

**PEMINJAMAN NAMA PERUSAHAAN DALAM PENGADAAN
BARANG DAN JASA PEMERINTAH
(Suatu Analisis Hukum Dan Ekonomi)**



**MUH RAYHAN RAMADHAN H
B111 14 394**

**DEPARTEMEN HUKUM MASYARAKAT DAN PEMBANGUNAN
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR**

2019



PENGESAHAN SKRIPSI

PEMINJAMAN NAMA PERUSAHAAN DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH (SUATU ANALISIS HUKUM DAN EKONOMI)

Disusun dan diajukan oleh
MUH. RAYHAN RAMADHAN H

BT 11 14 894

Telah Dipertahankan dihadapan Panitia Ujian Skripsi yang Dibentuk dalam
Rangka Penyelesaian Studi Program Sarjana
Departemen Hukum Masyarakat Pembangunan
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Pada Tanggal 20 April 2019
dan dinyatakan diterima.

Ketua

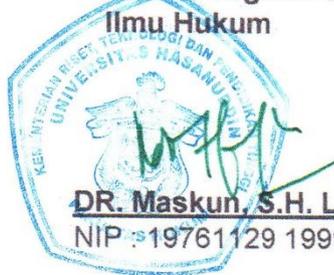
Prof. Dr. Musakkir, S.H., M.H.
NIP : 19661130 199002 1 001

Sekretaris

Dr. Andi Feni Famauri, S.H., M.H.
NIP : 19730508 200312 2 001

A.n Dekan

Ketua Program Studi
Ilmu Hukum



DR. Maskun, S.H. L.L.M.
NIP : 19761129 199903 1 005





**KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI
UNIVERSITAS HASANUDDIN
FAKULTAS HUKUM**

Jl. Perintis Kemerdekaan KM.10 Makassar 90245 Telp/Fax : (0411)584686,587219, E-mail:hukum@unhas.ac.id

PERSETUJUAN MENEMPUH UJIAN SKRIPSI

Diterangkan bahwa skripsi mahasiswa :

Nama : MUHAMMAD RAYHAN RAMADHAN HAMDY
Nomor Pokok : B11114394
Program Studi : Ilmu Hukum
Departemen : Hukum Masyarakat Dan Pembangunan
Judul Skripsi : Peminjaman Nama Perusahaan Dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah (Suatu Analisis Hukum dan Ekonomi)

Memenuhi syarat untuk diajukan dalam ujian skripsi sebagai ujian akhir program studi.

Makassar, Februari 2019

Prof. Dr. Nanzali Halim, SH.,MH
Wakil Dekan Bidang Akademik, Riset dan Inovasi



Prof. Dr. Nanzali Halim, SH.,MH
NIP. 197312311999021003



PERSETUJUAN PEMBIMBING

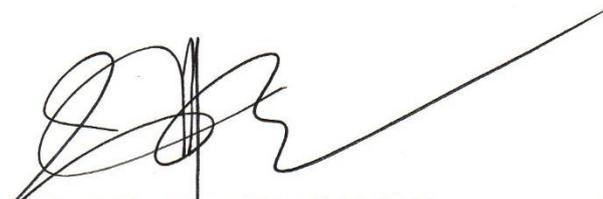
Menerangkan bahwa skripsi mahasiswa :

NAMA : MUH. RAYHAN RAMADHAN H
NOMOR POKOK : B 111 14 394
PROGRAM STUDI : ILMU HUKUM
DEPARTEMEN : HUKUM MASYARAKAT DAN PEMBANGUNAN
JUDUL SKRIPSI : PEMINJAMAN NAMA PERUSAHAAN DALAM PENGADAAN
BARANG DAN JASA PEMERINTAH (SUATU ANALISIS
HUKUM DAN EKONOMI)

