

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia adalah Negara Hukum Modern, dasar Negara Hukum Modern yang dianut Indonesia ini secara konstitusional dapat dirujuk dari rumusan tujuan Negara Republik Indonesia yang tertuang dalam Pembukaan UUD 1945, yaitu melindungi segenap Bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta mewujudkan keadilan sosial. Implementasi terhadap tujuan negara tersebut dilakukan melalui proses pembangunan bertahap, berkelanjutan, dan berkesinambungan sehingga membawa konsekuensi bagi peran Pemerintah yang harus lebih aktif dalam melaksanakan tugas Pembangunan dan tugas Pelayanan Publik¹.

Hal tersebut berkaitan dengan peran pemerintah untuk menyelenggarakan kesejahteraan rakyat. Dengan kewajiban tersebut pemerintah dituntut untuk terlibat secara aktif dalam kehidupan masyarakat.² Pembangunan adalah usaha untuk menciptakan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Oleh karena itu hasilhasil pembangunan harus dapat dinikmati seluruh rakyat sebagai peningkatan kesejahteraan lahir dan batin secara adil dan merata. Sebaliknya,

¹ Sutrisno, *Peningkatan Sumber Daya Manusia di Era Otonomi Daerah*, Raja Pustaka, Yogyakarta, 2003, h .26

² Hotma P Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, dan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Jakarta, Penerbit Erlangga, 2010, h. 40.

berhasilnya pembangunan tergantung partisipasi seluruh rakyat, yang berarti pembangunan harus dilaksanakan secara merata oleh segenap lapisan masyarakat.³

Terselenggaranya tugas pembangunan dan tugas pelayanan publik sebagai kegiatan pengelolaan negara tidak terlepas dari kegiatan pengadaan barang/jasa yang dilaksanakan pada instansi pemerintah. Pengadaan barang/jasa pemerintah secara khusus diatur dalam Peraturan Perundang-undangan setingkat Peraturan Presiden. Dalam kurun waktu tahun 2003 sampai tahun 2010 diatur dengan Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 yang telah diubah beberapa kali, terakhir perubahan ketujuh dengan Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2007. Sejak tanggal 1 Januari 2011 Keppres No. 80 Tahun 2003 beserta perubahannya dinyatakan dicabut dan tidak berlaku lagi dengan lahirnya Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang telah diubah oleh Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011, Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012, Peraturan Presiden Nomor 172 Tahun 2014, dan Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015.

Dalam memenuhi kewajiban yang telah dituangkan dalam surat perjanjian atau kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah, sering kali para pihak vendor penyedia barang/jasa dan pihak dari Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) dihadapkan pada berbagai situasi dan kondisi yang

³ *Ibid*, h. 157

kurang mendukung dalam memenuhi kewajiban yang telah diatur dalam kontrak dan berpotensi menimbulkan sengketa, salah satunya adalah sengketa wanprestasi yaitu kelalaian, kealpaan, cidera janji, tidak menepati kewajibannya dalam perjanjian atau suatu keadaan tidak terpenuhi atau prestasi sebagaimana telah ditetapkan dalam suatu perjanjian⁴. Contoh pada umumnya adalah penyelesaian proyek yang melewati tenggat waktu (*deadline*) yang telah ditentukan dan spesifikasi barang yang tidak sesuai dengan perjanjian. Namun tidak jarang pula ketidakpuasan PPK atas pemenuhan kewajiban penyedia barang/jasa disebabkan oleh kesengajaan dan/atau kealpaan pihak vendor penyedia barang dan jasa.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) pada Buku III tentang Perikatan disebutkan bahwa perikatan dapat lahir karena Undang-Undang atau lahir karena perjanjian.⁵ Perjanjian dalam pengadaan barang/jasa adalah suatu persetujuan dengan mana pihak yang menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak lain dengan penerima suatu harga tertentu. Subjek hukum dalam sebuah perjanjian atau kontrak adalah orang atau badan hukum. Sebuah badan hukum diwakili oleh orang yang diberi kewenangan oleh badan hukum untuk melakukan perjanjian dengan pihak lain. Organisasi pemerintah sebagai badan hukum publik diwakili oleh pejabat yang diberi kewenangan

⁴ Simanjuntak, ***Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia***, Jakarta, Djambatan, 2009.

⁵ Subekti, ***Pokok-Pokok Hukum Perdata***, Jakarta, Penerbit PT. Intermasa, 2003, h. 132.

berdasarkan Peraturan Perundang-undangan. Wewenang pejabat ini merupakan syarat mutlak untuk sahnya perjanjian karena berkaitan erat dengan syarat kecakapan yang telah diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata.

Berkaitan dengan pelaksanaan kontrak dalam rangka pengadaan barang/jasa Pemerintah, apabila terjadi perselisihan atau sengketa maka penyelesaiannya adalah sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 94 Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, yaitu:

1. Dalam hal terjadi perselisihan antara para pihak dalam Penyediaan Barang/Jasa Pemerintah, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan perselisihan tersebut melalui musyawarah untuk mufakat.
2. Dalam hal penyelesaian perselisihan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian perselisihan tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase, alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan Pasal 94 ayat (2) Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan berbagai macam jenis dan cara penyelesaian sengketa dimana penyelesaian sengketa dapat dimungkinkan dengan cara penyelesaian di pengadilan maupun dengan alternatif penyelesaian sengketa (penyelesaian sengketa diluar pengadilan)

Seperti yang telah disampaikan di atas, bahwa sering kali para penyedia barang/jasa dihadapkan pada berbagai situasi dan kondisi yang kurang mendukung dan menimbulkan hambatan dalam memenuhi kewajiban yang telah diatur dalam kontrak, sehingga berpeluang menimbulkan adanya sengketa wanprestasi.

Berdasarkan sengketa yang terjadi dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 1436 B/PDT.SUS-ARBT/2021 Bahwa Pemohon adalah penerima kerja Pengadaan Bus Busway Paket II (*Articulated Bus*) sejumlah 12 (dua belas) unit yang akan digunakan dalam Sistem Transjakarta Busway untuk layanan Angkutan Umum Busway berdasarkan "Surat Perjanjian/Kontrak Nomor: 1343/-1.811.125" yang telah dibuat dan ditandatangani oleh Pemohon dan Termohon, oleh karenanya berdasarkan asas Pacta Sun Servada yang termaktub di dalam Pasal 1338 KUHPerdara

Ruang Lingkup Kewajiban Pemohon Berdasarkan "Surat Perjanjian/Kontrak Nomor: 1343/-1.811.125", kewajiban Pemohon Arbitrase berdasarkan Surat Perjanjian/Kontrak Nomor: 1343/-1811.125. Setelah Pemohon memenuhi kewajibannya dalam pengadaan dan penyediaan 12 (dua belas) unit Bus Besar Gandeng (*Articulated-Bus*) sebagaimana Isi Perjanjian, dan kemudian dua belas Bus Besar Gandeng (*Articulated-Bus*) tersebut hendak diserahkan oleh Pemohon Arbitrase kepada Termohon Arbitrase pada tahun 2013, namun dalam kenyataannya Termohon Arbitrase tidak mau/tidak bersedia menerima 12

(dua belas) unit Bus Besar Gandeng (*Articulated- Bus*) tersebut dengan alasan yang tidak jelas, dan Termohon tidak membayar/memberikan kepada Pemohon Arbitrase nilai uang untuk 12 (dua belas) unit Bus Besar Gandeng (*Articulated-Bus*) sebesar Rp.32.800.800.000,- (tiga puluh dua milyar delapan ratus juta delapan ratus ribu rupiah) sesuai ketentuan Pasal 6 Surat Perjanjian, hal inilah yang menjadi kerugian pokok/kerugian materiil Pemohon.

Berdasarkan uraian di atas, penulis tertarik untuk meneliti lebih lanjut mengenai wanprestasi dalam perjanjian pengadaan dengan judul tesis: **Penyelesaian Sengketa Wanprestasi Dalam Perjanjian Pengadaan Busway Paket II Secara Arbitrase (Studi Kasus Putusan Mahkamah Agung Nomor 1436 B/PDT.SUS-ARBT/2021)**

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka ditentukan perumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana bentuk wanprestasi dalam perjanjian pengadaan barang dan jasa pemerintah?
2. Bagaimana penyelesaian sengketa secara arbitrase dalam peraturan perundang-undangan?
3. Bagaimana pertimbangan hakim dalam menyelesaikan sengketa wanprestasi pada perjanjian busway paket II secara arbitrase dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 1436 B/PDT.SUS-ARBT/2021?

C. Tujuan Penelitian

Adapun yang menjadi tujuan penelitian dalam penulisan tesis ini adalah:

1. Untuk mengetahui dan menjelaskan bentuk wanprestasi dalam perjanjian pengadaan barang dan jasa pemerintah.
2. Untuk mengetahui dan menjelaskan penyelesaian sengketa secara arbitrase dalam peraturan perundang-undangan.
3. Untuk mengetahui dan menjelaskan pertimbangan hakim dalam menyelesaikan sengketa wanprestasi pada perjanjian busway paket II secara arbitrase dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 1436 B/PDT.SUS-ARBT/2021

D. Manfaat Penelitian

Melalui Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis, normatif maupun praktis, yakni ;

1. Secara teoritis, penelitian ini memiliki manfaat teoritis yaitu untuk memberikan landasan bagi para peneliti lain dalam melakukan penelitian lain yang sejenis wanprestasi dalam perjanjian.
2. Secara praktis, Praktis hasil penelitian ini akan memberikan sumbang saran dalam khasanah ilmu pengetahuan hukum, khususnya tentang wanprestasi dalam perjanjian pengadaan busway.

E. Kerangka Teori dan Kerangka Konsep

1. Kerangka Teori

Kerangka teoritik dan sebagainya, berbagai istilah tersebut pada dasarnya sama maksud dan maknanya, mungkin ada yang lebih luas dan yang lain lebih sempit kajiannya, akan tetapi isi dari kerangka teoritik adalah konsepsi-konsepsi, teori-teori, pandangan-pandangan, dan penemuan yang relevan dengan pokok permasalahan.⁶

Kata teoritik atau teoritis atau *theoretical* berarti berdasarkan pada teori, mengenai atau menurut teori.⁷ Kata teori berasal dari kata *theoria* dalam bahasa Latin yang berarti perenungan. Kata *theoria* itu sendiri berasal dari kata *thea* yang dalam bahasa Yunani berarti cara atau hasil pandang.⁸ Dalam penelitian ilmiah, adanya kerangka teoritis adalah merupakan suatu kerangka dari mana suatu masalah dan hipotesis diambil atau dihubungkan.

