

November 20, 2014

ASPEK HUKUM PENGADAAN
BARANG/JASA PEMERINTAH

ASPEK HUKUM PERDATA

**ASPEK HUKUM PERDATA DALAM PELAKSANAAN
PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH PADA
RANCANGAN UNDANG-UNDANG TENTANG PENGADAAN
BARANG/JASA**

Makalah disajikan oleh:

Prof. Dr. H. Eman Suparman, S.H., M.H.

*Ketua Bidang Pengawasan Perilaku Hakim & Investigasi
Komisi Yudisial RI &*

Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung

***“Seminar Pembahasan Teknis Mengenai Masukan untuk
Naskah Akademis RUU Pengadaan dikaitkan dengan
Hukum Perdata dan Tipikor”***

**Diselenggarakan oleh Lembaga Kebijakan Pengadaan
Barang/Jasa Pemerintah (LKPP) Republik Indonesia**

Jakarta, Kamis, 20 November 2014.

Aspek Hukum Perdata dalam Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah pada Rancangan Undang- undang Tentang Pengadaan Barang/Jasa¹

Prof. Dr. H. Eman Suparman, S.H., M.H.²

BAB I

PENDAHULUAN

1. LATAR BELAKANG

Sebagai negara berkembang, pembangunan sarana maupun prasarana untuk menunjang kehidupan perekonomian dan pelayanan masyarakat di Indonesia merupakan kebutuhan penting yang tidak dapat dihindarkan pemenuhannya. Hal itu teramat penting terlebih jika negara hendak mewujudkan amanat Pembukaan UUD 1945, yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah

¹Makalah pada Seminar Pembahasan Teknis Mengenai Masukan untuk Naskah Akademis RUU Pengadaan dikaitkan dengan Hukum Perdata dan Tipikor; Diselenggarakan oleh Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP) RI; Jakarta, Kamis, 20 November 2014.

²Penulis adalah, Ketua Bidang Pengawasan Perilaku Hakim & Investigasi Komisi Yudisial RI dan Guru Besar Hukum Acara Perdata Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung.

darah Indonesia dan untuk **memajukan kesejahteraan umum**, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Pembangunan merupakan langkah strategis untuk mewujudkan tujuan nasional tersebut, baik itu pembangunan manusianya, maupun pembangunan fisiknya. Dalam implementasinya, terhadap pembangunan fisik berupa pengadaan sarana dan prasarana, tentu harus diimbangi dengan peran pengadaan barang/jasa yang baik, tetapi kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah bukan bertujuan untuk menghasilkan barang/jasa yang *profit oriented*, melainkan lebih bersifat memberikan pelayanan kepada masyarakat (*public service*). Untuk itu, pemerintah membutuhkan barang/jasa dalam upayanya setiap saat guna meningkatkan pelayanan publik.

Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah *juncto* Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah *juncto* Peraturan Presiden Republik

Indonesia Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (*Selanjutnya disebut Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*) dengan sangat terinci dan penuh kehati-hatian telah merumuskan seluruh ketentuan yang berkaitan dengan proses kegiatan pengadaan barang/jasa Pemerintah, tetapi dalam pelaksanaannya masih banyak ditemui persoalan karena perpres ini bersifat sangat teknis serta peraturannya terpisah-pisah, tersebar dalam petunjuk teknis dan petunjuk pelaksanaannya (*fragmentatif*).

Kegiatan pengadaan barang/jasa akhirnya memunculkan implikasi negatif pada persoalan yuridis yang sangat rumit. Masalah yuridis itu muncul tidak jarang dipicu oleh sikap berlebihan dari atasan langsung di jajaran pelaksana kegiatan pengadaan barang/jasa maupun di tingkat Pengguna barang/jasa dan adanya persekongkolan antara Pejabat Pengadaan dengan Penyedia barang/jasa untuk bermain curang. Ancaman hukuman nyaris mengintai kerja para Pejabat Pengadaan, Pengguna barang/jasa, dan Penyedia barang/jasa di setiap lini kegiatan pengadaan sejak proses

perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.

Berdasarkan data-data yang dirilis dari situs Fisipol UGM:

- Setiap tahun, 35% APBN untuk belanja barang dan modal.
- Kebocoran belanja pemerintah: sekitar 30% (BPK), Rp. 270 T dibelanjakan pada bulan Desember (UKP4).
- Berdasarkan hasil survey, 92,7% rekanan pernah menyuap kepada panitia pengadaan untuk memenangkan tender (ICW, 2010).
- Tahun 2011 ditemukan sebanyak 7.967 kasus dengan kerugian mencapai Rp. 6,99 T dari pengadaan. Penyebab: pemborosan, inefisiensi, inefektifitas.
- Sebagian besar kasus korupsi (79%) terkait dengan pengadaan (KPK, 2011).
- Kemanfaatan dana APBN bagi peningkatan kemakmuran masyarakat (PDB) hanya sebesar 8,9% (Radhi, 2011; Kumorotomo, 2013).
- Masalah Pengadaan bukan hanya persoalan prosedur administratif, harus dikelola secara professional dan

akuntabel. Audit Pengadaan cenderung bersifat formal, bukan audit material.

2. RUMUSAN MASALAH

Makalah ini hendak memaparkan pengadaan barang/jasa Pemerintah dalam perspektif hukum perdata terkait dengan pembahasan Draft RUU Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah:

- 1) Urgensi perubahan peraturan tentang pengadaan barang/jasa pemerintah dari Perpres menjadi Undang-undang.
- 2) Aspek-aspek hukum perdata dalam Draft RUU Pengadaan Barang/Jasa sebagai perbuatan hukum perdata.

BAB II

PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH

1. PERAN PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH DALAM PEMBANGUNAN NASIONAL

Dalam bingkai kehidupan bernegara, segala kegiatan yang dilakukan institusi negara, termasuk pengadaan barang dan/atau jasa harus dapat dipertanggungjawabkan. Berdasarkan amanat UUD 1945, negara berkewajiban melayani setiap warganegara dalam memenuhi hak dan kebutuhannya untuk memperoleh pelayanan publik yang layak dan memadai, sehingga pemerintah harus berperan aktif menyediakan dan memberikan fasilitas berupa kebutuhan umum yang bermanfaat bagi masyarakat luas, yang dapat diakses oleh semua anggota masyarakat secara transparan dan akuntabel.

Dalam hal pengadaan barang dan/atau jasa, maka upaya untuk memenuhi hak dan kebutuhan terhadap pelayanan umum yang layak dan memadai tersebut memerlukan landasan hukum yang kuat dalam prosesnya. Kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah harus menjamin

terciptanya kepastian hukum dan memberikan perlindungan bagi setiap warganegara dari serangkaian tindakan sewenang-wenang dan penyalahgunaan wewenang di dalam penyelenggaraan pengadaan barang/jasa.

Dalam rangka akuntabilitas pengadaan barang/jasa pemerintah, maka proses pengadaan barang/jasa pemerintah perlu diatur dalam suatu peraturan yang dapat menjamin kepastian hukum dan menghasilkan barang dan/atau jasa yang berkualitas. Disamping itu, pembiayaan pengadaan barang/jasa pemerintah yang bersumber dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) dan Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD), penggunaannya perlu dipertanggungjawabkan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dengan demikian, pengaturan dalam proses pengadaan barang/jasa pemerintah selain bersumber dari konstitusi dan pengaturan tentang pelayanan publik, juga terkait atau didasarkan pada pengaturan tentang keuangan negara. Artinya, dalam proses pengadaan barang/jasa pemerintah harus dilaksanakan dengan menerapkan prinsip-prinsip Pemerintahan yang Baik (*Good Governance*). Oleh karena itu,

sudah waktunya pengaturan pengadaan barang/jasa pemerintah tidak lagi didasarkan pada Peraturan Presiden, tetapi harus dibuat dalam sebuah produk hukum setingkat Undang-undang.