Telah diperiksa dan disetujui untuk diajukan dalam ujian skripsi,

Makassar, Februari 2018

Pembimbing I,



Prof. Dr. Musakkir, S.H., M.H.
NIP : 19661130 199002 1 001

Pembimbing II,



Dr. Andi Tenri Famauri Rifai, S.H., M.H.
NIP : 19730508 200312 2 001



DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PENGESAHAN SKRIPSI	ii
PERSETUJUAN PEMBIMBING	iii
PERSETUJUAN MENEMPUH UJIAN SKRIPSI	iv
ABSTRAK	v
KATA PENGANTAR	vi
DAFTAR ISI	vii
DAFTAR TABEL	viii
DAFTAR LAMPIRAN	ix
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	7
C. Tujuan Penelitian	7
D. Manfaat Penelitian	8
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
A. Karakteristik Analisis Hukum dan Ekonomi	9
1. Konsep dasar Sinergitas Ilmu Hukum dan Ilmu Ekonomi	9
2. Konsep Dasar Analisis Keekonomian tentang Hukum.....	12
3. Analisis Hukum dan Ekonomi terhadap Regulasi dan ketentuan hukum	15
Analisis Hukum dan Ekonomi tentang Kontrak	
1. Prinsip Pertukaran Hak dan Kewajiban	22



2. Janji-janji yang bertimbal balik	23
3. Kerugian akibat ingkar janji	24
4. Kelengkapan Kontrak	26
C. Dampak Hukum (<i>Legal Impact</i>)	27
D. Pertanggungjawaban Hukum (<i>Legal Liabilities</i>)	30
E. Aspek Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa	
Pemerintah	33
1. Dasar- Dasar Hukum Kontrak	34
2. Jenis-Jenis Kontrak	38
3. Karakteristik hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa	
Pemerintah	41
F. Tinjauan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018	
mengenai Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa	
melalui Penyedia	43
G. Yurisprudensi mengenai Peminjaman Nama	
Perusahaan	52

BAB III METODE PENELITIAN

A. Lokasi Penelitian	55
B. Jenis dan Sumber Data	55
C. Teknik Pengumpulan Data	56
D. Populasi dan Sampel	57
Teknik Analisis Data	58



BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

- A. Motif dan Mekanisme Peminjaman Nama Perusahaan
dalam Proses Pengadaan Barang dan Jasa
Pemerintah Menurut Perspektif Hukum dan Ekonomi..... 60
- B. Dampak dan Pertanggungjawaban Hukum oleh Para
Pihak dalam Peminjaman Nama Perusahaan pada Pengadaan
Barang dan Jasa Pemerintah Menurut
Perspektif Hukum dan Ekonomi 104

BAB V PENUTUP

- A. Kesimpulan 131
- B. Saran 132

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN-LAMPIRAN



ABSTRAK

MUH. RAYHAN RAMADHAN.H (B11114394), PEMINJAMAN NAMA PERUSAHAAN DALAM PENGADAAN BARANG DAN JASA PEMERINTAH (SUATU ANALISIS HUKUM DAN EKONOMI) di bawah bimbingan Musakkir sebagai Pembimbing I dan Andi Tenri Famauri sebagai Pembimbing II

Kegiatan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah merupakan suatu transaksi komersial, dimana pemerintah mengikatkan diri pada suatu hubungan kontraktual dengan korporasi-korporasi penyedia barang dan jasa. Dalam kontrak pengadaan barang dan jasa. Kolaborasi antara beberapa pihak dalam pelaksanaan suatu pekerjaan merupakan suatu kelaziman yang tidak bisa dipungkiri dalam praktiknya..Praktik Peminjaman nama perusahaan merupakan salah satu bentuk kolaborasi atau kemitraan ekonomi yang biasa atau lazim digunakan oleh beberapa orang/korporasi penyedia barang dan jasa sebagai hubungan kontraktual antara para pihak dalam melaksanakan kegiatan ekonomi dan bisnis dalam bidang pengadaan barang dan jasa di Indonesia,

Penelitian bertujuan untuk meneliti motif para pihak yang melakukan kontrak dan mekanisme kontrak peminjaman nama perusahaan dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah sebagai suatu perilaku hukum oleh korporasi serta dampak hukum dan pertanggung jawaban hukum yang timbul atas praktik peminjaman nama perusahaan tersebut.