Peter Mahmud Marzuki menyatakan bahwa: “Penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori ataupun konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.”⁹ Kedudukan teori dalam suatu penelitian hukum sangat penting, di mana

⁶ Mukti Fajar ND dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, h. 92.

⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001, h. 156

⁸ Soetandyo Wigjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya, Elsam HuMa*, Jakarta, 2002, h. 184

⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media, Jakarta, 2010, h. 35

teori membuat jelas nilai-nilai oleh postulat-postulat hukum sampai kepada landasan filosofisnya yang tertinggi.¹⁰

Teori hukum sendiri boleh disebut sebagai kelanjutan dari mempelajari hukum positif, setidak-tidaknya dalam urutan yang demikian itulah kita merekonstruksikan kehadiran teori hukum secara jelas.¹¹

Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa :

Dalam ilmu pengetahuan hukum, teori menempati kedudukan yang penting karena memberikan sarana untuk merangkum serta memahami masalah yang dibicarakan secara lebih baik. Hal-hal yang semula tampak tersebar dan berdiri sendiri bisa disatukan dan ditunjukkan kaitannya satu sama lain secara bermakna. Teori dengan demikian memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakan.¹²

a. Teori Sistem hukum (*legal theorie system*)

Lawrence M. Friedman menyatakan bahwa berhasil atau tidaknya penegakan hukum bergantung pada: “substansi hukum, struktur hukum/pranata hukum dan budaya hukum.”¹³ Ketiga subsistem yang ada dalam system hukum saling berkaitan antara satu sama lainnya.

Substansi hukum adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, atau aturan baru yang mereka susun.

¹⁰Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010, h. 254.

¹¹*Ibid.*, h. 253.

¹²*Ibid.*

¹³ Lawrence W. Friedman, diterjemahkan dari buku aslinya *Legal Theory* oleh Muhammad Arifin, disunting oleh Ahcmad Nasir Budiman, dan Sulaiman Saqib, *Teori dan Filsafat Hukum : Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan*, Rajawali Pers, Jakarta, 1990, h. 120.

Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law books*).

Sebagai negara yang masih menganut sistem *civil law sistem* atau sistem Eropa Kontinental (meski sebagian peraturan perundang-undangan juga telah menganut *Common Law Sistem* atau *Anglo Saxon*) dikatakan hukum adalah peraturan-peraturan yang tertulis sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukan dinyatakan hukum. Sistem ini mempengaruhi sistem hukum di Indonesia.¹⁴

Sehubungan dengan pembahasan dalam penelitian ini, substansi hukum yang dimaksud adalah UUPA dan Peraturan Pemerintah No. 24 tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, serta peraturan perundang-undangan terkait lainnya. Substansi hukum penting untuk diketahui, yakni mengenai bagaimana kekuatan hukum dan pengakuan hukum terhadap sertifikat tanah yang diberikan kepada pemegang hak atas tanah.

Di samping itu, analisis terhadap substansi hukum juga penting untuk mengetahui sejauhmana suatu peraturan perundang-undangan telah memberikan kepastian hukum sehingga dapat memberikan perlindungan hukum terhadap pemegang sertifikat hak atas tanah.

Soerjono Soekanto menjelaskan bahwa “proses pembangunan merupakan suatu perubahan yang harus diupayakan agar berjalan teratur dan berkelanjutan (*sustainable development*) disetiap sektor antara lain

¹⁴*Ibid.* h. 20.

politik, ekonomi, demografi, psikologi, hukum, intelektual maupun teknologi.”¹⁵

Suatu penelitian hukum difungsikan sebagai sarana untuk pembaharuan masyarakat (*Law as a tool of social engineering*) agar pembangunan benar-benar berjalan menurut garis kebijaksanaan yang diamanatkan oleh UUD Tahun 1945. Hal ini sesuai dengan pendapat yang dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja dengan menyesuaikan konsep dari Roscoe Pound terhadap hukum di Indonesia, kemudian oleh Romli Atmasasmita dikembangkan lagi dengan konsep *Bureaucratic and Social Engineering*.

Romli Atmasasmita mengemukakan, hukum harus memegang peranan dalam memberdayakan masyarakat dan birokrasi untuk mewujudkan masyarakat madani.¹⁶ Kemudian Mochtar Kusumaatmadja memberikan pandangannya mengenai fungsi dan peranan hukum dalam pembangunan nasional, yang kemudian dikenal sebagai Teori Hukum Pembangunan. Di mana fungsi dan peran hukum diletakkan di atas premis atau prinsip sebagai berikut:¹⁷

- a. Semua masyarakat yang sedang membangun selalu dicirikan oleh perubahan dan hukum berfungsi agar dapat menjamin bahwa perubahan itu terjadi dengan cara yang teratur. Perubahan yang teratur

¹⁵ Soerjono Soekanto, *Kegunaan Sosiologi hukum Bagi Kalangan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, h. 11.

¹⁶ Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2012, h. 64.

¹⁷ *Ibid.*, h. 65-66.

menurut Mochtar, dapat dibantu oleh perundang-undangan atau keputusan pengadilan atau kombinasi dari keduanya. Beliau menolak perubahan yang tidak teratur dengan menggunakan kekerasan semaksimal.

- b. Baik perubahan maupun ketertiban (atau keteraturan) merupakan tujuan awal dari masyarakat yang sedang membangun, maka hukum menjadi suatu sarana (bukan alat) yang tidak dapat diabaikan dalam proses pembangunan.
- c. Fungsi hukum dalam masyarakat adalah mempertahankan ketertiban melalui kepastian hukum dan juga (sebagai kaidah sosial) harus dapat mengatur (membantu) proses perubahan dalam masyarakat.
- d. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu.
- e. Implementasi fungsi hukum tersebut di atas hanya dapat diwujudkan jika hukum dijalankan oleh suatu kekuasaan, akan tetapi kekuasaan itu sendiri harus berjalan dalam batas rambu-rambu yang ditentukan di dalam hukum itu.

Hukum sangat diperlukan bagi proses perubahan termasuk perubahan yang cepat yang biasa diharapkan oleh masyarakat yang sedang membangun, apabila suatu perubahan itu hendak dilakukan

dengan teratur dan tertib, maka hukum merupakan sarana yang tidak dapat diabaikan dalam proses pembangunan.¹⁸

Struktur hukum mencakup wadah ataupun bentuk dari sistem tersebut, umpamanya menyangkut tatanan lembaga-lembaga hukum formal, hubungan antara lembaga-lembaga tersebut, hak-hak dan kewajiban-kewajibannya, dan seterusnya.¹⁹ Struktur hukum disebut sebagai sistem struktural yang menentukan apakah suatu perbuatan dapat dijangkau oleh hukum, misalnya Kantor Pertanahan dan instansi yang terkait sebagai pranata hukum, apakah telah memiliki kemampuan untuk melaksanakan kebijakan pendaftaran tanah sistematis lengkap.

Budaya/kultur hukum menurut Lawrence M. Friedman pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai yang merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang dianggap baik (sehingga dianuti) dan apa yang dianggap buruk sehingga dihindari. Nilai-nilai tersebut lazimnya merupakan pasangan nilai-nilai yang mencerminkan dua keadaan ekstrim yang harus diserasikan.²⁰ Menurut Jimly Asshiddiqie:

Substansi yang tercermin dalam peraturan perundang-undangan atau pun dalam putusan-putusan hakim selalu berasal dari budaya hukum, dan institusi hukum yang bekerja untuk membuat maupun menerapkan dan menegakkan hukum juga dipengaruhi oleh budaya hukum yang hidup dan mempengaruhi orang-orang yang bekerja di dalam setiap institusi itu. Karena itu, menurut Lawrence Friedmann,

¹⁸ Emma Nurita. *Cybernotary Pemahaman Awal dan Konsep Pemikiran*. Refika Aditama, Jakarta, 2014, h. 96.

¹⁹ Soerjono Soekanto, *Op. Cit.*, h. 59.

²⁰ *Ibid.*, h. 59-50.

budaya hukum itulah yang menjadi komponen utama dalam setiap sistem hukum.²¹

Budaya hukum juga dapat dipersepsikan sebagai sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan.

Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum di masyarakat.

Teori sistem hukum sebagaimana diuraikan di atas di pandang tepat dipergunakan untuk menjawab dan menganalisis permasalahan pertama dan kedua, yaitu mengenai aspek hukum dan factor penyebab pendaftaran atas objek tanah yang berada di bantasan atau yang berada pada garis sempadan sungai oleh Kantor Pertanahan.

b. Teori Wanprestasi

Sudah menjadi kodratnya bahwa manusia harus hidup bermasyarakat dan saling membutuhkan satu sama lainnya, manusia sebagai makhluk sosial saling berinteraksi untuk memenuhi kebutuhan dalam hidupnya. Perdagangan atau jual beli juga merupakan bukti bahwa setiap manusia memiliki ketergantungan terhadap sesamanya. Setiap

²¹ Jimlly Asshiddigie, *Teori Hukum Hens Kelsen*, Komisi Yudisial, Jakarta, 2006, h. 21-22

perdagangan atau jual beli setidaknya harus ada perjanjian, maksudnya adalah untuk melaksanakan prestasi, dan perjanjian merupakan undang-undang bagi pembuatnya, artinya bahwa siapapun yang mengadakan perjanjian maka ia harus melaksanakan isi dari perjanjian tersebut. Apabila ada pihak yang ingkar janji atau telah lalai dalam melaksanakan isi dari perjanjian tanpa adanya alasan-alasan yang dapat dibenarkan menurut peraturan perundangundangan yang berlaku maka ia dapat dianggap telah wanprestasi. Seseorang bisa dikatakan wanprestasi apabila melanggar suatu perjanjian yang telah disepakati dengan pihak lain. Maka tiada wanprestasi apabila tidak ada perjanjian sebelumnya.

Pendapat lain dikemukakan oleh Rutten dalam Prof. 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.