2. ASAS-ASAS UMUM PENGADAAN BARANG/ JASA PEMERINTAH

Kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah melibatkan komponen-komponen dasar dalam kegiatan penyelenggaraan negara seperti: anggaran, personil, dan barang. Oleh sebab itu, pengaturan ketiga sarana dasar tersebut sangat beralasan jika harus diatur dalam bentuk undang-undang. Hal ini disandarkan kepada alasan, agar dasar pelaksanaan itu semua setara dalam kedudukan hukumnya dengan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 Tentang Keuangan Negara, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara, dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1974 *juncto* Undang-Undang Nomor 43 Tahun 1999 Tentang Pokok-Pokok Kepegawaian.

Di samping itu, pentingnya pengaturan pengadaan barang/jasa diberlakukan dalam sebuah produk hukum setingkat undang-undang juga dalam rangka memajukan

kesejahteraan umum sebagai salah satu tujuan negara sebagaimana tercantum dalam Pembukaan UUD 1945. Pertimbangan lain yang juga harus diperhatikan di antaranya, bahwa Indonesia telah meratifikasi *United Nations Convention Against Corruption (UNCAC)* melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, yang dalam ketentuan Pasal 9 UNCAC tersebut dibahas mengenai manajemen keuangan dan pengadaan barang dan/atau jasa untuk sektor publik dan mengingat begitu panjangnya rantai kegiatan pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah yang menggunakan anggaran belanja negara/daerah yang harus dipertanggungjawabkan penggunaannya.

Undang-undang yang mengatur tentang pengadaan barang/jasa pemerintah dalam rangka meningkatkan pelayanan publik bertujuan agar pihak-pihak yang terlibat dalam proses kegiatannya dapat mengakses seluruh proses dan prosedur pengadaan barang dan/atau jasa. Undang-undang pengadaan barang dan/atau jasa juga dapat melakukan upaya preventif terhadap kemungkinan terjadinya praktik korupsi, kolusi dan nepotisme. Selain dimaksudkan juga sebagai upaya represif jika terjadi penyimpangan dalam

proses pengadaan barang dan/atau jasa dengan menerapkan ketentuan pidana yang jelas dan limitatif, sehingga menjamin perlindungan hukum bagi para pihak dan memberikan kepastian hukum guna terciptanya iklim usaha yang sehat.

Undang-undang yang mengatur pengadaan barang/jasa pemerintah ini harus didasarkan pada prinsip-prinsip dasar yang menjadi acuan, pedoman dan dijalankan dalam kegiatannya. Adapun prinsip-prinsip dasar pengadaan barang/jasa pemerintah yang berlaku saat ini adalah sebagai berikut:

1) Efisien

Bahwa usaha pengadaan barang/jasa harus menggunakan dana dan daya yang terbatas untuk mencapai sasaran yang ditetapkan dalam waktu singkat dan dapat dipertanggungjawabkan.

Istilah efisiensi dalam pelaksanaannya tidak selalu diwujudkan dengan memperoleh harga barang/jasa yang termurah, karena di samping harga murah, perlu dipertimbangkan ketersediaan suku cadang, panjang umur dari barang yang dibeli serta besarnya biaya

operasional dan biaya pemeliharaan yang harus disediakan di kemudian hari.

2) Efektif

Dimaksud dengan efektif adalah memperoleh manfaat setinggi-tingginya dengan sumber daya yang tersedia. Manfaat setinggi-tingginya dalam uraian di atas dapat berupa:

1. Kualitas terbaik;
2. Penyerahan tepat waktu;
3. Kuantitas terpenuhi;
4. Mampu bersinergi dengan barang/jasa lainnya;
dan
5. Terwujudnya dampak optimal terhadap keseluruhan pencapaian kebijakan atau program.

3) Terbuka dan Bersaing

Terbuka dan bersaing, artinya pengadaan barang/jasa harus terbuka bagi penyedia barang/jasa yang memenuhi persyaratan dan dilakukan melalui persaingan yang sehat di antara Penyedia barang/jasa yang setara dan memenuhi syarat-syarat/kriteria-

kriteria tertentu berdasarkan prosedur yang jelas dan transparan.

Prinsip terbuka juga memberikan kesempatan kepada semua Penyedia barang/jasa yang kompeten untuk mengikuti pengadaan. Persaingan sehat dan terbuka akan dapat diwujudkan apabila Pengadaan Barang/Jasa yang dilakukan terbuka bagi seluruh calon Penyedia barang/jasa yang mempunyai potensi untuk ikut dalam persaingan.

4) Transparan

Pemberian informasi yang lengkap kepada seluruh calon peserta yang disampaikan melalui media informasi yang dapat menjangkau seluas-luasnya dunia usaha yang diperkirakan akan ikut dalam proses pengadaan barang/jasa merupakan hak yang harus direspon dengan baik. Setelah informasi didapat, maka seluruh calon peserta harus diberikan waktu yang cukup untuk mempersiapkan respon pengumuman tersebut.

5) Adil/Tidak Diskriminatif

Adil/tidak diskriminatif maksudnya adalah pemberian perlakuan yang sama terhadap semua calon yang berminat sehingga terwujud adanya persaingan yang sehat dan tidak mengarah untuk memberikan keuntungan kepada pihak tertentu dengan dan atau alasan apapun.

6) Akuntabel

Akuntabel berarti harus mencapai sasaran baik fisik, keuangan maupun manfaat bagi kelancaran pelaksanaan tugas umum pemerintahan dan pelayanan masyarakat sesuai prinsip-prinsip serta ketentuan yang berlaku dalam pengadaan barang/jasa.

Akuntabel merupakan pertanggungjawaban pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa kepada para pihak yang terkait dan masyarakat berdasarkan etika, norma dan ketentuan peraturan yang berlaku.

BAB III

ASPEK HUKUM PERDATA DALAM DRAFT RUU PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH

1. PEMENUHAN KEBUTUHAN PENGADAAN BARANG/JASA DIDASARKAN PADA PERBUATAN HUKUM PERDATA

Kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah ketentuannya selama ini diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah jo. Peraturan Presiden Nomor 35 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah *juncto* Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (*Selanjutnya disebut Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*).

Merujuk pada Pasal 1 angka 1 Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, yang dimaksud dengan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah adalah:

“Kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/ Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi (K/L/D/I) yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai

diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.”

Pasal 1 angka 2 menyatakan bahwa Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi, yang selanjutnya disebut K/L/D/I adalah:

“Instansi/institusi yang menggunakan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) dan/atau Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD).”

Selanjutnya, Pasal 1 angka 3 Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah berbunyi:

“Pengguna barang/jasa Pemerintah adalah Pejabat pemegang kewenangan penggunaan barang dan/atau jasa milik Negara/Daerah di masing-masing K/L/D/I.”

Kegiatan pengadaan barang/jasa Pemerintah memerlukan proses panjang yang dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan dalam rangka memperoleh Barang/Jasa. Untuk melaksanakan proses tersebut, Pasal 5, 6, 7, 8, dan 9, Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah menetapkan:

- 1) Pengguna Anggaran (PA), yaitu Pejabat pemegang kewenangan penggunaan anggaran Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah atau

Pejabat yang disamakan pada Institusi Pengguna APBN/APBD.

- 2) Kuasa Pengguna Anggaran (KPA), yaitu Pejabat yang ditetapkan oleh PA untuk menggunakan APBN atau ditetapkan oleh Kepala Daerah untuk menggunakan APBD.
- 3) Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), yaitu Pejabat yang bertanggung jawab atas pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa.
- 4) Unit Layanan Pengadaan (ULP), yaitu unit organisasi K/L/D/I yang berfungsi melaksanakan Pengadaan Barang/Jasa yang bersifat permanen, dapat berdiri sendiri atau melekat pada unit yang sudah ada.
- 5) Pejabat Pengadaan, yaitu personil yang ditunjuk untuk melaksanakan Pengadaan Langsung.

Dari ketentuan pasal-pasal di atas, dalam kegiatan pengadaan barang/jasa terdapat dua organ Pemerintah yang masing-masing berkedudukan dan bertindak sebagai:

- 1) Pelaksana kegiatan pengadaan barang/jasa Pemerintah, yaitu Pengguna Anggaran, Kuasa

Pengguna Anggaran, Pejabat Pembuat Komitmen, Unit Layanan Pengadaan, dan Pejabat Pengadaan.

- 2) Pengguna barang/jasa Pemerintah, yaitu Pejabat pemegang kewenangan penggunaan barang/jasa Pemerintah.