Penelitian ini menghasilkan kesimpulan bahwa motif peminjaman nama perusahaan secara internal berupa pertimbangan rasional terhadap nilai keuntungan berupa nilai keuntungan yang bersifat moneter dan non-moneter dan secara eksternal berupa kendala perusahaan dalam memenuhi klasifikasi dan kualifikasi serta spesifikasi teknis pekerjaan. Mekanisme peminjaman nama perusahaan pada pokoknya mengandung kegiatan Kontrak pinjam sewa, pemberian kuasa direksi, Kontrak pengadaan barang dan jasa yang terdapat pertukaran hak dan kewajiban dalam mencapai keuntungan bersama serta terdapat *risk exposure* dan upaya *gap filling*. Dampak dan pertanggungjawaban hukum oleh para pihak dalam praktik tersebut memiliki dampak hukum positif dan pertanggungjawaban hukum yang mutlak dan relatif apabila ditinjau dari prinsip hukum dan ekonomi.



ABSTRACT

MUH. RAYHAN RAMADHAN.H (B11114394), LOANS OF COMPANY NAMES IN THE PROCUREMENT OF GOVERNMENT GOODS AND SERVICES (THE LAW AND ECONOMIC ANALYSIS) under the guidance of Musakkir as Supervisor I and Andi Tenri Famauri as Supervisor II

Government Procurement of Goods and Services is a commercial transaction, where the government attaches itself to a contractual relationship with companies of goods and services provider. In procurement of goods and services contract. The collaboration between several parties at work involves cannot be denied in common practice. The loan of company names is one form of collaboration or economic partnership were usually or commonly used by several people/companies of goods and services provider as a contractual relationship between parties to doing the economic and business activities of procurement of goods and services in Indonesia,

The aim of this study is discussing about the motives of the parties who has made a contract and the mechanism of loan of company names contract in the procurement of government goods and services as a legal behavior of corporations and also to discussing the legal impact and legal liabilities of loan of company names contract.

Conclusions of this study is the motives of loan of company names internally consists of a Value assessment of people, monetary and non-monetary and also the external motives consist of the classification, qualifications and technical specifications of the work as obstacle of companies. The mechanism of loan of company names contract basically consist of a mechanism of the lease contracts, The authorization direction Contract and the procurement of goods and services contract which contains about rights and obligation exchange, and also contains about risk exposure assesment and gap filling efforts. The legal impact and legal liabilities by parties in this practice consist of positive impact and relative impact and several liabilities as the reviewed of law and economic analysis.



KATA PENGANTAR

AssalamuAlaikum Warahmatullahi Wabarakatuh.

Puji syukur kita panjatkan kehadiran Allah SWT, karena atas berkah dan hidayah-nya sehingga penulis dapat menyelesaikan skripsi ini yang berjudul “Peminjaman Nama Perusahaan dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah (Suatu Analisis Hukum dan Ekonomi)” Skripsi ini diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada program Strata Satu (S1) Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

Salam dan shalawat kepada junjungan Nabi besar Muhammad SAW dan Keluarganya serta Para Sahabatnya yang telah mengajarkan keteladanan, ketakwaan dan kearifan sebagai manusia yang hidup di zaman ini, tentu dalam penyusunan skripsi ini masih jauh dari sempurna baik dari materi maupun dalam penulisannya, untuk itu saran dan kritik yang bersifat membangun sangat penulis harapkan. Penulis menyadari bahwa bahwa tanpa berkat, rahmat dan karunia Allah SWT dan bantuan dari berbagai pihak mustahil penulisan skripsi ini dapat terselesaikan, maka pada kesempatan ini dengan penuh rasa hormat penulis menyampaikan penghargaan yang setinggi-tingginya serta ucapan terima kasih kepada Terkhusus untuk kedua orang tua yang saya cintai, ayahanda Amran Hamdy dan Ibunda Yusnani Machmud serta semua pihak yang telah