Pengertian perjanjian sebagaimana terdapat dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyatakan bahwa suatu perjanjian adalah suatu perbuatan satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.²²

²² Pasal 1338 ayat 1 KUH Perdata

Dalam pelaksanaan perjanjian, dapat terjadi wanprestasi yang berarti tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan bersama dalam perjanjian. Wanprestasi adalah suatu keadaan yang menunjukkan debitur tidak berprestasi (tidak melaksanakan kewajibannya) dan diadapat dipersalahkan.

Menurut Yahya Harahap:

“Wanprestasi sebagai pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya, sehingga menimbulkan keharusan bagi pihak debitur untuk memberikan atau membayar ganti rugi (*schadevergoeding*), atau dengan adanya wanprestasi oleh salah satu pihak, pihak yang lainnya dapat menuntut pembatalan perjanjian.”²³

Ganti rugi atas tindakan wanprestasi dalam Pasal 1243 KUHPerdara, yang menyatakan bahwa : Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila yang berutang setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya”²⁴

c. Teori Penyelesaian Sengketa

Dean G Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin mengemukakan sebuah teori tentang penyelesaian sengketa. Ada 5 (lima), yaitu:

Pertama, *contending* (bertanding), yaitu mencoba menerapkan suatu solusi yang lebih disukai oleh salah satu pihak atas pihak yang

²³ <http://blogprinsip.blogspot.com/2015/05/wanprestasi-dan-akibat-akibatnya.html>, diakses pada tanggal 10 Februari 2023

²⁴ Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2009, h.19

lainnya. Kedua, *yielding* (mengalah), yaitu menurunkan aspirasi sendiri dan bersedia menerima kekurangan dari yang sebetulnya diinginkan. Ketiga, *problem solving* (pemecahan masalah), yaitu mencari alternatif yang memuaskan dari kedua belah pihak. Keempat, *with drawing* (menarik diri), yaitu memilih meninggalkan situasi sengketa, baik secara fisik maupun psikologis. Kelima *in action* (diam), yaitu tidak melakukan apa-apa.²⁵

Para ahli antropologi hukum mengemukakan pendapatnya tentang cara-cara penyelesaian sengketa yang terjadi dalam masyarakat, baik dalam masyarakat tradisional maupun modern. Laura Nader dan Harry F. Todd Jr menerangkan 7 (tujuh) cara penyelesaian sengketa dalam masyarakat, yaitu:²⁶

- a. *Lumpingit* (membiarkan saja), oleh pihak yang merasakan perlakuan tidak adil, gagal dalam mengupayakan tuntutan. Dia mengambil keputusan untuk mengabaikan saja masalahnya atau isu-isu yang menimbulkan tuntutan dan dia meneruskan hubungan-hubungannya dengan pihak yang dirasakan merugikannya. Ini dilakukan karena berbagai kemungkinan seperti kurangnya faktor informasi tentang bagaimana proses mengajukan keluhan ke peradilan, kurangnya akses ke lembaga peradilan atau sengaja tidak diproses ke pengadilan karena diperkirakan bahwa kerugiannya lebih besar dari keuntungannya baik diprediksi dari sisi materi maupun psikologis.
- b. *Avoidance* (mengelak), yaitu pihak yang merasa dirugikan, memilih untuk mengurangi hubungan-hubungan dengan pihak yang

²⁵ Dean G Pruitt & Z. Rubin, *Konflik Sosial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004, h. 4-6.

²⁶ *Ibid*, h. 11-12

merugikannya atau untuk sama sekali menghentikan hubungan tersebut, misalkan dalam hubungan bisnis hal serupa bisa saja terjadi. Dengan mengelak, maka masalah yang menimbulkan keluhan dielakkan saja. Berbeda dengan pemecahan pertama (*lumping it*), dimana hubungan-hubungan berlangsung terus, hanya isunya saja yang dianggap selesai. Sementara dalam hal bentuk kedua (*avoidance*), yaitu pihak yang merasa dirugikan mengelakannya. Pada bentuk penyelesaian pertama hubungan pihak yang bersengketa tetap diteruskan, namun pada bentuk kedua hubungan kedua belah pihak yang bersengketa dapat dihentikan untuk sebagian atau untuk keseluruhan.

- c. *Coercion* (paksaan), pihak yang satu memaksakan pemecahan kepada pihak lain, ini bersifat unilateral. Tindakan yang bersifat memaksakan atau ancaman untuk menggunakan kekerasan, pada umumnya mengurangi kemungkinan penyelesaian secara damai.
- d. *Negotiation* (perundingan), kedua belah pihak yang berhadapan merupakan para pengambil keputusan. Pemecahan masalah yang dihadapi dilakukan oleh mereka berdua, mereka sepakat tanpa adanya pihak yang ketiga yang mencampurinya. Kedua belah pihak berupaya untuk saling menyakinkan, jadi mereka membuat aturan mereka sendiri dan tidak memecahkannya dengan bertitik tolak dari aturan-aturan yang ada.

- e. *Mediation* (mediasi), pihak ketiga yang membantu kedua belah pihak yang berselisih pendapat untuk menemukan kesepakatan. Pihak ketiga ini dapat ditentukan oleh kedua belah pihak yang bersengketa, atau ditunjukkan oleh pihak yang berwenang untuk itu. Apakah mediator hasil pilihan kedua belah pihak, atau karena ditunjuk oleh orang yang mempunyai kekuasaan, kedua belah pihak yang bersengketa harus setuju bahwa jasa-jasa seorang mediator akan digunakan dalam upaya mencari pemecahan. Dalam masyarakat kecil (paguyuban) bisa saja tokoh-tokoh yang berperan sebagai mediator juga berperan sebagai arbitrator dan sebagai hakim.
- f. *Arbitration* (Arbitrase), yaitu dua belah pihak yang bersengketa sepakat untuk meminta perantara kepada pihak ketiga, arbitrator dan sejak semula telah setuju bahwa mereka akan menerima keputusan dari arbitrator tersebut.
- g. *Adjudication* (peradilan), yaitu pihak ketiga yang mempunyai wewenang untuk mencampuri pemecahan masalah, lepas dari keinginan para pihak yang bersengketa. Pihak ketiga itu juga berhak membuat keputusan dan menegakkan keputusan itu artinya pihak ketiga berupaya bahwa keputusan itu dilaksanakan.

Ketujuh cara ini dapat dibagi menjadi tiga cara penyelesaian sengketa yaitu tradisional, *alternative dispute resolution* (ADR) dan pengadilan. Cara tradisional adalah *lumping it* (membiarkan saja), avoidance (mengelak) dan coercion (paksaan). Ketiga cara tersebut tidak

dapat ditemukan dalam perundang-undangan. Yang termasuk dalam penyelesaian sengketa dengan menggunakan ADR adalah perundingan (*negotiation*), mediasi dan arbitrase.

Ketiga cara ini terdapat dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitra sedang Alternatif Pilihan Penyelesaian Sengketa, sedangkan penyelesaian sengketa di pengadilan dikenal dengan hukum acara.²⁷

d. Teori Keadilan

Dalam filsafat hukum, teori-teori hukum alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “the search for justice”.²⁸ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teoriteori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Diantara teori-teori itu dapat disebut: teori keadilan Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics*, teori keadilan sosial John Rawl dalam bukunya *a theory of justice* dan juga Ahmad Ali dalam menguak Teori Hukum dan teori Peradilan.

Upaya damai dalam ilmu Fiqh dikenal dengan istilah sulhu, yaitu suatu perjanjian dalam memutuskan persoalan antara dua pihak yang berselisih, upaya damai tersebut biasanya ditempuh dengan musyawarah untuk mencapai mufakat diantara pihak yang berselisih. Dengan

²⁷ Theo Huijber, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet. Ke VIII, Yogyakarta: Kanisius, 1995, h. 196

²⁸ *Ibid.*

musyawarah yang mengendapkan prinsip-prinsip syari"at, diharapkan apa yang menjadi persoalan para pihak dapat diselesaikan. Selain itu ajaran fiqh juga menyarankan untuk membentuk kekuasaan kehakiman melalui pengangkatan para hakim (*Qadhi*).²⁹

Pandangan Aristoteles tentang keadilan terdapat dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan yang berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Yang sangat penting dari pandangannya ialah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan.³⁰

Pada dasarnya proses keadilan adalah suatu proses yang tak pernah terselesaikan, tetapi merupakan proses yang senantiasa melakukan reproduksi dirinya sendiri, dari generasi ke generasi, dan terus mengalami perubahan yang merupakan panggilan yang berani dan terbaik. Meski demikian Achmad Ali juga menyatakan bahwa yang namanya "keadilan" sempurna itu tidak ada, yang ada hanyalah sekadar pencapaian dalam kadar tertentu. Artinya yang dimaksud "keadilan" adalah kelayakan.

Pandangan terakhir Achmad Ali menyatakan, bahwa: Apakah sesuatu itu adil (*rechtvaardig*), lebih banyak tergantung pada *rechtmatigheid* (kesesuaian dengan hukum) pandangan pribadi seorang

²⁹ *Ibid*, h. 198.

³⁰ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansya dan Nusamedia, 2004, h. 25.

penilai. Kiranya lebih baik tidak mengatakan: “itu adil”. Tetapi mengatakan: “Hal itu saya anggap adil”. Memandang sesuatu itu adil merupakan suatu pendapat mengenai nilai secara pribadi.³¹

Disela mengemukakan pandangannya Achmad Ali, juga menampilkan pandangan yang kontra tentang konsep keadilan di atas, antara lain pakar hukum Indonesia, Sudikno Mertokusumo mengungkapkan bahwa: “Kalau dikatakan bahwa hukum itu bertujuan untuk mewujudkan keadilan, itu berarti hukum itu identik atau tumbuh dengan keadilan. Hukum tidaklah identik.... dengan demikian teori etis berat sebelah”.