Untuk mendapatkan barang/jasa yang dibutuhkan, Pengguna barang/jasa Pemerintah yang diawali dengan proses perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh barang/jasa sesuai kebutuhannya melalui Pelaksana kegiatan pengadaan barang/jasa Pemerintah menentukan dan menetapkan pihak Penyedia barang/jasa Pemerintah, yaitu Badan Usaha atau Orang perseorangan yang menyediakan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Konsultansi/Jasa Lainnya dan Penyedia melalui Swakelola, khusus untuk kegiatan pengadaan barang/jasa yang pekerjaannya direncanakan, dikerjakan, dan/atau diawasi sendiri oleh K/L/D/I sebagai penanggung jawab anggaran, instansi pemerintah lain dan/atau kelompok masyarakat (*vide: Pasal 1 angka 12 dan 20 Perpres No. 70 Tahun 2012*).

Dalam kegiatan pengadaan barang/Jasa terdapat dua

subjek hukum yang mempunyai kesetaraan kedudukan dengan memiliki hak dan kewajiban yang sama, yaitu:

- Pengguna barang/Jasa yang diwakili oleh Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), yaitu pemerintah/instansi yang membutuhkan barang/jasa.
- Penyedia Barang/Jasa yaitu Badan Usaha atau Orang perorangan yang menyediakan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Konsultansi/atau Jasa Lainnya, atau juga Penyedia melalui swakelola.

Dalam ketentuan Pasal 11 huruf “d” Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, ditetapkan bahwa Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) melaksanakan Kontrak dengan Penyedia Barang/Jasa. Hal ini berarti bahwa dalam kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah terdapat hubungan hukum perdata antara Pengguna dan Penyedia barang/jasa pemerintah yang didasarkan pada adanya pelaksanaan kontrak untuk memenuhi kebutuhan Pengguna barang/jasa yang dilaksanakan pemenuhannya oleh Penyedia barang/jasa. Kontrak yang dibuat oleh pemerintah dalam pengadaan barang/jasa ini bersifat multi aspek dan memiliki 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. 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.

Dengan demikian, pelaksanaan pemenuhan pengadaan barang/jasa pemerintah merupakan perbuatan hukum perdata yang tunduk pada KUH Perdata yang diberlakukan dengan rezim khusus.

2. PASAL-PASAL DRAFT RUU PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH YANG TERKAIT DENGAN HUKUM PERDATA

Pada bagian ini pasal-pasal dalam draft RUU Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (selanjutnya disebut dengan **Draft RUU**) yang terkait dengan aspek-aspek hukum perdata diklasifikasikan sebagai berikut:

- 1) Pasal 1 angka 9, Pasal 6 ayat (1) huruf c, dan Pasal 6 ayat (3) huruf d, Pasal 16, dan Pasal 17, Pasal 19 ayat (2) dan ayat (4) Draft RUU, yang mengenalkan istilah-istilah terkait dengan aspek perjanjian, seperti Kontrak Pengadaan, Pelaksanaan Kontrak, Manajemen Kontrak, Penandatanganan Kontrak, Perubahan Kontrak, Pembayaran Kontrak, dan Kontrak Wanprestasi.
- 2) Pasal 29 Draft RUU mengenai kewajiban Penyedia/Mitra melaksanakan pengadaan sesuai dengan perjanjian yang tertuang dalam kontrak dan sanksi administratif berupa pembatalan perjanjian, jika Penyedia/Mitra melanggar kontrak.
- 3) Pasal 32, 33, dan 38 Draft RUU mengenai penyelesaian sengketa dalam pelaksanaan kontrak dengan pilihan hukum melalui musyawarah mufakat, penyelesaian sengketa melalui pengadilan, dan penyelesaian sengketa di luar pengadilan, termasuk penyelesaian sengketa melalui BANI.
- 4) Pasal 51 Draft RUU mengenai ketentuan pidana (penjara dan/atau denda) terhadap Penyedia/Mitra

yang melarikan diri atau melakukan penipuan untuk tidak melaksanakan pengadaan sesuai kesepakatan perjanjian.

Terhadap klasifikasi pasal-pasal di atas yang dikaitkan dengan aspek-aspek hukum perdata tinjauannya akan diuraikan dalam bentuk koreksi atau penjelasan yang pada sub bab berikut.

3. PANDANGAN TERHADAP PASAL - PASAL DALAM DRAFT RUU PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH

- Pasal 1 angka 9, Pasal 6 ayat (1) huruf c, dan Pasal 6 ayat (3) huruf d, Pasal 16, dan Pasal 17, Pasal 19 ayat (2) dan ayat (4) Draft RUU, yang mengenalkan istilah-istilah terkait dengan aspek perjanjian, seperti Kontrak Pengadaan, Pelaksanaan Kontrak, Manajemen Kontrak, Penandatanganan Kontrak, Perubahan Kontrak, Pembayaran Kontrak, dan Kontrak Wanprestasi:
 - 1) Istilah kontrak berasal dari bahasa Inggris, yaitu *contract*. Kontrak adalah suatu kesepakatan yang

diperjanjikan (*promissory agreement*) antara dua atau lebih pihak yang dapat menimbulkan, memodifikasi, atau menghilangkan hubungan hukum. Dalam KUH Perdata kontrak dikenal dengan nama perjanjian. Pengertian perjanjian diatur dalam pasal 1313 KUH Perdata yang berbunyi:

“Perjanjian adalah suatu perbuatan di mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.”

Selanjutnya, pasal 1319 KUH Perdata mengenal dua macam perjanjian yang tunduk pada buku III KUH Perdata, yaitu *benoemde verbinten*is (perjanjian bernama) dan *unbenoemde verbinten*is (perjanjian tidak bernama).

Pasal 1319 KUH Perdata berbunyi:

“Semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus, maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam bab ini dan bab yang lalu.”

Bab-bab yang dimaksud adalah bab I dan bab II buku ketiga KUH Perdata.

- 2) Definisi Kontrak Pengadaan berdasarkan pengertian kontrak pada poin 1 di atas harus dibuat lebih spesifik dengan menyebutkan nama subjek hukum yang mengikatnya dalam kontrak tersebut dan objek hukumnya, misalnya perjanjian *pengadaan barang/jasa* (objek hukum) antara *Pengguna Anggaran dengan Penyedia/Mitra* (subjek hukum).
- 3) Istilah Manajemen Kontrak masih memerlukan penyempurnaan mengingat kontrak hanya salah satu bagian dari rangkaian prosedur dan mekanisme dalam kegiatan pengadaan barang/jasa pemerintah. Sebaiknya istilah manajemen kontrak tidak digunakan karena mubazir. Untuk ketentuan pada Pasal 16 ayat (2) dan (3) sebaiknya ditarik karena memasung asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian menurut hukum perdata (*vide* Pasal 1338 KUH Perdata);
- 4) Penandatanganan kontrak dan pembayaran kontrak sebaiknya diatur tersendiri sebagai bagian dari Pelaksanaan Kontrak berdasarkan

kesepakatan dalam Kontrak Pengadaan;

- 5) Pembatalan perjanjian/kontrak karena wanprestasi sebaiknya tidak ditempuh dengan cara pembatalan langsung, karena dalam perjanjian terkandung hak dan kewajiban para pihak yang pelanggarannya masih harus dibuktikan melalui sengketa di pengadilan;
 - 6) Hukum perdata mengatur hubungan hukum antara Pengguna dan Penyedia Barang/Jasa Pemerintah sejak ditandatanganinya kontrak sebagai bukti adanya saling mengikatkan diri sampai berakhir/selesainya kontrak sesuai dengan isi kontrak.
- Pasal 29 Draft RUU mengenai kewajiban Penyedia/Mitra melaksanakan pengadaan sesuai dengan perjanjian yang tertuang dalam kontrak dan sanksi administratif berupa pembatalan perjanjian, jika Penyedia/Mitra melanggar kontrak:
- 1) Sanksi administratif tidak termasuk pembatalan perjanjian karena dalam perjanjian termuat hak dan kewajiban para pihak yang pembuktian

adanya wanprestasi masih harus dibuktikan melalui sengketa di pengadilan;