itu terselesaikannya skripsi ini, utamanya kepada



1. Prof. Dr. Dwia Aries Tina Pulubuhu, M.A, selaku Rektor Universitas Hasanuddin beserta staf dan jajarannya.
2. Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M. Hum selaku Dekan Fakutlas Hukum Universitas Hasanuddin, Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H. selaku Wakil Dekan I, Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H., M.H. selaku Wakil Dekan II, dan Dr. Hasrul, S.H., M.H. selaku Wakil Dekan III Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
3. Prof. Dr. Musakkir, S.H., M.H. selaku Pembimbing I, Dr.Andi Tenri Famauri S.H., M.H. selaku Pembimbing II atas bimbingan yang senantiasa memberikan petunjuk dan arahan serta waktu yang diberikan kepada penulis dalam menyelesaikan skripsi ini.
4. Prof. Dr. H.M. Arfin Hamid, S.H., M.H., Dr. Hasbir Paserangi S.H., M.H dan Dr. Ratnawati, S.H., M.H. selaku tim penguji penulis.
5. Ariani Arifin, S.H., M.H. selaku penasehat akademik yang selalu memberikan saran dan kritik kepada penulis selama perjalanan studi di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
6. Para Dosen Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang telah ikhlas memberi pengajaran kepada penulis selama di bangku kuliah serta staf akademik Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
7. Ketua dan Segenap staf Lembaga Pengembangan Jasa Kontruksi Sulawesi Selatan yang telah membantu penulis selama penelitian.



8. Bapak Andi Kilat Karaka selaku Narasumber Penelitian saya yang sangat ramah dan baik kepada saya telah memberikan informasi dan Ilmu yang berharga dalam penyelesaian tulisan ini.
9. Terima kasih yang sebesar-besarnya kepada Ba'bah, (Alm) Prof. Dr. Abu Hamid. M.Si yang pertama kali memperkenalkan saya Buku Filsafat dan Sejarah serta mengajarkan saya untuk terus berfikir kritis dan mencintai Ilmu Pengetahuan.
10. Terima kasih yang sebesar besarnya kepada keluarga besar Abu Hamid (Hamdy) dan Keluarga Besar Machmud Ruppia (Pallangga Gowa), Karena terlalu banyak dan semuanya punya peran yang sangat penting jadi tidak bisa saya sebutkan satu persatu namanya yang telah memberikan motifasi lebih dan semangat lebih untuk saya, dan bisa dikatan sebagai salah satu aspek terpenting dalam kehidupan saya.
11. Terima kasih yang sebesar-besarnya kepada Ibu Dr. Wiwie Heryani. S.H.,M.H selaku Ketua Departement Hukum Masyarakat Pembangunan, Dewan Pembina Kakanda Alumni HMP, Teman-teman dan Adik-adik Law and Society Studies Institute Unhas yang selama ini memberikan motivasi lebih kepada saya untuk mengembangkan wacana hukum masyarakat pembangunan, dan tentunya menjadi salah satu penyemangat dalam menyelesaikan

skripsi



12. Terima kasih untuk Kanda-kanda, Teman-teman dan Adik-adik Hasanuddin Law Study Center, terkhusus pada Tim Delegasi NMCC Pringgodigdo 2015 serta Divisi Litbang yang tidak bisa saya sebutkan satu-persatu yang selama ini memberikan motivasi lebih kepada saya untuk mengembangkan wacana hukum dan kemampuan praktis di bidang hukum, serta menjadi salah satu penyemangat dalam menyelesaikan skripsi
13. Terima Kasih untuk buat Kanda-kanda, Teman-teman dan Adik-adik. Keluarga Mahasiswa Nahdlatul Ulama Unhas dan Gusdurian Makassar
14. Terima kasih buat Kanda-kanda, Teman-teman dan Adik-adik Ika SMANSA Makassar yang selalu menjaga silaturahmi dan memberikan semangat kepada saya untuk dapat menyelesaikan studi.
15. Terima kasih untuk sahabat seperjuangan, Muhammad Faisal. SH dan Thareq Dwi Chairul Umam. SH yang selama ini memberi kritik dan saran, canda tawa kepada penulis saat suka maupun duka.
16. Terima kasih rekan-rekan seperjuangan saya angkatan Diplomasi 2014 Hukum Unhas yang tidak bisa saya sebutkan satu persatu baik yang telah berjuang di luar kampus dan yang masih berjuang dalam kampus.