Satjipto Rahardjo menuliskan bahwa :

Sekalipun hukum itu dihadapkan kepada pertanyaan-pertanyaan yang praktis, yaitu tentang bagaimana sumber-sumber daya itu hendak dibagikan dalam masyarakat, tetapi ia tidak bisa terlepas dari pemikiran yang lebih abstrak yang menjadi landasannya, yaitu pertanyaan tentang “mana yang adil” dan “apa keadilan itu”. Tatahan sosial, sistem sosial, dan hukum, tidak bisa langsung menggarap hal tersebut tanpa diputuskan lebih dahulu tentang konsep keadilan oleh masyarakat yang bersangkutan. Kita juga mengetahui bahwa keputusan ini tidak bisa dilakukan oleh subsistem sosial, melainkan oleh subsistem budaya, seperti ditunjukkan dalam bagian sibernetika di muka.³²

2. Kerangka Konsep

Konsepsi berasal dari bahasa latin, *conceptus* yang memiliki arti sebagai suatu kegiatan atau proses berpikir, daya berfikir khususnya penalaran dan pertimbangan. Peranan konsep dalam penelitian adalah

³¹ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (legal teori) dan Teori Keadilan (Judicial Prudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legis Prudence)*, Vol-1 Jakarta: Kencana, Cet-1, 2009, h. 222.

³² *Ibid*, h. 223.

untuk menghubungkan dunia teori dan observasi, antara abstraksi dan realitas.

Konsepsi merupakan definisi operasional dari intisari obyek penelitian yang akan dilaksanakan. Pentingnya definisi operasional adalah untuk menghindari perbedaan pengertian dan penafsiran dari suatu istilah yang dipakai. Selain itu dipergunakan juga untuk memberikan pegangan pada proses penelitian ini. Menghindari terjadinya perbedaan pengertian tentang konsep yang dipakai dalam penelitian ini, perlu dikemukakan mengenai pengertian konsep yang akan digunakan, sebagai berikut:

1. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (selanjutnya disebut KBBI), pengertian sengketa adalah 1) sesuatu yang menyebabkan perbedaan pendapat; pertengkaran; perbantahan. 2) pertikaian; perselisihan. 3) perkara (dalam pengadilan).³³
2. Wanprestasi adalah tidak memenuhi atau lalai melaksanakan kewajiban sebagaimana yang ditentukan dalam perjanjian yang dibuat antara kreditur dengan debitur.³⁴ Wanprestasi atau tidak dipenuhinya janji dapat terjadi baik karena disengaja maupun tidak disengaja.³⁵
3. Perjanjian Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, adalah “persetujuan tertulis atau dengan lisan yang dibuat oleh dua pihak atau lebih,

³³ Pusat Bahasa, *Kamus Bahasa Indonesia*, Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional, 2008.

³⁴ Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Jakarta: 2008, h.180

³⁵ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Jakarta: Rajawali Pers, 2007, h. 74

masing- masing bersepakat akan mentaati apa yang tersebut dalam persetujuan itu.”³⁶

4. Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah Berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 80 tahun 2003 adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa

5. Arbitrase

Kata arbitrase berasal dari kata arbitrare (latin), arbitrage (belanda), arbitration (inggris), schiedspruch (jerman), dan arbitrage (prancis), yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan atau damai oleh arbiter atau wasit³⁷ pengertian arbitrase adalah cara-cara penyelesaian hakim partikulir yang tidak terkait dengan dengan berbagai formalitas, cepat dan memberikan keputusan, karena dalam instansi terakhir serta mengikat, yang mudah untuk melaksanakan karena akan di taati para pihak.³⁸

F. Keaslian Penelitian

Berdasarkan penelusuran yang dilakukan di perpustakaan Universitas Islam Sumatera Utara dan browsing melalui internet terdapat beberapa penelitian yang telah dilakukan oleh penelitian terdahulu, yang berkaitan dengan judul dan permasalahan yang menjadi objek kajian dalam penulisan tesis ini. Adapun beberapa penelitian yang memiliki keterkaitan dengan objek penelitian ini adalah:

³⁶ Pusat Bahasa, *Op.Cit.*, h. 458

³⁷ R. Subekti, *Kumpulan Karangan Hukum Perakitan, Arbitrase, Dan Peradilan*, Alumni, Bandung: 1980, h. 1

³⁸ Sudargo Gautama, *Kontrak Dagang Internasional*, Alumni Bandung: 1976, h.

1. Tesis Aga Yurista Pambayun, SH NIM : 12912070 mahasiswa Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia 2016.

Judul tesis yang menjadi topik/tema dalam penelitian tesis ini adalah mengenai: **“Penyelesaian Sengketa Wanprestasi Dalam Pengadaan Barang Dan Jasa Di Pemerintah Kabupaten Sleman”**

Adapun yang menjadi permasalahan dalam skripsi ini adalah Bagaimana pelaksanaan pengadaan barang dan jasa yang tidak sesuai dengan perjanjian di Pemerintah Kabupaten Sleman? bagaimana penyelesaian sengketa pengadaan barang dan jasa yang tidak sesuai dengan perjanjian di Pemerintah Daerah Kabupaten Sleman ditinjau dari norma Undang-undang, norma kontrak, dan implementasinya?

2. Tesis Raymon Budi Hermanto, NIM: 1520922039, Mahasiswa Universitas Pembangunan Nasional “Veteran” Jakarta Fakultas Hukum Program Studi Magister Ilmu Hukum 2018

Judul penelitian/Tesis: **“Penyelesaian Sengketa Wanprestasi Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta (Studi Kasus Putusan NO. 33/PDT.G/2015/PN.JKT.PST.)”**

Adapun yang menjadi permasalahan dalam penelitian ini, yaitu: Mekanisme Penyelesaian Sengketa Wanprestasi Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Provinsi Daerah Khusus

Ibukota Jakarta. Upaya Yang Harus Dilakukan Oleh Para Pihak Setelah Adanya Putusan Majelis Hakim.

Berdasarkan peninjauan yang telah dilakukan, maka sejauh yang diketahui, penelitian Tentang: **Penyelesaian Sengketa Wanprestasi Dalam Perjanjian Pengadaan Busway Paket II Secara Arbitrase (Studi Kasus Putusan Mahkamah Agung Nomor 1436 B/PDT.SUS-ARBT/2021)** belum pernah dilakukan baik dilihat dari judul maupun dari substansi permasalahan Sehingga penelitian ini adalah asli adanya. Artinya, secara akademik penulisan ini dapat dipertanggungjawabkan kemurniannya.

G. Metode Penelitian

1. Spesifikasi Penelitian

Sesuai dengan judul dan permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini dan supaya dapat memberikan hasil yang bermanfaat maka penelitian ini dilakukan dengan penelitian yuridis normatif (metode penelitian hukum normatif). Metode penelitian yuridis normatif adalah penelitian hukum kepustakaan yang dilakukan dengan cara meneliti bahan-bahan kepustakaan atau data sekunder belaka.³⁹

Penelitian ini dilakukan guna untuk mendapatkan bahan-bahan berupa: teori-teori, konsep-konsep, asas-asas hukum serta peraturan

³⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mahmudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003), h. 13

hukum yang berhubungan dengan pokok bahasan. Ruang lingkup penelitian hukum normatif menurut Soerjono Soekanto meliputi:²

- a. Penelitian terhadap asas-asas hukum.
- b. Penelitian terhadap sistematika hukum.
- c. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi hukum secara vertikal dan horisontal.
- d. Perbandingan hukum.
- e. Sejarah hukum.⁴⁰

Dalam penelitian ini, ruang lingkup penelitian ini akan dilakukan penelitian dengan cara menarik asas hukum, dimana dilakukan terhadap hukum positif tertulis maupun tidak tertulis.⁴¹ Penelitian ini dapat digunakan untuk menarik asas-asas hukum dalam menafsirkan peraturan peundang-undangan. Selain itu, penelitian ini juga, dapat digunakan untuk mencari asas hukum yang dirumuskan baik secara tersirat maupun tersurat.⁴²

2. Metode Pendekatan

Menurut Peter Mahmud Marzuki, ada beberapa pendekatan dalam penelitian hukum. Pendekatan-pendekatan itu antara lain pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).⁴³

⁴⁰ *Ibid*, h. 14.

⁴¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1996), h. 63

⁴² Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003), h. 27-28

⁴³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2006, h. 93

Dalam penulisan ini, penulis cenderung menggunakan pendekatan undang-undang (statute approach) dan pendekatan kasus (case approach). Dimana pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang di tangani, sedangkan pendekatan kasus dilakukan dengan menelaah putusan hakim pengadilan atas suatu kasus yang terkait.

3. Objek Penelitian

Adapun objek penelitian dalam penulisan tesis ini adalah Mahkamah Agung Nomor 1436 B/PDT.SUS-ARBT/2021.

4. Alat Pengumpulan Data

Alat pengumpulan data yang diambil oleh penulis dalam penulisan hukum ini adalah studi kepustakaan atau studi dokumen. Teknik ini merupakan teknik pengumpulan data dengan mempelajari, membaca, dan mencatat buku-buku, literatur, catatan-catatan, peraturan perundang-undangan, serta artikel-artikel penting dari media internet dan erat kaitannya dengan pokok-pokok masalah yang digunakan untuk menyusun penulisan hukum ini yang kemudian dikategorisasikan menurut pengelompokan yang tepat.

5. Prosedur Pengambilan dan Pengumpulan Data

a. Jenis Data

Jenis penelitian yang peneliti gunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Bahan-bahan tersebut disusun secara sistematis, dikaji, kemudian ditarik suatu kesimpulan dalam hubungannya dengan masalah yang diteliti.

Penelitian hukum normatif ini menurut Soerjono Soekanto merupakan penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka. Penelitian ini dapat pula dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan.⁴⁴

b. Sumber Data

Sumber data merupakan tempat data diperoleh. Sumber data dalam penelitian ini adalah sumber data sekunder yaitu tempat kedua diperoleh data. Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini berupa

a. bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan yang mengikat, terdiri dari:

- 1) UUD 1945;
- 2) KUH Perdata

⁴⁴ Soerjono Soekanto, *Op.Cit.*, h. 13-14.

3) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999
Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

4) Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015 tentang Perubahan
Keempat Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010
tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

3) Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia 1436
B/PDT.SUS-ARBT/2021;

b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti hasil karya ilmiah para sarjana, hasil penelitian, buku-buku, majalah, internet, e-book, dan makalah.

c. Alat Pengumpulan Data

Alat pengumpulan data merupakan landasan utama dalam menyusun tesis ini yang didasarkan atas : penelitian kepustakaan (*library research*); Dengan metode ini penulis dapat mengumpulkan bahan-bahan kepustakaan, berupa putusan dari pengadilan, buku-buku, majalah, dokumen-dokumen, serta sumber-sumber teoritis lainnya sebagai dasar penyelesaian permasalahan dalam tesis ini.