- 2) Terhadap masalah ini sebaiknya pembatalan perjanjian karena wanprestasi dipisahkan dari sanksi administratif;
- Pasal 32, 33, dan 38 Draft RUU mengenai penyelesaian sengketa dalam pelaksanaan kontrak dengan pilihan hukum melalui musyawarah mufakat, penyelesaian sengketa melalui pengadilan, dan penyelesaian sengketa di luar pengadilan, termasuk penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase:
 - 1) Pilihan hukum terhadap penyelesaian sengketa dalam proses pengadaan barang/jasa sebaiknya bertingkat atau ditentukan salah satunya sebagai bagian dari kesepakatan dalam menyelesaikan sengketa yang timbul dalam pelaksanaan kontrak;
 - 2) Cara yang paling efektif, mudah dan sederhana adalah penyelesaian yang dilakukan sendiri oleh para pihak yang bersengketa. Cara lain yang dapat ditempuh adalah penyelesaian melalui forum atau

lembaga yang tugasnya menyelesaikan sengketa dalam masyarakat. Forum atau lembaga resmi yang disediakan oleh negara adalah pengadilan, sedangkan yang disediakan oleh lembaga swasta adalah lembaga yang disebut arbitrase. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan sering disebut dengan *Alternative Dispute Resolution* (ADR) atau dalam istilah Indonesia disebut *Alternatif Penyelesaian Sengketa* (APS).

- Pasal 51 Draft RUU mengenai ketentuan pidana (penjara dan/atau denda) terhadap Penyedia/Mitra yang melarikan diri atau melakukan penipuan untuk tidak melaksanakan pengadaan sesuai kesepakatan perjanjian:

Ketentuan ini sangat rancu dan mencampuradukkan perbuatan melawan hukum dalam ranah hukum pidana dengan ranah hukum perdata. Melarikan diri dan melakukan penipuan itu ranah hukum pidana, tetapi tidak melaksanakan pengadaan sesuai kesepakatan dalam perjanjian merupakan ranah hukum perdata;

BAB IV

PENUTUP

1. SIMPULAN

- 1) Pengaturan pengadaan barang/jasa sudah seharusnya diberlakukan dalam sebuah produk hukum setingkat undang-undang. Hal tersebut, selain karena alasan-alasan terkait dengan fakta-fakta kebutuhan yang semakin besar terhadap pembangunan sarana dan prasarana nasional juga karena Indonesia telah meratifikasi *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, yang dalam ketentuan Pasal 9 UNCAC tersebut dibahas mengenai manajemen keuangan dan pengadaan barang dan/atau jasa untuk sektor publik.
- 2) Aspek-aspek hukum perdata dalam Draft RUU Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah masih memerlukan penyempurnaan, terutama terkait dengan Pelaksanaan Kontrak yang dibuat oleh pihak Pengguna Anggaran dengan Penyedia/Mitra dalam pengadaan barang/jasa yang didasarkan pada

perjanjian untuk melakukan pekerjaan memenuhi kebutuhan Pengguna Anggaran.

2. SARAN

Oleh karena pemerintah selaku Pengguna membutuhkan barang/jasa untuk meningkatkan pelayanan publik, maka pemerintah harus menciptakan sebuah peraturan yang dapat memberikan rasa aman, nyaman, dan perlindungan hukum sepenuhnya kepada Pejabat dan Petugas yang telah sungguh-sungguh dan penuh dedikasi melaksanakan tupoksinya dalam kegiatan pengadaan barang/jasa Pemerintah.

DAFTAR PUSTAKA

Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Leksbang Mediatama, Yogyakarta, 2008.

LKPP. 2009. *Substansi Pengadaan Barang dan Jasa*. Buku II.

Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Grup, 2009.

Muhammad, Abdulkadir, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982.

Poerwadarminta, W.J.S., *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta, 1976.

Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2002.

Simamora, Yohanes Sogar, 2009, *Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Pemerintah*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta.

Utrecht, E., *Pengantar Hukum Administrasi Republik Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Umum.

Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

<http://www.wikipedia.com>

<http://www.hukumonline.com>

ASPEK HUKUM PIDANA

ASPEK HUKUM PIDANA DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH

ROMLI ATMASASMITA³

Pendahuluan

Pengadaan barang dan jasa merupakan salah satu bagian penting dalam pelaksanaan pembangunan nasional baik pembangunan fisik maupun non-fisik dan sekaligus menentukan keberhasilan daya serap APBN dalam mencapai target pembangunan nasional.

Di dalam proses pelaksanaan barang dan jasa Pemerintah (serta merta penggunaan APBN/APBD) maka landasan bekerja pengelola keuangan Negara adalah:

- (1) UU RI Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara;
- (2) UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara;
- (3) UU RI Nomor 15 Tahun 2004 tentang Pemeriksaan Pengelolaan dan Tanggung Keuangan Negara;
- (4) Peraturan Presiden RI Nomor 70 Tahun 2012 Perubahan Atas Peraturan Presiden RI Nomor 50

³ GURUBESAR EMERITUS UNPAD

Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Ruang lingkup Pengadaan Barang dan Jasa berdasarkan Peraturan Presiden tersebut, adalah (1) Pengadaan Barang/Jasa dilingkungan K/L/D/I yang pembiayaannya baik sebagian atau seluruhnya bersumber pada APBN/APBD, dan (2) Pengadaan Barang/Jasa untuk investasi di lingkungan Bank Indonesia, Badan Hukum Milik Negara dan Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah yang pembiayaannya sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD.

Lingkup pengadaan barang/jasa pemerintah dengan objek keuangan berasal dari APBN/APBD menunjukkan bahwa setiap proyek pengadaan barang/jasa selalu melekat aspek pengelolaan dan tanggung jawab Keuangan Negara.

Dalam konteks pengelolaan dan tanggung jawab keuangan Negara ini, relevan untuk diperhatikan mengenai, pertama, pengertian tentang Keuangan Negara, kedua, juga terkait dengan pengertian “kerugian keuangan negara”.

Dalam hal pertama, telah ditentukan dalam UU RI Nomor 17 tentang Keuangan Negara, yaitu *hak dan kewajiban Negara untuk antara lain memungut pajak, kewajiban Negara tugas layanan umum pemerintahan Negara dan membayar tagihan pihak ketiga; penerimaan/pengeluaran Negara/Daerah, dan*

kekayaan Negara, termasuk kekayaan yang dipisahkan pada perusahaan Negara/perusahaan daerah.

Namun dalam praktik perkembangan hukum berkaitan dengan keuangan Negara sebagaimana telah ditentukan dalam UU Keuangan Negara, terdapat dua perkembangan penting yaitu pertama, terbitnya, Fatwa Mahkamah Agung RI Nomor WKMA/Yud/20/VIII/2006 Tanggal 16 Agustus 2006 yang menyatakan bahwa piutang Negara yang berasal dari Bank Umum Milik Negara (BUMN) berdasarkan UU RI Nomor 19 Tahun 2003 tentang BUMN tidak lagi mengikat secara hukum. Fatwa MARI tersebut juga menyatakan bahwa aturan Pasal 2 huruf g UU RI Nomor 17 Tahun 2003 mengenai kekayaan Negara yang dikelola sendiri atau oleh pihak lain, antara lain berupa piutang, termasuk kekayaan yang dipisahkan pada perusahaan Negara/perusahaan daerah, juga tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Kedua, Putusan MKRI Nomor 77-PUU-IX/2011 Tanggal 25 September 2011, pada pokoknya menyatakan bahwa frasa “badan-badan yang baik secara langsung atau tidak langsung dikuasai Negara,..sebagaimana dimaksud pada Pasal 8 Undang-Undang No.49 Prp Tahun 1960 tentang Panitia Urusan Piutang Negara, *tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.* MKRI Juga telah menyatakan bahwa *piutang bank BUMN setelah berlakunya UU RI Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseoran Terbatas, adalah bukan lagi piutang Negara yang harus dilimpahkan penyelesaiannya ke Panitia Urusan Piutang Negara.*

Dalam hal **kedua**, mengenai *pengertian kerugian keuangan negara* telah ditentukan dalam UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, yaitu: *kekurangan uang, surat berharga, dan **barang yang nyata dan pasti jumlahnya** sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai.*