Terima kasih khusus saya sampaikan kepada para kakanda-kakanda yang telah saya anggap sebagai guru saya dalam

berbagai, Kakanda Syarif Nur, Kakanda Armansyah, Kakanda Hadi Iman, Kakanda Khairil, Kakanda Fairuz, Kakanda Ansar, Kakanda Hartono Tasir, Kakanda Zainul Alim, Kakanda Resha Siregar, Kakanda Imam Martono, Kakanda Kahar Mawansyah, serta kanda-kanda yang tidak bisa saya sebutkan satu persatu yang telah berjuang dalam dunia profesi hukum maupun akademisi.

18. Teman-teman KKN gelombang 96 Universitas Hasanuddin Tahun 2014 Kabupaten Bantaeng, Kecamatan Pajukukang, terkhusus Tim Pajukukang Nackal dan H. Nurung Kepala Desa Biangloe beserta keluarganya, yang telah banyak membantu dan mewarnai hari-hari saya selama KKN.

19. Terima Kasih saya sampaikan kepada Safwa Annisa, salah satu wanita yang telah banyak memotivasi saya untuk dapat menyelesaikan skripsi.

Harapan saya sebagai penulis, semoga skripsi ini pembelajaran bagi para pembaca semua, Semoga skripsi ini bisa menjadi salah satu sumber ilmu yang bermanfaat bagi pembaca.

Wassalamualaikum warahmatullahi wabarakatuh.

Penulis

MUHAMMAD RAYHAN RAMADHAN HAMDY



DAFTAR TABEL

Tabel 1.	Motif Internal peminjaman nama perusahaan	68
Tabel 2.	Motif Eksternal Peminjaman nama perusahaan	71
Tabel 3.	Tahap Pra-Kontrak Peminjaman Nama Perusahaan	75
Tabel 3.	Tahap Kontrak Peminjaman Nama Perusahaan dalam Proses Pendaftaran dan Lelang Pemilihan Penyedia	76
Tabel 5	Tahap Kontrak Peminjaman Nama Perusahaan dalam Proses Pelaksanaan Kontrak Pemerintah	77
Tabel 5.1.	Dokumen Kontrak	91
Tabel 5.2.	Resiko Pelaksanaan Kontrak pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dan Kuasa Direksi	99
Tabel 6.	Konsep Tujuan dari Perspektif Hukum dan Ekonomi	107
Tabel 7.	Konsep Tujuan dari Perspektif Hukum Kontrak	107
Tabel 8.	Konsep Tujuan dari Perspektif Hukum Pengadaan barang dan jasa pemerintah (Publik dan Administratif).....	107
Tabel 9	Dampak Positif dari perspektif Hukum dan Ekonomi yang Bersifat Pasti	108
Tabel 10	Dampak Positif dari perspektif Hukum dan Ekonomi yang bersifat Relatif	109
Tabel 11	Dampak Positif dari perspektif Asas Hukum Kontrak	112
Tabel 12	Dampak Positif berdasarkan Tujuan dan Mekanisme Kontrak	113
	Dampak Positif dari perspektif Hukum Pengadaan Barang dan	



	Jasa Pemerintah yang Bersifat Pasti.....	114
Tabel 13	Dampak Positif dari perspektif Hukum Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah yang Bersifat Relatif.....	115
Tabel 15	Pertanggungjawaban Hukum dan sanksi Hukum Administrasi atas Dasar Pelaksanaan Kontrak yang diatur dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2015	128



DAFTAR LAMPIRAN

Lampiran 1 : Surat Keterangan Penelitian

Lampiran 2 : Contoh Dokumen Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa
Pemerintah

Lampiran 3 : Contoh Akta Kuasa Direksi



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Kesatuan Republik Indonesia dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara, pemerintah senantiasa dituntut untuk memajukan kesejahteraan umum. Untuk mengemban kewajiban ini, pemerintah mempunyai kewajiban menyediakan kebutuhan rakyat dalam berbagai bentuknya baik berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Di sisi lain, pemerintah juga memerlukan barang dan jasa itu dalam melaksanakan kegiatan pemerintahan. Pemenuhan kebutuhan barang dan jasa merupakan bagian penting dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam kaitan dengan pemenuhan kebutuhan inilah maka pembuatan kontrak menjadi praktik rutin. Pelaksanaan transaksi komersial baik oleh pemerintah pusat maupun pemerintah daerah karenanya menjadi suatu kelaziman.¹