6. Analisis Data

Teknik analisis data yang dipergunakan oleh penulis dalam penelitian ini adalah teknik analisis data kualitatif, yakni suatu uraian mengenai cara-cara analisis berupa kegiatan mengumpulkan data

kemudian di edit dahulu untuk selanjutnya dimanfaatkan sebagai bahan yang sifatnya kualitatif, yaitu data yang berisikan sejumlah penjelasan dan pemahaman mengenai isi dan kualitas isi dan gejala-gejala sosial yang menjadi sasaran atau objek penelitian.⁴⁵

Teknik analisis data ini dilakukan dengan teknik analisis data yang logis dengan metode induktif. Metode induktif adalah cara berfikir yang berpangkal dari prinsip-prinsip umum, yang menghadirkan objek yang hendak diteliti, menjabarkan objek yang diteliti tersebut dan kemudian melakukan konklusi dari penelitian tersebut

⁴⁵ Ashofa, Burhan. 2001. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Rineka Cipta. h. 69.

BAB II

WANPRESTASI DALAM PERJANJIAN PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH

A. Pengadaan Barang / Jasa Di Lingkungan Pemerintah

Dalam menjamin kesejahteraan rakyatnya, pemerintah berperan dalam mengatur dan menciptakan kegiatan ekonomi yang sehat dengan membuat peraturan perundang-undangan. Langkah pemerintah dalam mengundang-udangkan peraturan yang melarang praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat harus dipandang sebagai upaya pemerintah dalam menyejahterakan rakyatnya. Karena dampak negatif dari liberalism pasar yang terjadi pada periode nachtwachtersstaat (negara sebagai penjaga malam) adalah pemusatan titik-titik ekonomi hanya pada pelaku usaha tertentu yang memiliki kekuatan baik itu dari segi modal maupun politik. Sehingga menciptakan kapitalisme pasar yang berujung pada monopoli pasar.

Selain dampak negatif tersebut, pelaku usaha yang memiliki kekuatan, pasti akan berusaha untuk menyingkirkan pelaku usaha-pelaku usaha yang dianggapnya sebagai saingan dengan cara yang tidak sehat. Usaha untuk menyingkirkan saingan inilah yang dimaksud dengan persaingan usaha yang tidak sehat yang kemudian akan berdampak pada matinya para pelaku usaha kecil karena tidak memiliki kekuatan untuk bersaing dengan pelaku usaha yang besar.

Gagasan demokrasi ekonomi tercantum eksplisit dalam konstitusi sebagai hukum tertinggi di negara kita. UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memang mengandung gagasan demokrasi politik dan sekaligus demokrasi ekonomi. Artinya, dalam pemegang kekuasaan tertinggi di negara kita adalah rakyat, baik di bidang politik maupun ekonomi. Seluruh sumber daya politik dan ekonomi dikuasai oleh rakyat yang berdaulat.⁴⁶

Dalam hal ekonomi dan pasar, rakyat berhak untuk mendapatkan kesempatan yang sama tanpa diskriminasi untuk berusaha menyejahterakan dirinya dengan berusaha atau membuka badan usaha. Rakyat juga berhak untuk mendapatkan akses yang sama terhadap sumber daya alam untuk peningkatan kebutuhan ekonominya baik itu sebagai pelaku usaha maupun sebagai konsumen. Dengan kata lain, rakyat memiliki hak untuk menyuarakan kepentingan ekonominya untuk mendapatkan perlakuan yang adil dan tanpa diskriminasi.

Demokrasi ekonomi yang menjadi landasan perekonomian di Indonesia, membuat Pemerintah harus mempersiapkan diri dalam menghadapi arus persaingan pasar global. Terjadi benturan ideology antara tujuan pemerintah dalam menyejahterakan rakyatnya dalam konsep welfare state yang merupakan turunan bangunan filsafat sosialisme dengan tuntutan global yang mengharuskan Indonesia bergabung dan membuka diri dalam pasar ASEAN Free Trade Area

⁴⁶ Jimly Asshiddiqie, "Demokrasi Ekonomi," http://www.jimly.com/makalah/namafile/60/Demokrasi_Ekonomi.pdf, diunduh 17 Mei 2023.

(AFTA) yang menganut paham pasar bebas yang sejatinya merupakan paham ekonomi liberal yang merupakan turunan bangunan filsafat kapitalisme. Prinsip-prinsip liberal dalam ekonomi “pasar bebas” telah menyebar dan telah memproduksi kesejahteraan material yang belum pernah dicapai sebelumnya.⁴⁷ Francis Fukuyama berpendapat bahwa demokrasi liberal mungkin merupakan “titik akhir dari evolusi ideologis umat manusia”, dan bentuk final pemerintahan manusia.⁴⁸ Dengan terbukanya pasar bebas, menuntut tanggung jawab pemerintah dan peran pemerintah yang aktif dalam menjamin demokrasi ekonomi untuk kesejahteraan rakyatnya.

Pada dasarnya setiap bentuk campur tangan pemerintah ini harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai perwujudan dari asas legalitas. Akan tetapi, karena adanya keterbatasan dari asas ini, maka pemerintah diberi kebebasan *Freis Ermessen*, yaitu kemerdekaan pemerintah untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri dalam menyelesaikan persoalan-persoalan sosial.⁴⁹ *Freis Ermessen* merupakan salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.⁵⁰ Dalam praktiknya, *Freis*

⁴⁷ Francis Fukuyama, *The End of History and The Last Man, Kemenangan Kapitalisme dan Demokrasi Liberal [The End of History and The Last Man]*, diterjemahkan oleh M.H. Amrullah, (Yogyakarta: Qalam, 2004), h. 4.

⁴⁸ *Ibid.*, h. 1.

⁴⁹ Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1988), h. 30.

⁵⁰ Marcus Lukman, *“Eksistensi Peraturan Kebijakan Dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya*

Ermessen ini memberikan peluang terjadinya benturan kepentingan antara pemerintah dan warga negara.

Kekhawatiran muncul berdasarkan tindakan inisiatif pemerintah (*freies ermessen*) dapat bertentangan dengan kepentingan warga masyarakat, meskipun pemerintah berdalih bahwa tindakan inisiatif ini bertujuan untuk menciptakan kesejahteraan rakyatnya. Tindakan inisiatif pemerintah yang tidak berdasarkan pada peraturan perundang-undangan bisa saja menimbulkan tindakan diskriminatif atau ketidakadilan dan merugikan warga negaranya. Misalnya tindakan pemerintah dalam mengatur kegiatan ekonomi para pelaku usaha yang bertujuan menciptakan persaingan usaha yang sehat.

Dalam perspektif ini, pemerintah bisa berada pada dua posisi yang berbeda jika dipandang dari sudut pandang ekonomi. Yang pertama, pemerintah sebagai pembuat regulasi peraturan perundang-undangan yang bertujuan untuk mengontrol perilaku pasar para pelaku usaha dan yang kedua pemerintah sebagai konsumen atau pelaku usaha jika dipandang dalam perspektif pengadaan barang/jasa.

Dengan adanya konsep *freies ermessen*, ketika pemerintah selaku sebagai pelaku pasar dikhawatirkan pemerintah menggunakannya tindakan inisiatifnya pada tindakan yang merugikan pelaku pasar lain sebagai saingannya. Pemerintah bisa saja membuat regulasi yang mengatur perilaku pasar pelaku usaha yang membatasi gerak pelaku

usaha, namun disisi lain menggunakan *freies ermessen* sebagai kewenangannya untuk bertindak secara inisiatif dengan dalih menyejahterakan rakyat sebagai tujuannya. Oleh karena itu, untuk menghindari benturan kepentingan tersebut, pemerintah memasukkan Asas-Asas Pemerintahan Umum yang Baik (AAUPB) yang dijadikan dasar penilaian apakah pemerintah telah menjalankan kewenangannya dengan baik.

B. Tindakan Pemerintah Berupa Pengadaan Barang dan Jasa

Tindakan pemerintah dalam hal pengadaan barang/jasa diatur dalam Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Tindakan tersebut diatur dalam bentuk swakelola (pengadaan dilakukan sendiri oleh pemerintah) atau dalam bentuk pemilihan penyedia barang/jasa. Pengadaan barang/jasa dalam bentuk pemilihan penyedia barang/jasa dilakukan dengan berbagai metode untuk menentukan penyedia, salah satunya dengan metode penunjukan langsung. Tindakan pemerintah dalam menentukan penyedia barang/jasa melalui penunjukan langsung diatur dalam perpres pengadaan barang/jasa pemerintah. Perpres tersebut mengatur besaran pagu maksimal anggaran untuk dapat dilakukan dengan metode penunjukan langsung, mengatur dalam keadaan-keadaan tertentu atau biasa maupun keadaan khusus atau darurat dalam proses penentuan penyedia, dan juga mengatur kriteria barang/jasa/pekerjaan yang memungkinkan dilakukan dengan penunjukan langsung. Namun Perpres pengadaan barang/jasa pemerintah tidak mengatur persyaratan

kriteria pelaku usaha yang dapat ditunjuk untuk melaksanakan pengadaan melalui penunjukan langsung. Kriteria pelaku usaha tersebut hanya diatur dalam sebuah kebijakan internal masing-masing lembaga atau institusi pemerintah. Kebijakan internal penentuan pelaku usaha tersebut tidak diatur dalam perundang-undangan maupun peraturan pemerintah. Kebijakan tersebut berdasarkan inisiatif sendiri (*freies ermessen*).

Pengadaan barang/jasa pada hakikatnya adalah upaya pihak pengguna untuk mendapatkan atau mewujudkan barang dan jasa yang diinginkannya, dengan menggunakan metoda dan proses tertentu agar dicapai kesepakatan harga, waktu dan kesepakatan lainnya.⁵¹ Dalam perspektif anggaran, pemerintah memegang kekuasaan pengelolaan keuangan negara sebagai bagian dari kekuasaan pemerintahan. Besarnya anggaran pengadaan barang/jasa merupakan kewenangan pemerintah yang diberikan oleh undang-undang karena antara tindakan pemerintah dalam hal pengadaan barang/jasa dan kekuasaan pengelolaan keuangan negara tidak bisa terpisahkan sebab semua tindakan pemerintah dalam melaksanakan fungsi-fungsi pemerintahan membutuhkan anggaran. Namun meskipun merupakan kewenangan pemerintah dalam menentukan besaran anggaran pengadaan barang/jasa, tetap harus berdasarkan kewajaran harga pasar yang

⁵¹ Adrian Sutedi, ***Pengadaan Barang dan Jasa dan Berbagai Permasalahannya***, Edisi Kedua, Cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), h. 4

kemudian di dalam penggaran pengadaan barang/jasa dikenal dengan harga perkiraan sendiri (HPS)⁵².