Merujuk definisi kerugian Negara/Daerah dalam Pasal 1 angka 22 UU Perbendaharaan Negara jelas bahwa setelah berlakunya undang-undang ini Tanggal 14 Januari 2004, pengertian kerugian keuangan Negara/Daerah tidak dapat ditafsirkan lain selain apa yang telah ditegaskan dalam ketentuan tersebut; tafsir hukum kerugian yang akan timbul atau potensi kerugian Negara tidak dapat dibenarkan lagi. Sejalan dengan asas *lex posteriori derogate lege priori*, maka tafsir kerugian Negara/daerah yang sah adalah berdasarkan UU Perbendaharaan Negara, bukan yang tercantum dalam ketentuan Pasal 2 dan Pasal 3 UU RI Nomor 31 Tahun 1999 yang telah diubah UU RI Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Pengertian, Asas-Asas, Fungsi Hukum Pidana

Pengertian Hukum pidana, adalah sekumpulan asas-asas dan norma yang menentukan perbuatan yang dilarang dan dapat diancam pidana. Sekumpulan asas-asas hukum pidana tercantum di dalam Buku I Bab Kesatu, Kitab Undang-Undang

Hukum Pidana (KUHP), dan perbuatan yang dilarang dan diancam pidana tercantum di dalam Buku II KUHP tentang Kejahatan, dan selebihnya yang merupakan pelanggaran diatur dalam Buku III KUHP. Di luar KUHP masih ada ketentuan hukum pidana yang disebut hukum pidana khusus seperti UU RI Nomor 31 Tahun 1999 yang diubah dengan UU RI Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Selain KUHP sebagai hukum pidana materiel juga dikenal Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana diatur dalam UU RI Nomor 8 Tahun 1981 yang merupakan hukum pidana formil. Hukum pidana formil adalah seperangkat asas-asas dan norma yang mengatur tata cara melaksanakan hukum pidana materiel; Van Bemmelen, menegaskan, hukum yang mempertahankan hukum pidana materiel.

Asas-asas umum hukum pidana tercantum di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yaitu meliputi: asas legalitas, asas non-retroaktif dan asas *lex temporis* (Pasal 1 ayat 2); asas *ne bis in idem*(Pasal 76); asas *concursum* (Pasal 63-65).

Tujuan hukum pidana adalah menemukan kebenaran materiel melalui proses penyidikan dan penuntutan serta pemeriksaan di sidang pengadilan yang bebas dan tidak memihak dan untuk mencapai tujuan tersebut hukum pidana menjalankan fungsi sebagai sarana terakhir dalam menyelesaikan peristiwa dalam masyarakat atau “*ultimum remedium*”. Yang dimaksud dengan fungsi “*ultimum remedium*” bukan sekedar sarana terakhir yang dapat digunakan melainkan benar-benar diperlukan dan mendesak untuk dipergunakan menghadapi

perbuatan yang dapat mengancam ketertiban dan kesusilaan masyarakat serta menimbulkan kerugian baik perorangan maupun kelompok masyarakat.

Berkaitan dengan fungsi hukum pidana tersebut, terdapat dua asas hukum pidana yang penting dan relevan dalam penggunaannya yaitu asas proporsionalitas dan asas subsidiaritas.⁴ Asas hukum pertama, mensyaratkan penggunaan hukum pidana agar tujuan harus cocok dengan sarana untuk mencapai tujuan hukum pidana atau dengan kata lain harus ada keseimbangan antara ancaman pidana dan akibat yang ditimbulkan oleh suatu tindak pidana. Asas hukum kedua, mensyaratkan bahwa penggunaan hukum pidana harus mempertimbangkan risiko terkecil daripada menimbulkan kebalikannya dengan kata lain penggunaan hukum pidana harus se-efisien mungkin sehingga berdaya guna dan tepat sasaran.

Selain penggunaan fungsi hukum pidana sebagai ultimum remedium, dalam perkembangan terakhir praktik penegakan hukum di Indonesia sering hukum pidana difungsikan sebagai sarana “primum remedium”. Fungsi hukum pidana tersebut menurut Mr De Blunt, dapat dilaksanakan dalam suatu peristiwa, jika:

⁴ J.M.Remmelink “Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perbandingannya dengan Hukum Pidana Belanda”; Gramedia, Tahun 2003; hlmn.....

1. Kerugian materiel akibat perbuatan sangat signifikan,
2. Tidak dapat dipulihkan, dan
3. Terdakwa recidivist

Dalam konteks pelaksanaan barang/jasa pemerintah sesuai dengan UU dan Perpres yang mengaturnya maka diperlukan kehati-hatian dan objektivitas dalam pengkajian terhadap dugaan penyimpangan proses pengadaan barang/jasa oleh panitia tender dan Kuasa Penggunaan Anggaran dan PPK di Kementrian/Lembaga.

Perpres Tahun 2012 tentang Pengadaan Barang dan Jasa merujuk pada UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang merupakan produk eksekutif dan bersifat administratif semata-mata tanpa ada penguatan sanksi pidana sehingga UU Perbendaharaan Negara tidak termasuk salah satu dari beberapa jenis UU Pidana khusus atau UU Pidana Umum. Setiap permasalahan hukum yang terjadi dalam praktik pelaksanaan UU Perbendaharaan termasuk juga Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, wajib diselesaikan melalui tata cara penyelesaian sesuai dengan ketentuan dalam UU Perbendaharaan tersebut atau dalam Perpres dimaksud.

Karakteristik UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara

UU Perbendaharaan Negara (UUPN) merupakan UU administrative (murni) yang mengatur tata cara pengelolaan

harta kekayaan Negara termasuk keuangan Negara dan juga mengatur tatacara penyelesaian atas terjadinya kerugian Negara/Daerah⁵ yang dilakukan oleh Penyelenggara Negara (PN) atau Pegawai Negeri Sipil (PNS) baik yang menjabat di bidang eksekutif, legislative maupun yudikatif atau di lembaga-lembaga Negara yang ditetapkan dalam Konstitusi atau yang dibentuk dengan UU dan peraturan perundang-undangan lainnya.

Pembentuk UU PN dalam Bab XI tentang Penyelesaian Kerugian Negara/Daerah, hanya menghendaki penerapan sanksi administrative semata-mata kecuali jika BPK RI berdasarkan kewenangannya (UU RI Nomor 5 Tahun 2006) menemukan indikasi adanya unsur tindak pidana dalam pengelolaan perbendaharaan Negara dan tidak dapat diselesaikan melalui sarana (sanksi) administrative. UU PN menegaskan bahwa kewenangan menentukan ada dan tidak adanya indikasi tindak pidana termasuk tindak pidana korupsi berada pada BPK RI bukan pada Kejaksaan atau KPK atau kepolisian. Setiap keputusan BPK RI harus dihormati oleh ketiga lembaga tersebut karena kewenangan BPK RI sebagai lembaga Negara dimandatkan di dalam UUD 1945.

Berdasarkan UU PN, Hukum Acara yang berlaku di dalam pengelolaan perbendaharaan Negara baik karena kelalaian maupun kesengajaan, harus dilakukan melalui sarana hukum (sanksi) administrative bukan sarana (sanksi) hukum pidana.

⁵ Diatur dalam Bab XI UU PN

Beberapa Catatan atas Ketentuan Perpres Nomor 70 Tahun 2012

1. Peraturan Presiden RI Nomor 70 Tahun 2012 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah telah merujuk UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (UUPN), tetapi tidak merujuk pada UU RI Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UUKEUN). Kebijakan pemerintah ini saya nilai janggal karena lingkup keuangan Negara seharusnya dirujuk dalam peraturan presiden tersebut. Mengapa? Hal ini disebabkan objek UUPN adalah Keuangan Negara dan khusus mengatur pengelolaan dan pertanggungjawabannya. Sedangkan luas lingkup Objek Keuangan Negara ditetapkan di dalam UU KEUN. Seharusnya rujukan dalam Perpres tersebut terhadap kedua UU tersebut. Kejanggalan yang saya pahami tersebut merupakan salah satu kekeliruan hukum. Kekeliruan hukum kedua adalah dalam legal drafting yaitu penyusun Perpres tidak mempertimbangkan faktor efisiensi dan efektivitas pengelolaan dan tanggung jawab keuangan Negara. Hal ini diketahui dari perbedaan pengaturan di dalam UUPN dan Perpres, yaitu dalam UU PN hanya ditentukan pejabat pengelola sebanyak 4 (tiga) subjek hukum yaitu, Pengguna Anggaran (PA) adalah Menteri di tingkat Pusat; Pejabat Pengelola Keuangan Daerah; Pengguna Barang (PB) dan Bendahara (lima

golongan). Sedangkan di dalam Perpres terdapat, 6 (enam) Pengelola Keuangan Negara⁶ ; sehingga legal-drafting model pertanggungjawaban berjenjang sedemikian sangat rumit karena pemeriksa menghadapi kesulitan untuk menentukan pertanggungjawaban pengelolaan keuangan Negara (siapa bertanggung terhadap apa); contoh kasus Hambalang, KPK tampak menghadapi kesulitan dalam melanjutkan penyidikan perkara Century.

