keseimbangan hak dan kewajiban antara para pihak dalam kontrak. Tidak adanya keseimbangan tersebut tentunya menimbulkan kerugian bagi para pihak lain dan hal ini harus mendapatkan perlindungan hukum.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang masalah di atas, maka yang menjadi rumusan masalah adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana kedudukan hukum bagi pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa ?
2. Bagaimana pembebanan tanggunggugat pemerintah dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan dilakukannya penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Tujuan Umum

Yaitu untuk mengidentifikasi dan menganalisis berbagai persoalan hukum yang timbul sehubungan dengan kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah.

2. Tujuan Khusus

- a. Ingin mengetahui kedudukan hukum bagi pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa.
- b. Ingin mendapatkan gambaran yang jelas pembebanan tanggunggugat pemerintah dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa.

D. Manfaat Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat sebagai berikut :

1. Manfaat Teoritis

Mengembangkan ilmu hukum, terutama hukum perdata dan persaingan usaha tidak sehat, sekaligus memberikan kontribusi pemikiran dalam memecahkan dan menyelesaikan berbagai persoalan, baik dalam pembuatan kontrak maupun pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa instansi pemerintah.

2. Manfaat Praktis

Merupakan bahan kajian yang dapat digunakan dalam praktek pelaksanaan pengadaan barang dan jasa instansi pemerintah, baik selaku pengguna barang dan jasa maupun penyedia barang dan jasa dimaksud. Sekaligus dapat dijadikan referensi bagi penelitian serupa di kemudian dan bahan pustaka bagi mahasiswa Fakultas Hukum dan Fakultas Ekonomi dalam kajian Hukum Bisnis.

E. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif, yaitu untuk mengkaji konsep-konsep hukum terkait dengan kontrak pada umumnya dan kontrak komersial pada khususnya. Dalam hal ini yang menjadi objek dalam penelitian ini berkaitan dengan status dan wewenang pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, pembebanan tanggunggugat pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, dan sarana hukum yang digunakan dalam menyelesaikan sengketa akibat adanya kontrak pengadaan barang dan jasa.

2. Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah yang digunakan adalah pendekatan perundang-undang (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*)¹¹. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Dalam pendekatan ini, peneliti perlu mencari *ratio legis* dan dasar ontologis lahirnya perundang-undangan tersebut. Dengan mempelajari *ratio legis* dan dasar ontologis suatu perundang-undangan, peneliti mampu menangkap kandungan filosofi yang ada di belakang perundang-undangan itu. Memahami kandungan filosofi yang ada di belakang perundang-undangan, maka peneliti akan dapat

¹¹ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007, h. 93.

menyimpulkan mengenai ada tidaknya benturan filosofis antara perundang-undangan dengan isu yang dihadapi.

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin dalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi. Pemahaman akan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin tersebut merupakan sandaran bagi peneliti dalam pembangunan argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi.

Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan yang tetap. Dalam pendekatan kasus, yang menjadi kajian pokok adalah *ratio decidendi* atau *reasoning* yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai kepada suatu putusan. Dalam pendekatan kasus tidak sama dengan studi kasus (*case study*), karena di dalam pendekatan kasus ditelaah beberapa kasus untuk referensi bagi suatu isu hukum, sedangkan studi kasus merupakan studi terhadap kasus tertentu dan berbagai aspek hukum.

3. Jenis dan Sumber Bahan Hukum

Dalam penelitian ini tidak memerlukan data, karena yang diperlukan adalah analisis ilmiah terhadap bahan-bahan hukum. Hal ini memberikan konsekuensi istilah-istilah seperti sumber data, teknik pengumpulan data, analisis data juga tidak relevan dipergunakan termasuk penggunaan hipotesis juga tidak diperlukan dalam penelitian hukum normatif. Kesemua ini adalah bagian dari metode penelitian sosial yang bersifat empiris oleh karena harus dihindari oleh peneliti¹².

Bahan hukum dalam penelitian ini dibagi menjadi 3 (tiga) bagian, diantaranya bahan hukum primer (*primary materials*), bahan hukum sekunder (*secundary materials*). Bahan hukum primer terdiri dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP), Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, Peraturan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah beserta perubahannya dan peraturan perundang-undangan lainnya serta putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, baik pada Peradilan Umum maupun Peradilan Tata Usaha Negara dan Mahkamah Agung.

¹² Johny Ibrahim, Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif, Bayu Media Publishing, Malang, 2005, h. 219.

Bahan hukum sekunder dalam penelitian ini berupa kepustakaan, wawancara, doktrin-doktrin, hasil penelitian, disertasi, tesis, jurnal-jurnal ilmiah, berita maupun artikel-artikel ilmiah populer.

4. Prosedur dan Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer berupa perundang-undangan dikumpulkan dengan metode inventarisasi dan katagorisasi. Bahan hukum sekunder dikumpulkan dengan sistem kartu catatan (*card system*), baik dengan kartu ikhtisar (memuat ringkasan tulisan sesuai aslinya, secara garis besar dan pokok karangan yang memuat pendapat asli penulis); kartu kutipan digunakan untuk memuat catatan pokok permasalahan), serta kartu ulasan (berisi analisis dan catatan khusus penulis).

5. Analisa Bahan Hukum

Metode analisis yang dipergunakan adalah metode kualitatif dan kuantitatif. Dengan metode kualitatif dilakukan analisis atau *contempt of analysys* terhadap kedudukan hukum pemerintah dan aspek hukum perdata. Untuk metode kuantitatif, di lakukan analisis korelasi atau hubungan antara pelaksanaan prinsip-prinsip hukum kontrak dalam kontrak pengadaan barang dan jasa.

Langkah-langkah analisis akan dilakukan, yaitu melalui tahapan sebagai berikut :

1. Mengumpulkan bahan hukum peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan yang mengatur kedudukan pemerintah dalam kontrak pengadaan barang dan jasa.

2. Bahan yang telah dikumpulkan dan disistematisir kemudian dieksplikasi, yaitu diuraikan dan dijelaskan sesuai obyek yang diteliti berdasarkan teori hukum maupun ketentuan perundang-undangan yang berlaku.
3. Bahan yang telah dieksplikasi tersebut kemudian dievaluasi, yakni dinilai dengan menggunakan ukuran teori dan ketentuan hukum yang berlaku, sehingga ditemukan ada yang sesuai dengan teori dan ketentuan hukum yang berlaku dan ada yang tidak sesuai atau bertentangan dengan hukum, kemudian ketentuan hukum yang sesuai akan dikembangkan, sedangkan yang tidak sesuai akan ditinggalkan.
4. Hasil dan bahan-bahan yang telah dieksplikasi dan dievaluasi yang sesuai teori dan ketentuan perundang-undangan yang berlaku tersebut, kemudian disinkronisasikan untuk menjawab permasalahan dalam penelitian ini.

Dengan demikian keseluruhan bahan hukum yang telah dianalisis melalui tahapan-tahapan tersebut di atas merupakan analisis kualitatif, yang kemudian disimpulkan.