Salah satu metode pengadaan barang/jasa adalah dengan metode penunjukan langsung. Penyedia barang/jasa melalui metode ini didapatkan tanpa pelelangan/seleksi melainkan dengan memilih langsung satu penyedia barang/jasa yang diinginkan. penunjukan langsung dapat dilakukan untuk penyediaan barang, penyediaan pekerjaan konstruksi dan penyediaan jasa lainnya.⁵³

Perpres pengadaan barang/jasa pemerintah telah membatasi pagu anggaran untuk melakukan penunjukan langsung untuk untuk paket pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya yang bernilai paling tinggi Rp. 100.000.000,- (seratus miliar rupiah) dan untuk paket pengadaan jasa konsultasi yang bernilai paling tinggi Rp. 10.000.000,- (sepuluh miliar rupiah) yang menjadi kewenangan kelompok kerja ULP.

C. Persaingan Usaha Yang Sehat dalam Pengadaan Barang dan Jasa

Undang-undang antimonopoli dapat dan harus membantu dalam mewujudkan struktur ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 UUD 1945. Dalam penjelasan Pasal 33 Ayat 1 UUD 1945, yang menyatakan bahwa “Ekonomi diatur oleh kerja sama berdasarkan prinsip

⁵² HPS atau Harga Perkiraan Sendiri adalah hasil perkiraan harga dari data-data harga barang/jasa yang dikalkulasikan secara keahlian, yang ditetapkan oleh Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) yang digunakan untuk menentukan kewajaran harga penawaran oleh pokja ULP atau pejabat pengadaan.

⁵³ Presiden, Peraturan Presiden tentang Perubahan Kedua Atas Perpres No. 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Perpres No. 70 Tahun 2012., Ps.35

gotong royong”, termuat pikiran demokrasi ekonomi yang dimasukkan ke dalam Pasal 2 UU No. 5/1999.⁵⁴ Pasal 33 Ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945 menyebutkan bahwa: “Perekonomian nasional diselenggarakan berdasarkan atas demokrasi ekonomi dengan prinsip keadilan, kebersamaan, efisiensi, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”.

Demokrasi ekonomi ciri khasnya diwujudkan oleh semua anggota masyarakat untuk kepentingan seluruh masyarakat, dan harus mengabdikan kepada kesejahteraan seluruh rakyat.⁵⁵ Demokrasi ekonomi dimaknai sebagai kegiatan ekonomi yang memberikan peluang kepada siapa saja, baik pelaku usaha perorangan atau pelaku usaha dalam bentuk badan usaha untuk ikut aktif dalam kegiatan ekonomi pasar serta mengembangkan usahanya tanpa adanya hambatan atau tindakan diskriminasi dari pelaku usaha lain maupun dari pemerintah. Demokrasi ekonomi tidak mengkehendaki adanya pemusatan titik-titik ekonomi pada satu pelaku usaha atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi atau pemasaran atas barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan merugikan kepentingan umum yang dikenal dengan praktik monopoli.

⁵⁴ Knud Hansen, et al., ***Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition]***, (Jakarta: Katalis, 2002), h. 119

⁵⁵ *Ibid.*

Persaingan antara para pelaku usaha adalah bagian yang tidak terpisahkan dari kegiatan usaha. Dalam demokrasi ekonomi, iklim persaingan usaha yang sehat mutlak perlu diciptakan dan tetap terpelihara, sedangkan suasana persaingan yang tidak sehat harus dihindarkan.⁵⁶ UU No. 5 Tahun 1999 memberikan tiga indikator untuk menyatakan terjadinya persaingan usaha tidak sehat, yaitu:⁵⁷

- 1) Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur.
- 2) Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara melawan hukum.
- 3) Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara menghambat terjadinya persaingan di antara pelaku usaha.

Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur dapat dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lain. Misalnya dalam persaingan tender, para pelaku usaha telah melakukan konspirasi usaha dengan panitia lelang untuk dapat memenangkan sebuah tender. Sehingga pelaku usaha lainnya tidak mendapatkan kesempatan untuk memenangkan tender tersebut.⁵⁸ Istilah “persaingan usaha dengan cara tidak jujur” berkaitan dengan istilah “perbuatan penipuan”. Penggunaan ketentuan tersebut dalam praktek sangat terbatas, karena mensyaratkan pembuktian fakta secara subyektif. Karena itu, maka istilah “persaingan

⁵⁶ Hermansyah, *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Ed. 1 Cet.2, (Jakarta: Kencana, 2008)., h. 67

⁵⁷ Mustafa Kamal Rokan, *Op.Cit.*, h. 17

⁵⁸ *Ibid.*

usaha dengan cara tidak jujur” pasti tidak akan banyak berperan di masa yang akan datang.⁵⁹

Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara melawan hukum dapat dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lain dengan melanggar ketentuan-ketentuan peraturan-peraturan yang berlaku.⁶⁰ Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara menghambat terjadinya persaingan usaha di antara pelaku usaha dapat dilihat dari kondisi pasar yang tidak sehat.⁶¹ Suatu hambatan persaingan dalam arti seperti ini adalah segala diskriminasi yang dilakukan oleh penjual (atau pembeli) yang tidak beralasan. Suatu hambatan mengganggu kebebasan bersaing dari pesaing, dan dilarang apabila tidak dapat diselaraskan dengan sistem persaingan usaha yang bebas.⁶²

Sistem persaingan berlandaskan kepada pemikiran kebebasan individual, dimana kebebasan ini hanya dapat dipahami secara negatif bahwa sama sekali tidak ada paksaan dari pihak negara, dan tidak dapat ditentukan secara positif, karena hal ini akan membatasi ruang kebebasan yang disediakan bagi setiap orang.⁶³

Dalam kewenangan pemerintah untuk menciptakan demokrasi ekonomi, dibentuklah UU No. 5 Tahun 1999 yang bertujuan untuk:

⁵⁹ Knud Hansen, *Op.Cit.*, h. 65

⁶⁰ Mustafa Kamal Rokan, *Op.Cit.*, h. 17

⁶¹ *Ibid.* h. 18

⁶² Knud Hansen, *Op.Cit.*, h. 67

⁶³ *Ibid.*, h. 62

- 1) Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- 2) Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
- 3) Mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
- 4) Terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Tujuan persaingan usaha adalah alokasi optimal semua faktor produksi dan pemenuhan kebutuhan semua pihak dengan cara yang sebaik mungkin. Keadaan tersebut mengakibatkan optimum pareto, dimana pembagian barang dan/atau jasa berdasarkan upaya yang diberikan dan cadangan yang tersedia tidak menguntungkan satu orang pun. Demokrasi dalam bidang ekonomi menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan pemasaran barang dan/atau jasa, dalam iklim usaha yang sehat, efektif dan efisien.⁶⁴

Salah satu bentuk tindakan yang dapat mengakibatkan persaingan tidak sehat adalah persekongkolan dalam tender, yang merupakan salah satu bentuk kegiatan yang dilarang oleh UU No. 5/1999. Prinsip-prinsip

⁶⁴ *Ibid.*, h. 63

umum yang perlu diperhatikan dalam tender adalah transparansi, penghargaan atas uang, kompetensi yang efektif dan terbuka, negosiasi yang adil, akuntabilitas dan proses penilaian, dan nondiskriminatif.⁶⁵

Praktik-praktik usaha anti persaingan seperti praktik persekongkolan cenderung bertolak belakang dengan prinsip-prinsip *Good Corporate Governance*. Oleh karena itu, komitmen dan tekad pelaku usaha dalam upaya menciptakan iklim persaingan yang sehat itu dapat diwujudkan melalui penerapan prinsip *Good Corporate Governance* (GCG) atau prinsip pengelolaan perusahaan yang baik dengan menerapkan prinsip kewajaran (*fairness*), keterbukaan (*transparency*), akuntabilitas (*accountability*), dan tanggung jawab (*responsibility*).⁶⁶

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa prinsip-prinsip yang dapat menciptakan persaingan usaha yang sehat antara lain:

1) Adanya Persaingan

Persaingan terjadi ketika dua atau lebih dari pelaku usaha yang saling memperlihatkan kelebihan masing-masing.

2) Terbuka atau transparan

Keterbukaan akses informasi yang dibutuhkan oleh pelaku usaha dalam mengembangkan usahanya.

⁶⁵ Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan No. 2 Tahun 2010

⁶⁶ Hermansyah, *Op.Cit.*, h. 60

3) Non-diskriminatif

Tidak mendapatkan perlakuan yang berbeda dan mendapatkan perlakuan yang sama dengan pelaku usaha yang lain. Prinsip ini sejalan dengan makna demokrasi ekonomi yang menjadi dasar teori dari persaingan usaha sehat.

4) Efisiensi dan efektif

Suatu sistem yang menjamin iklim usaha yang efisien menyingkirkan semua hambatan akses ke pasar yang artifisial. Hambatan masuk ke pasar ini menghalangi potensi persaingan usaha dan menciptakan struktur pasar yang kaku.⁶⁷ Efisiensi juga bermaksud seberapa baik suatu pasar dapat memberikan kontribusi pada optimalisasi kesejahteraan ekonomi (*economic welfare*).⁶⁸

D. Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

Pengadaan barang/jasa menerapkan prinsip-prinsip sebagai berikut:⁶⁹

1) Efisien;

Efisien berarti pengadaan barang/jasa harus diusahakan dengan menggunakan dana dan daya yang minimum untuk mencapai kualitas dan sasaran dalam waktu yang ditetapkan atau

⁶⁷ Knud Hansen, *Op.Cit.*, h. 67-68

⁶⁸ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha; Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Cet.2, (Malang: Bayumedia, 2007), h. 95

⁶⁹ Presiden, Peraturan Presiden tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Perpres No. 54 Tahun 2010, bagian penjelasan umum.

menggunakan dana yang telah ditetapkan untuk mencapai hasil dan sasaran dengan kualitas yang maksimum.