2. Keberhasilan pelaksanaan pengelolaan dan pertanggungjawaban keuangan melalui Perpres tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sangat tergantung dari efisiensi dan efektivitas pengaturannya itu sendiri yang pada gilirannya berdampak terhadap daya serap APBN/APBD. Daya serap APBN yang rendah akhir-akhir ini merupakan keluhan pemerintah kepada DPR RI bukan disebabkan tidak adanya rekanan yang mau berkontrak dengan pemerintah akan tetapi disebabkan Perpres yang mengaturnya saya pandang rumit sebagaimana saya uraikan di atas ditambah dengan 11 (sebelas) metoda (prosedur) pelaksanaan 3 (tiga) kelompok, Pemilihan Penyedia Barang, Pemilihan Penyedia Pekerjaan Konstruksi, dan Pemilihan Jasa lainnya; dan masing-masing

⁶ Pasal 1 angka 3, 5,6,7,9,10 Perpres RI Nomor 70 Tahun 2012

- kelompok terdapat tidak kurang dari maksimal 5 (lima) jenis metoda (prosedur)-Pasal 35.
3. Status hukum Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, yang bertugas mengembangkan dan merumuskan kebijakan Pengadaan Barang/Jasa (Perpres RI Nomor 106 Tahun 2007) tidak jelas, jika dihubungkan dengan Kedudukan Menteri Kementrian teknis sebagai Pejabat Penggunaan Anggaran (PA) tentang siapa menentukan apa?
 4. Persoalan hukum pengadaan barang/jasa pemerintah adalah bukan pada masalah kewenangan semata-mata melainkan pada masalah pertanggungjawaban pengelolaan keuangan Negara yaitu apakah pertanggungjawaban hukum pada pembuat kebijakan ataukah cukup hanya pada pelaksanaan (penyimpangan) atas kebijakan?
 5. Dalam UU Keuangan Negara, Bab IX, Pasal 34 dan Pasal 35; seorang Menteri/Pimpinan Lembaga/ Gubernur/ Bupati/ Walikota dapat diancam pidana penjara dan denda jika terbukti melakukan *penyimpangan kebijakan yang ditetapkan dalam Undang-Undang* tentang APBN/Peraturan Daerah tentang APBD (Pasal 34), begitu juga setiap pejabat Negara dan pegawai negeri bukan bendahara yang

melanggar hukum atau melalaikan kewajibannya baik *langsung atau tidak langsung yang merugikan keuangan negara, diwajibkan mengganti kerugian Negara dimaksud.*

6. Persoalan hukum lanjutan dari dua ketentuan pidana tersebut di atas, apakah perbuatan pelanggaran terhadap kedua pasal tersebut, termasuk tindak pidana umum atau tindak pidana khusus. Perlu dijelaskan apa yang dimaksud dengan tindak pidana umum (TPU) dan tindak pidana khusus (TPK). Pengertian istilah tindak pidana umum dan tindak pidana khusus merupakan doktrin para ahli hukum pidana Belanda dan diadopsi oleh para ahli hukum pidana Indonesia. Pengertian tersebut untuk membedakan tindak pidana yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan tindak pidana yang tidak diatur dalam KUHP akan tetapi diatur di dalam peraturan perundang-undangan pidana lain di luar KUHP atau dikenal dengan Undang-Undang Pidana Khusus, termasuk ke dalam golongan ini Undang-Undang Pidana Administratif, seperti UU KUP Tahun 1983 diubah terakhir Tahun 2009; UU Perbankan, UU Pasar Modal, dan undang-undang lain yang memuat ketentuan pidana. UU lain yang memuat sanksi pidana disebut UU Pidana Administratif (Administratif Penal Law). Pelanggaran terhadap ketentuan UU KEUN 2003 dan UU PN 2004, merupakan pelanggaran

(hukum) administrasi Negara atau dengan kata lain, preferensi merupakan ranah hukum administrative tidak serta merta hukum pidana.

7. Penyelesaian Kerugian Keuangan Negara dalam UU KEUN, merujuk pada ketentuan Bab IX, Pasal 35 ayat (4) yang memandatkan pada UU Perbendaharaan Negara, khusus pada Bab XI tentang Penyelesaian Kerugian Negara/Daerah. Substansi Bab XI UU PN, adalah, (1) pelanggaran atas pengelolaan keuangan Negara ditetapkan merupakan pelanggaran administrative dengan sanksi administrative yang merupakan prinsip pengelolaan dan tanggung keuangan Negara; (2) BPK⁷ merupakan lembaga yang sah dan dapat menghitung nilai kerugian Negara dan penggantian nilai kerugian Negara; (3) BPK yang berwenang menindaklanjuti sesuai dengan UU yang berlaku jika ditemukan unsur pidana dalam pemeriksaan kerugian Negara/daerah.

⁷ Dalam UU RI Nomor 15 Tahun 2004 tentang Pemeriksaan Pengelolaan dan Tanggung Jawab Keuangan Negara, BPK merupakan satu-satunya lembaga Negara yang sah melakukan pemeriksaan atas pengelolaan keuangan Negara dan pemeriksaan atas tanggung jawab keuangan Negara. Pemeriksaan dimaksud dapat juga berupa pemeriksaan investigative untuk mengungkap adanya indikasi kerugian Negara/daerah dan/atau unsur pidana (Pasa 2 jo Pasal 13).

Hubungan Pelanggaran (Administratif) Hukum Keuangan Negara dengan Tindak pidana Korupsi

Perbuatan pelanggaran UU Keuangan Negara sering dalam praktik diterapkan UU RI Nomor 31 Tahun 1999 yang diubah dengan UU RI Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Unsur-unsur Tindak Pidana Korupsi (tipikor) dalam UU RI Nomor 31 Tahun 1999 yang diubah dengan UU RI Nomor 20 Tahun 2001. **Tipikor** murni terdapat pada Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor Tahun 1999/2001, yaitu memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

1. Setiap orang
 2. Secara melawan hukum
 3. Menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau korporasi
 4. Dapat Menimbulkan kerugian perekonomian atau keuangan Negara (Pasal 2)
Atau
1. Setiap orang
 2. dengan sengaja
 3. menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau korporasi
 4. dengan menyalahgunakan kewenangannya sehubungan dengan jabatan atau kedudukannya sehingga

5. dapat menimbulkan kerugian perekonomian atau keuangan negara (Pasal 3)

Kedua pasal tersebut di atas merupakan dua pasal (murni) tindak pidana korupsi, dari sekian banyak pasal tentang tindak pidana dalam UU RI Nomor 31 Tahun 1999 yang diubah dengan UURI Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, termasuk gratifikasi dan suap.

Dalam UU Tipikor, setiap percobaan, pembantuan atau penyertaan tetap diancam dengan ancaman pidana yang sama dengan tindak pidana pokoknya.

Hukum Acara Pidana yang berlaku sebagai payung hukum semua hukum acara dalam proses penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di sidang pengadilan adalah Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (UU RI Nomor 8 Tahun 1981, kecuali dalam UU pidana di luar KUHP ditentukan lain (Pasal 103 KUHP), lazim dikenal dengan ketentuan hukum acara pidana khusus yang menyimpang dari KUHAP.