2) Efektif;

Efektif berarti pengadaan barang/jasa harus sesuai dengan kebutuhan dan sasaran yang telah ditetapkan serta memberikan manfaat yang sebesar-besarnya.

3) Transparan;

Transparan berarti semua ketentuan dan informasi mengenai pengadaan barang/jasa bersifat jelas dan dapat diketahui secara luas oleh penyedia barang/jasa yang berminat serta oleh masyarakat pada umumnya.

4) Terbuka;

Terbuka berarti pengadaan barang/jasa dapat diikuti oleh semua penyedia barang/jasa yang memenuhi persyaratan/kriteria tertentu berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas.

5) Bersaing;

Bersaing berarti pengadaan barang/jasa harus dilakukan melalui persaingan yang sehat diantara sebanyak mungkin penyedia barang/jasa yang setara dan memenuhi persyaratan, sehingga dapat diperoleh barang/jasa yang ditawarkan secara kompetitif dan tidak ada intervensi yang mengganggu terciptanya mekanisme pasar dalam pengadaan barang/jasa.

6) Adil/tidak diskriminatif; dan

Adil/tidak diskriminatif berarti memberikan perlakuan yang sama bagi semua calon penyedia barang/jasa dan tidak mengarah untuk memberi keuntungan kepada pihak tertentu, dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional.

7) Akuntabel.

Akuntabel berarti harus sesuai dengan aturan dan ketentuan yang terkait dengan pengadaan barang/jasa sehingga dapat dipertanggungjawabkan.

Dengan menerapkan prinsip-prinsip efisien, efektif, transparan, keterbukaan, bersaing, adil/tidak diskriminatif dan akuntabel akan meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap proses pengadaan barang/jasa, karena hasilnya dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat dari segi administrasi, teknis dan keuangan.⁷⁰

E. Wanprestasi Dalam Perjanjian Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

Sebab-sebab Wanprestasi Dalam Pengadaan Barang Pemerintah Sesuai ketentuan Pasal 1234 KUH Perdata dinyatakan bahwa “tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, dan untuk tidak berbuat sesuatu”. Kontrak pengadaan barang pemerintah merupakan perjanjian. Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa itu,

⁷⁰ *Ibid.*

timbulah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Perikatan merupakan suatu perhubungan hukum antara dua orang atau lebih, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hak dari pihak yang lain, dan pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Dengan demikian, hubungan antara perikatan dan perjanjian adalah bahwa perjanjian itu menerbitkan perikatan. Perjanjian adalah sumber perikatan, sebagai dinyatakan oleh Pasal 1233 KUH Perdata bahwa “tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang”.

Perikatan juga dinamakan persetujuan. Perikatan adalah persetujuan, karena dua kata tersebut mempunyai arti yang sama. Perkataan kontrak menurut R. Subekti, “lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis”.⁷¹ Kontrak yang dibuat secara sah, mempunyai kekuatan hukum yang sah, mempunyai nilai dan mempunyai kekuatan yang mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Ini merupakan prinsip konsensualisme yang terdapat dalam kontrak, dan merupakan landasan hukum yang terdapat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata bahwa setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Prinsip yang terdapat dalam pasal tersebut berlaku secara universal, dan juga berlaku bagi kontrak pengadaan barang pemerintah.

⁷¹ R. Subekti, *Hukum Perjanjian, Op. Cit.*, h. 1.

Sebagaimana yang dijabarkan dalam Pasal 1234 KUH Perdata bahwa suatu perikatan atau perjanjian atau kontrak harus dilaksanakan dan ditepati pelaksanaannya. Artinya bahwa kontrak pengadaan barang pemerintah harus dilaksanakan atau dipenuhi isi kontrak. Inilah tujuan daripada kontrak pengadaan barang pemerintah sesuai dengan kehendak yang telah disetujui oleh para pihak. Pelaksanaan isi daripada kontrak pengadaan barang pemerintah bisa dilakukan sendiri oleh para pihak, dilakukan dengan bantuan orang lain, dan bisa juga pemenuhan prestasi kontrak pengadaan barang dilakukan oleh pihak ketiga untuk kepentingan dan atas nama debitur (penyedia barang pemerintah). Artinya pihak penyedia barang pemerintah melaksanakan kewajibannya memenuhi isi kontrak, yang ukurannya didasarkan pada prinsip kepatutan atau etiket baik. Artinya, penyedia barang pemerintah telah melaksanakan kewajibannya menurut yang sepatutnya, serasi dan selayaknya menurut semestinya sesuai dengan ketentuan yang telah disetujui bersama.

Pelaksanaan kontrak pengadaan barang pemerintah dilaksanakan dengan selayaknya atau sepatutnya, harus dilihat pada saat pelaksanaan kontrak. Sejak saat pelaksanaan kontrak pengadaan barang pemerintah, tanggung jawab dapat ditagih pada penyedia barang pemerintah, terutama tentang segala kekurangan yang merugikan atau kurang tepatnya waktu pelaksanaan kontrak pengadaan barang pemerintah, sehingga penyedia barang pemerintah dapat dianggap telah berbuat tidak sepatutnya, seperti dirumuskan dalam Pasal 1339 KUH Perdata yang

menyatakan bahwa perjanjian tidak hanya mengikat sesuai dengan apa yang disebut secara tegas, tapi juga segala apa yang diharuskan, menurut sifat, kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Demikian juga ditegaskan dalam Pasal 1235 KUH Perdata bahwa perjanjian untuk memberikan sesuatu meliputi kewajiban menyerahkan, menjaga keselamatan barang sampai pada saat penyerahan. Sebab apabila pihak penyedia barang pemerintah tidak melakukan pelaksanaan prestasi sebagaimana ditentukan dalam kontrak pengadaan barang pemerintah, atau telah lalai, sehingga terlambat dari jadwal yang ditentukan atau dalam melaksanakan prestasi tidak menurut sepatutnya atau selayaknya, maka penyedia barang pemerintah, dapat dikatakan melakukan wanprestasi.

Wanprestasi berarti tidak melaksanakan ketentuan sebagaimana dalam Pasal 1234 KUH Perdata bahwa tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu. M. Yahya Harahap memberikan pengertian wanprestasi adalah “pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya”.⁷² Berdasarkan pengertian tersebut, maka penyedia barang pemerintah disebut dan berada dalam keadaan wanprestasi, apabila yang bersangkutan dalam melakukan pelaksanaan kontrak pengadaan barang pemerintah telah lalai, sehingga terlambat dari jadwal waktu yang ditentukan atau dalam melaksanakan prestasi yang

⁷² M. YahyaHarahap, *Op. Cit.*, h. 60.

ditentukan dalam kontrak pengadaan barang pemerintah tidak menurut sepatutnya atau selayaknya. Artinya bahwa penyedia barang pemerintah, dikatakan wanprestasi, dalam hal tidak memenuhi prestasi sama sekali, terlambat dalam memenuhi prestasi, dan prestasi yang terdapat dalam kontrak pengadaan barang pemerintah tidak dilaksanakan sebagaimana mestinya.

Penyedia barang pemerintah dinyatakan wanprestasi, apabila dinyatakan lalai berdasarkan teguran bahwa yang bersangkutan dalam keadaan lalai, seperti diatur dalam Pasal 1238 KUH Perdata bahwa si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu dinyatakan lalai atau demi perikatannya sendiri, ialah jika ini menetapkan bahwa si berutang akan harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan. Dengan merujuk pada pasal tersebut, mengenai bentuk pernyataan lalai dapat berbentuk surat perintah atau akta lain yang sejenis, berdasarkan kekuatan kontrak pengadaan barang pemerintah itu sendiri. Teguran harus dilakukan barulah menyusul peringatan atau "aanmaning", atau bisa juga disebut sommasi. Sommasi berarti peringatan agar debitur melaksanakan kewajibannya sesuai dengan tegoran/pernyataan kelalaian yang telah disampaikan kreditur kepadanya.

Dalam Pasal 118 Peraturan Pemerintah Nomor 54 tahun 2010 menentukan bahwa perbuatan atau tindakan penyedia barang yang dapat dikenakan sanksi adalah: tidak dapat menyelesaikan pekerjaan sesuai

dengan kontrak secara bertanggung jawab. Di sisi lain, apabila APIP setelah melakukan pemeriksaan terhadap pemenuhan penggunaan produksi dalam negeri dalam pengadaan barang untuk keperluan instansinya masing-masing menyatakan adanya ketidaksesuaian dalam penggunaan barang produksi dalam negeri, maka penyedia barang dikenakan sanksi sesuai dengan Peraturan Presiden ini. Sebelum pengenaan sanksi, APIP segera melakukan langkah serta tindakan yang bersifat kuratif/perbaikan, dalam hal terjadi ketidaksesuaian dalam penggunaan produksi dalam negeri, termasuk audit teknis (technical audit) berdasarkan dokumen pengadaan dan kontrak pengadaan barang yang bersangkutan. Dalam hal hasil pemeriksaan menyatakan adanya ketidaksesuaian dalam penggunaan Barang produksi dalam negeri, penyedia barang dikenakan sanksi sesuai dengan Peraturan Presiden ini. PPK yang menyimpang dari ketentuan ini dikenakan sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 99 Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2010.