Aspek hukum pidana Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dihubungkan dengan UU Tipikor adalah sejauh mana prosedur pengelolaan keuangan Negara telah dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku (untuk menemukan unsur melawan hukum) dan apakah telah timbul keuntungan pribadi atau orang lain atau korporasi (rekanan), dan apakah telah terjadi kerugian keuangan Negara sebagai akibat perbuatan melawan hukum?

Menghadapi persoalan hukum ini maka solusi terbaik adalah kinerja BPK RI yang harus konsisten pada UU yang mengaturnya (UU RI Nomor 15 Tahun 2006) dan UU RI Nomor 15 Tahun 2004 tentang Pemeriksaan Pengelolaan Tanggung Jawab Keuangan Negara disamping koordinasi terarah dan proporsional dengan Kepolisian, Kejaksaan dan KPK.

Unsur Melawan Hukum

Bagaimana menemukan **unsur sifat melawan hukum** dari perbuatan pengelolaan Barang dan Jasa? Pertama, harus ditemukan fakta bahwa, pengelola adalah mereka yang diberi wewenang untuk mengelola pengadaan barang/jasa yang dibiayai dana APBD/APBN; perlu surat keputusan dari Kuasa Pengguna Anggaran atau surat penunjukan; kedua, apakah proses pengadaan barang/jasa telah memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan dalam Perpres Tahun 2012; ketiga, harus ditemukan fakta ada **keuntungan pribadi, atau orang lain atau korporasi** sehingga **Negara dirugikan** karena nya. Unsur-unsur yang saya sebutkan di atas adalah untuk menguji ketentuan Pasal 2 UU Tipikor Tahun 1999 diubah Tahun 2001. Untuk pengujian unsur-unsur Pasal 3 UU Tipikor Tahun 1999/2001, masih perlu dibuktikan adanya **penyalahgunaan wewenang** oleh KPA, PPK dan petugas lainnya sesuai Perpres 2012, dan **Negara dirugikan** sedangkan petugas ybs atau orang lain atau korporasi telah **memperoleh keuntungan** dari perbuatan yang telah dilakukan **dengan sengaja (opzet)**. Intinya untuk perbuatan seseorang penyelenggara Negara

(lihat UU RI Nomor 28 Tahun 1999) maka perbuatan tersebut harus dilakukan dengan sengaja. Tidak ada kelalaian untuk suatu tindak pidana korupsi! Unsur penyalahgunaan wewenang yang dimaksud dalam kaitan Pasal 3 UU Tipikor 1999/2001, adalah perbuatan seorang penyelenggara Negara yang bertentangan dengan maksud dan tujuan pemberian wewenang yang diberikan kepadanya oleh undang-undang tersebut.

Perbedaan Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor 1999 jo 2001

Perbedaan Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor Tahun 1999 jo 2001 adalah bahwa ketentuan Pasal 2 ditujukan terhadap setiap orang selain penyelenggara Negara dan ketentuan Pasal 3 ditujukan khusus terhadap penyelenggara Negara dengan merujuk pada kalimat, “ menyalahgunakan kewenangan karena kedudukan atau jabatannya”. Unsur lainnya dalam kedua ketentuan tersebut adalah sama. Perbedaan lain dari dua ketentuan tersebut terletak pada unsur “secara melawan hukum” pada Pasal 2 dan unsur “dengan maksud” pada Pasal 3, yang berbeda besar satu sama lain. Unsur “dengan maksud” lazim diterjemahkan sebagai “opzet als oogmerk” –sengaja dengan tujuan- yang berarti, suatu bentuk kesengajaan- murni di mana pelaku telah memiliki niat jahat (mens-rea) untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau korporasi sehingga Negara dirugikan karena perbuatannya. Untuk membuktikan unsur ini diperlukan penyelidikan yang seksama untuk memperoleh sekurang-kurangnya dua alat bukti sebagai bukti permulaan

dan bukti lain yang diperoleh dari keterangan saksi, ahli dan surat-surat lainnya. Unsur “melawan hukum”, pasca putusan MK RI telah ditetapkan bahwa harus diartikan “melawan hukum formil” yaitu perbuatan pelaku harus memenuhi syarat-syarat formil suatu tindak pidana, yaitu perbuatan pelaku harus ditentukan secara eksplisit telah menyimpang dari ketentuan Undang-Undang; bukan karena dipandang tercela oleh masyarakat atau bertentangan dengan kesusilaan, ketertiban umum dan keamanan.

Dalam praktik penjelasan saya di atas sering diabaikan aparaturnya penegak hukum (APH) termasuk hakim pengadilan tipikor. Kelemahan praktik penegakan hukum dalam pemberantasan korupsi adalah pertama, APH sering menetapkan status tersangka korupsi hanya dengan cukup bukti petunjuk saja atau satu alat bukti lainnya.

Kelemahan kedua, khusus dalam perkara korupsi, ketentuan Pasal 14 UU Tipikor 1999 jo 2001 tidak pernah dipertimbangkan baik oleh penyidik, penuntut maupun oleh Hakim.⁸ Tafsir a' contrario terhadap pasal ketentuan tersebut menjelaskan bahwa, jika di dalam Undang-undang lain, selain UU Tipikor, tidak ditegaskan bahwa pelanggaran atas Undang-undang lain sebagai tindak pidana korupsi maka berlaku ketentuan pidana di dalam Undang-undang lain; bukan

⁸ Pasal 14 : Setiap orang yang melanggar ketentuan Undang-Undang yang secara tegas menyatakan bahwa pelanggaran terhadap ketentuan Undang-undang tersebut sebagai tindak pidana korupsi berlaku ketentuan yang diatur dalam Undang-undang ini.

Undang-Undang Tipikor tersebut. Dalam praktik banyak perkara administrasi yang telah memenuhi ketentuan Pasal 14 tetap dituntut dan dihukum berdasarkan UU Tipikor hanya karena telah terjadi kerugian keuangan Negara dan telah menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau korporasi. Praktik penegakan hukum dalam pemberantasan korupsi yang telah mengabaikan ketentuan Pasal 14 merupakan “kecelakaan sejarah penerapan UU Tipikor” yang tiada ternilai dan berdampak terhadap “ketegangan(spanning)” pada penyelenggara Negara sampai saat ini. Alih-alih menimbulkan efek jera berkepanjangan pada penyelenggara Negara malahan menimbulkan paranoia pada baik PPK maupun KPA yang pada gilirannya tidak kondusif terhadap daya serap dana yang telah direncanakan dalam APBN sektoral (K/L).

Merujuk pada uraian di atas saya berpendapat diperlukan perubahan cara pikir (mindset) dan kebijakan pemerintah dalam penegakan hukum khususnya terkait pembentukan pemerintahan yang bersih dan berwibawa untuk mencegah KKN. Perubahan orientasi penegakan hukum saat ini dan di masa yad adalah dengan menerapkan “ANALISIS EKONOMI MIKRO terhadap Hukum Pidana di Indonesia khusus dalam proses pembentukan UU dan Implementasi UU.”⁹ Dalam konteks ini maka baik dalam proses legislasi maupun dalam proses penegakan hukum, terutama pada para hakim, perlu menggunakan pendekatan “cost and benefit ratio”; penilaian

⁹ Analisis tersebut telah berkembang di Amerika Serikat dan Negara-negara Uni Eropa serta beberapa Negara di Amerika Latin.

atas suatu perbuatan bukan pada “benar (right) atau salah (wrong), melainkan juga harus dilengkapi dengan penilaian atas “untung atau rugi” sebelum mengambil keputusan dalam suatu perkara.

Beberapa catatan atas RUU tentang Pengadaan Barang dan Jasa(RUU PBJ)

RUU tentang Pengadaan Barang dan Jasa memuat tiga belas bab dan enam puluh tiga pasal. Filosofi undang-undang a quo adalah menciptakan good governance dalam pelayanan publik. Terdapat dua UU terkait RUU PBJ yaitu UU RI Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas KKN,dan UU RI Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik. Saya berpendapat bahwa, UU RI Tahun 2009 adalah UU Payung (Umbrella Act) terhadap semua UU terkait pelayanan publik, termasuk RUU PBJ sedangkan UU RI Nomor 28 Tahun 1999 merupakan UU terkait khusus pola perilaku penyelenggara Negara dalam konteks pemberantasan KKN, dan UU ini merupakan payung hukum terhadap UU RI Nomor 31 Tahun 1999 jo UU RI Nomor 20 Tahun 2001 dan UU RI Nomor 30 Tahun 2002 tentang KPK dan UU RI Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang dan UU Kepolisian dan UU Kejaksaan.