Contoh dalam praktek mengenai wanprestasi seperti yang terdapat pada Surat Perjanjian Nomor 027/3824/114.3/2015, tanggal 12 Mei 2015, Jenis Pekerjaan : Pengadaan Pupuk NPK Untuk Percontohan Intensifikasi Tembakau Jawa Wilayah Timur Kegiatan Standardisasi Kualitas Bahan Baku, Kewajiban penyedia barang adalah menyelesaikan pekerjaan sebagaimana yang telah disepakati dengan waktu yang telah ditentukan. Kewajiban penyedia barang menyelesaikan distribusi dan/atau melakukan

penggantian apabila jumlah hasil uji laboratorium tidak sesuai dengan spesifikasi yang diminta. Apabila penyedia barang tidak mampu menyelesaikan pekerjaan dengan penambahan waktu yang telah diberikan oleh pihak PPK, maka penyedia barang menerima pemutusan kontrak dan sanksi denda serta masuk daftar hitam. Keterlambatan merupakan sebab-sebab atau alasan adanya wanprestasi, juga seperti dinyatakan dalam angka 5 huruf a angka 6), 7), dan 8) dinyatakan bahwa apabila pelaksanaan pekerjaan dimaksud (pengiriman/penyerahan pupuk NPK ke titik bagi/kelompok tani, pemeriksaan barang/pekerjaan, pengambilan sample pupuk dan pengujian ke laboratorium yang ditunjuk oleh PPK sesuai Peraturan Menteri Pertanian Nomor 43/Permentan/SR.140/8/2011, melebihi enam puluh hari kalender, maka penyedia akan dikenakan sanksi denda keterlambatan sebesar 1/1000 (satu per mil) dari nilai kontrak dikaitkan dengan jumlah hari kalender keterlambatan. Denda tersebut dibayarkan oleh penyedia apabila terjadi keterlambatan atau wanprestasi. Penyedia berkewajiban menyelesaikan pekerjaan selambat-lambatnya pada tanggal penyelesaian yang ditetapkan dalam kontrak, gagal mengirimkan barang sesuai jadwal, gagal memperbaiki cacat mutu, dan penyedia lalai/cidera janji dalam melaksanakan kewajibannya dan tidak memperbaiki kelalaiannya dalam jangka waktu yang ditetapkan.

Prinsip tanggung gugat sebenarnya berkaitan dengan prinsip tanggung jawab, yang dalam bahasa Belanda adalah "*verantwoordelijk*",

yang berarti “kewajiban me-mikul pertanggungjawaban dan memikul kerugian yang diderita (bila dituntut) baik dalam hukum maupun dalam administrasi”.⁷³ Tanggung gugat tersebut selalu dikaitkan dengan ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata bahwa setiap perbuatan melawan hukum, yang oleh karena itu menimbulkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menyebabkan kerugian tersebut mengganti kerugian. Pasal tersebut terkenal dengan sebutan pasal perbuatan melawan hukum atau pasal mengenai tanggung jawab berdasarkan kesalahan.

Unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam suatu gugatan berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata adalah pertama, adanya perbuatan melawan hukum dari pihak tergugat; kedua, perbuatan tersebut dapat dipersalahkan kepadanya; ketiga, adanya kerugian yang diderita penggugat sebagai akibat dari kesalahan tersebut. Pengertian kesalahan di sini adalah baik karena kesengajaan maupun karena kelalaian. Ukuran yang digunakan terhadap perbuatan pelaku adalah perbuatan manusia normal yang dapat membedakan kapan dia harus melakukan sesuatu dan kapan dia tidak boleh melakukan sesuatu. Pengertian perbuatan melawan hukum mengalami perkembangan dengan adanya putusan HogeRaad, 31 Januari 1919, dalam perkara Lindenbaum-Cohen.

Pengertian perbuatan melawan hukum, termasuk setiap perbuatan (ataupun tidak berbuat) yang ataukah melanggar hak subyektif orang lain

⁷³ N..E. Algra, et, al., *Op. Cit.*, h. 608

atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku; ataupun bertentangan dengan tata susila ataupun bertentangan dengan kepatutan, ketelitian dan sikap hati-hati, yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat dan terhadap harta benda orang lain. Pengertian ini lebih luas dibanding yang terdapat dalam Pasal 1365 KUH Perdata, bahwa perbuatan melanggar hukum hanya melanggar undang-undang saja. Tanggung jawab terhadap pelaku perbuatan melawan atau melanggar hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1366 KUH Perdata bahwa “setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan kelalaian atau kurang hati-hatinya”.

Kelalaian dalam pelaksanaan perjanjian atau kontrak biasa dinamakan wanprestasi. Wanprestasi terjadi dalam pengadaan barang pemerintah, apabila para pihak tidak melakukan apa yang diperjanjikan. Dalam pengadaan barang pemerintah, kebanyakan yang lalai, alpa, atau ingkar janji adalah penyedia barang pemerintah. Wanprestasi tersebut dapat berupa tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya; melaksanakan apa yang diperjanjikan, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan; melakukan apa yang diperjanjikan tetapi terlambat; dan melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.

Penyedia barang pemerintah yang wanprestasi dalam pelaksanaan kontrak pengadaan barang pemerintah akan menimbulkan akibat hukum. Penyedia barang pemerintah dinyatakan lalai atau wanprestasi secara

umum diatur dalam Pasal 1238 KUH Perdata yang berbunyi “si berutang adalah lalai, bila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatannya sendiri, jika ini menetapkan bahwa si berutang akan harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan”. Apabila penyedia barang pemerintah, sudah diperingatkan atau sudah dengan tegas ditagih janjinya, maka jika ia tetap tidak melakukan prestasinya, dan penyedia barang pemerintah tetap berada dalam keadaan lalai atau alpa, terhadap penyedia barang pemerintah dapat dikenakan sanksi berupa ganti rugi, pembatalan perjanjian, bunga, dan peralihan resiko. Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya perikatan, sesuai ketentuan Pasal 1243 KUH Perdata, barulah diwajibkan, apabila penyedia barang pemerintah, setelah dinyatakan lalai memenuhi kontrak pengadaan barang pemerintah, tetap melalaikannya atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampauinya.

Pasal 118 ayat (1) Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 dinyatakan bahwa perbuatan atau tindakan penyedia barang yang dapat dikenakan sanksi adalah tidak dapat menyelesaikan pekerjaan sesuai dengan kontrak secara bertanggung jawab; dan/atau berdasarkan hasil pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 99 ayat (3), ditemukan adanya ketidak sesuaian dalam penggunaan barang produksi dalam negeri. Pasal 99 ayat (3) menyatakan bahwa dalam hal hasil pemeriksaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), menyatakan adanya

ketidaksiesuaian dalam penggunaan barang produksi dalam negeri, penyedia barang dikenakan sanksi sesuai dengan Peraturan Presiden ini. Pasal 99 ayat (1) menyatakan bahwa “APIP melakukan pemeriksaan terhadap pemenuhan penggunaan produksi dalam negeri dalam Pengadaan Barang/Jasa untuk keperluan instansinya masing-masing. Perbuatan penyedia barang pemerintah tersebut merupakan perbuatan wanprestasi.

Perbuatan penyedia barang pemerintah sebagaimana terurai tersebut di atas, dapat dikenakan sanksi berupa:

- a. sanksi administratif;
- b. sanksi pencantuman dalam Daftar Hitam;
- c. gugatan secara perdata; dan/atau
- d. pelaporan secara pidana kepada pihak berwenang.

Pemberian sanksi dilakukan oleh PPK/ULP/Pejabat Pengadaan sesuai dengan ketentuan dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Apabila ditemukan penipuan/pemalsuan atas informasi yang disampaikan Penyedia Barang/Jasa, dikenakan sanksi pembatalan sebagai calon pemenang dan dimasukkan dalam Daftar Hitam. Pasal 124 (1) K/L/D/I dapat membuat Daftar Hitam sebagaimana dimaksud dalam Pasal 118 ayat (2) huruf b, yang memuat identitas Penyedia Barang/Jasa yang dikenakan sanksi oleh K/L/D/I.

- (2) Daftar Hitam sebagaimana dimaksud pada ayat (1), memuatdaftar Penyedia Barang/Jasa yang dilarang mengikuti Pengadaan Barang/Jasa pada K/L/D/I yang bersangkutan.
- (3) K/L/D/I menyerahkan Daftar Hitam kepada LKPP untuk dimasukkan dalam Daftar Hitam Nasional.
- (4) Daftar Hitam Nasional sebagaimana dimaksud pada ayat (3), dimutakhirkan setiap saat dan dimuat dalam Portal Pengadaan Nasional. Apabila terjadi pelanggaran dan/atau kecurangan dalam proses pengadaan barang/jasa, maka ULP dikenakan sanksi administrasi;
 - a. dituntut ganti rugi; dan/atau
 - b. dilaporkan secara pidana.

Penyedia barang pemerintah dibebaskan dari tanggung jawab dan/atau ganti rugi, apabila dalam keadaan *overmacht* atau *kahar*. *Overmacht* atau *kahar* merupakan keadaan yang memaksa. *Overmacht* merupakan landasan hukum yang memaafkan penyedia barang pemerintah. Peristiwa *overmacht* mencegah penyedia barang pemerintah menanggung akibat dan resiko kontrak pengadaan barang pemerintah. Itulah sebabnya *ovarmacht* merupakan penyimpangan dari asas umum kontrak pengadaan barang pemerintah. Penyedia barang pemerintah dibebaskan atau dihukum mengganti biaya, rugi, dan bunga, apabila dapat membuktikan bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya kontrak pengadaan barang pemerintah disebabkan

suatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu pun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya, seperti yang ditentukan dalam Pasal 1244 KUH Perdata.

Overmacht atau keadaan kahar diatur dalam Pasal 91 Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010. Keadaan Kahar adalah suatu keadaan yang terjadi diluar kehendak para pihak dan tidak dapat diperkirakan sebelumnya, sehingga kewajiban yang ditentukan dalam kontrak menjadi tidak dapat dipenuhi. Yang dapat digolongkan sebagai keadaan kahar dalam kontrak pengadaan barang meliputi:

- a. bencana alam;
- b. bencana non alam;
- c. bencana sosial;
- d. pemogokan;
- e. kebakaran; dan/atau
- f. gangguan industri lainnya sebagaimana dinyatakan melalui keputusan bersama Menteri Keuangan dan menteri teknis terkait.

Dalam hal terjadi keadaan kahar, penyedia barang memberitahukan tentang terjadinya keadaan kahar kepada PPK secara tertulis dalam waktu paling lambat 14 (empat belas) hari kalender sejak terjadinya keadaan kahar, dengan menyertakan salinan pernyataan keadaan kahar yang dikeluarkan oleh pihak/instansi yang berwenang sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan. Tidak termasuk keadaan kahar adalah hal-hal merugikan yang disebabkan oleh perbuatan atau kelalaian para

pihak. Keterlambatan pelaksanaan pekerjaan yang diakibatkan oleh terjadinya keadaan kahar tidak dikenakan sanksi. Setelah terjadinya keadaan kahar, para pihak dapat melakukan kesepakatan, yang dituangkan dalam perubahan kontrak pengadaan barang pemerintah