Perhatian saya terhadap RUU PBJ adalah pertama, bahwa RUU ini merupakan UU Administratif murni, bukan UU Pidana Administratif-seharusnya demikian. Namun dalam RUU PBJ

penyusun ternyata memasukkan ketentuan mengenai Larangan dan Ketentuan Pidana; menurut saya, merupakan kekeliruan nyata dari tim penyusun. Sebaiknya UU RI Nomor 25 Tahun 2009 dijadikan rujukan selain merupakan UU Payung, juga tidak dimasukkannya ketentuan pidana kecuali sanksi administrative merupakan langkah hukum yang tepat. Hal kedua perlu memperoleh perhatian serius dalam RUU PBJ adalah ketentuan Larangan (Bab VII) dan Ketentuan Pidana (Bab XI).

Ketentuan mengenai Larangan memuat tiga pasal dan Pasal 40 merupakan pasal penting karena disediakan ancaman sanksi sebagaimana dicantumkan dalam Bab XI sebanyak 10(Sepuluh) pasal. Dari sepuluh pasal tersebut, sanksi pidana atas 5(lima) pelanggaran diantaranya telah diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): Pasal 51 –vide Pasal 378 KUHP; Pasal 52-vide Pasal 263 KUHP; Pasal 54 vide Pasal 378 KUHP; Pasal 56 vide Pasal 5 UU RI Nomor 31 Tahun 1999 tentang Suap aktif; dan Pasal 59 vide UU Kearsipan. Khusus untuk Pasal 57 vide Pasal 49 ayat (1) jo Pasal 54 ayat (9) UU RI Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik.

Saran saya sebaiknya RUU PBJ dikaji ulang dengan visi dan misi khusus untuk menciptakan sistem administrasi pengadaan barang dan jasa pemerintah yang lebih terbuka, terencana dan terawasi lebih baik daripada Perpres RI Nomor 70 Tahun 2012.

Saran kedua, agar RUU PBJ mengadopsi seluruh ketentuan Perpres RI Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dengan pertimbangan secara substansi Perpres tersebut lebih lengkap dan lebih rinci khusus mengenai mekanisme pengadaan barang/jasa pemerintah dibandingkan dengan RUU PBJ yang hanya memuat 63 pasal dibandingkan dengan Perpres Tahun 2012 yang memuat 133 pasal.

Saran ketiga, harus diingat di dalam menyusun RUU PBJ jangan sekali-kali diberi “blanko-mandat” kepada pemerintah karena pola tersebut merupakan celah penyimpangan dari sistem tertib administrasi yang bertujuan mencegah KKN. Namun dalam hal yang terkait pelaksanaan teknis tetap diperlukan dalam bentuk Peraturan Presiden atau Peraturan Pemerintah

Saran keempat, tidak diperlukan ketentuan pidana di dalam RUU PBJ tetapi cukup sanksi administrasi dari tebingan, teguran dan peringatan tertulis sampai sanksi terberat, yaitu pemberhentian dengan tidak hormat dan penggantian kerugian Negara sesuai dengan ketentuan Bab XI tentang Penyelesaian Kerugian Keuangan Negara UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

Saran kelima, dalam RUU PBJ pada Pasal 2 harus dicantumkan secara eksplisit bahwa (R) UU PBJ adalah UU Administratif yang diperkuat sanksi administrative dan semua

pelanggaran terhadap ketentuan dalam (R) PBJ dikenakan ancaman sanksi administrative, kecuali terdapat pelanggaran pidana, diterapkan sanksi pidana yang diatur dalam peraturan perundang-undangan pidana.

November 20, 2014

ASPEK HUKUM PENGADAAN
BARANG/JASA PEMERINTAH

NOTULENSI SEMINAR

NOTULENSI SEMINAR ASPEK HUKUM PENGADAAN BARANG/JASA PEMERINTAH

KAMIS 20 November 2014, 09.00 – 10.00 WIB

Pembukaan Oleh Kepala LKPP jam 09.00

Prof. Dr. Romli

Perpres Pengadaan No. 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa merujuk pada UU RI Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang merupakan produk eksekutif dan bersifat administratif semata-mata tanpa ada penguatan sanksi pidana sehingga UU Perbendaharaan Negara tidak termasuk salah satu dari beberapa jenis UU Pidana khusus atau UU Pidana Umum. Setiap permasalahan hukum yang terjadi dalam praktik pelaksanaan UU Perbendaharaan termasuk juga Perpres Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, wajib diselesaikan melalui tata cara penyelesaian sesuai dengan ketentuan dalam UU Perbendaharaan tersebut atau dalam Perpres dimaksud

Dalam menerapkan hukum, Aparat Penegak Hukum (APH) mestinya berpegang pada prinsip hukum, falsafah hukum, sense dan falsafah Pancasila. Jangan sekali-kali memasukkan perkara yang bersifat administratif menjadi perkara pidana.

Kesalahan pengadaan, seharusnya diselesaikan melalui *primum remedium*, bukan *ultimum remedium*. Kesalahan pengadaan diselesaikan dengan cara-cara administrasi yang ada, mekanisme perdata yang ada. Penggunaan pidana adalah yang terakhir saja atau *ultimum remedium*. Jadi dalam setiap kesalahan proses pengadaan jangan langsung menjadi pidana atau *primum remedium*.

Gratifikasi jadi pidana jika setelah lebih dari 30 hari penerima gratifikasi tidak melaporkan akan adanya gratifikasi.

Gratifikasi jika ada pemberian terkait dengan jabatan.

Dalam hal adanya UU pengadaan maka UU tersebut adalah UU dalam rangka pelayanan publik. UU Pengadaan jangan dibebani dengan sanksi-sanksi pidana. Kesalahan pengadaan bukan pidana, sepanjang tidak dilakukan kesalahan pidana berdasar UU yang menyebutkan sebagai tindakan pidana. Sebagaimana dalam UU Pidana khusus atau UU Pidana Umum

Prof. Dr. Eman Suparman

RUU pengadaan barang/jasa tidak boleh bertentangan dengan UU no 25 tahun 2009 tentang pelayanan umum.

Dalam UU pengadaan harus dapat mencegah adanya persekongkolan diantara para pelaku pengadaan barang/jasa.

Rumusan masalah

1. Perpres pengadaan barang/jasa sebaiknya jadi UU;
2. Aspek hukum pengadaan adalah PERDATA

Hukum kontrak antara pemerintah dengan penyedia dalam pengadaan barang/jasa tidak sepenuhnya PERDATA, akan menjadi pidana ketika mengandung pelanggaran dari aspek lainnya. Contoh, kasus penipuan.

Perjanjian kontrak hanya bisa dibatalkan oleh putusan pengadilan, termasuk ketika terjadi wanprestasi.

Sanksi administratif tidak membatalkan kontrak.

Pertanyaan;

BPKP

1. Kenapa perkara administrasi, perdata dalam pengadaan menjadi perkara PIDANA ?

LKPP

2. Perbuatan melawan hukum hanya boleh dituntut jika melanggar UU, bukan PP atau perpres. Apakah kesalahan dalam pelaksanaan Perpres Pengadaan akan menjadi masalah pidana ?
3. Mengenai pencairan jaminan pelaksanaan dilakukan setelah penyedia dinyatakan wanprestasi, tanpa putusan pengadilan apakah hal ini dibenarkan ?.

TANGGAPAN;

1. Apabila terjadi kerugian negara, pihak yang menyebabkan kerugian Negara diharuskan mengganti sejumlah terjadinya kerugian. Diselesaikan dulu, masalahnya, sampai level auditor;
2. PP atau perpres sebagai petunjuk teknis dari UU. Melanggar Perpres pengadaan tidak langsung menjadi tindakan pidana tindak pidana korupsi. PP dan perpres digunakan untuk melihat ketentuan UU yang dilanggar;

3. Menurut pendapat saya, pencairan jaminan harus dilakukan setelah adanya putusan tetap dari pengadilan.