Pemerintah yang melibatkan diri ke dalam suatu transaksi komersial maka berkonsekuensi pada pemerintah mesti mengikatkan diri pada suatu hubungan kontraktual dengan korporasi-korporasi penyedia barang dan jasa. Dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, kolaborasi antara beberapa pihak dalam pelaksanaan suatu pekerjaan merupakan suatu kelaziman yang tidak bisa dipungkiri. Kolaborasi beberapa pihak dalam

an pengadaan barang dan jasa pemerintah disebut juga sebagai

amora, Y. *Hukum Kontrak, Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan barang dan Jasa di Indonesia*. Surabaya: LaksBang PRESSindo, 2017, hlm. 1



pengalihan kontrak (subkontrak). Asas kebebasan berkontrak dan iktikad baik yang telah diketahui bersama meniscayakan lahirnya berbagai macam jenis kontrak maupun subkontrak yang digunakan oleh korporasi penyedia barang dan jasa dalam melakukan kolaborasi atau kemitraan ekonomi.

Praktik peminjaman nama perusahaan merupakan salah satu bentuk kolaborasi atau kemitraan ekonomi yang biasa atau lazim digunakan oleh beberapa orang/korporasi penyedia barang dan jasa sebagai hubungan kontraktual antara para pihak dalam melaksanakan kegiatan ekonomi dan bisnis dalam bidang pengadaan barang dan jasa di Indonesia, dari dulu hingga kini.

Menurut keterangan narasumber Andi Kilat Karaka (Ketua Lembaga Pengembangan Jasa Konstruksi Sulawesi Selatan) sekaligus sebagai Narapidana Korupsi yang terbukti bersalah karena meminjamkan nama perusahaannya pada proyek pengadaan jasa konstruksi pemerintah pembangunan rumah sakit pratama di Kabupaten Enrekang, Ia menyatakan bahwa "Pinjam nama perusahaan atau pinjam bendera perusahaan merupakan istilah yang sering digunakan pada bentuk kemitraan ekonomi dalam bidang pengadaan barang dan jasa yang pada dasarnya sering digunakan oleh beberapa kontraktor atau korporasi penyedia barang dan jasa untuk meminjamkan atau meminjam nama perusahaannya kepada orang/perusahaan lain untuk melakukan tender proyek pengadaan barang dan jasa khususnya pengadaan barang dan jasa

...tah. Berdasarkan pengalaman saya metode ini tidak memiliki ...alahan sama sekali karena telah menjadi sebuah kebiasaan dalam



dunia penyedia barang dan jasa khususnya jasa konstruksi selama ini, walaupun tidak bisa dipungkiri bahwa dalam beberapa kasus tindak pidana korupsi metode tersebut telah menjerat beberapa orang/korporasi, karena Hakim menganggap perbuatan tersebut melanggar Pasal 87 Ayat (3) Peraturan Presiden 54 Tahun 2010 dan menyebabkan timbulnya kerugian Negara”.²

Pada salah satu Yuriprudensi yaitu Putusan Nomor 16/Pid.Sus-TPK/2018/PN-Mks, dimana dalam *Judex Facti* halaman 102 dijelaskan bahwa peminjaman nama perusahaan merupakan tindakan mengalihkan keseluruhan pekerjaan dan dianggap menyalahgunakan wewenang sebab telah melanggar Pasal 87 Ayat (3) Peraturan Presiden 54 Tahun 2010 yang mengatur bahwa “Penyedia barang/jasa dilarang mengalihkan pelaksanaan pekerjaan utama berdasarkan kontrak dengan melakukan subkontrak kepada pihak lain, kecuali sebagian pekerjaan utama kepada penyedia barang/jasa spesialis” dan secara kausal dianggap merupakan tindakan yang dapat/telah menimbulkan kerugian negara serta membebankan pertanggungjawaban pidana kepada Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), pihak yang meminjamkan perusahaan maupun pihak yang meminjam perusahaan dalam hal ini sebagai aktor langsung dalam pelaksanaan proyek dari awal hingga akhir, kemudian hakim mengenyampingkan nota pembelaan terdakwa sebagai korporasi yang meminjamkan nama perusahaannya, menyatakan bahwa meminjamkan



—
Pendahuluan (Pre-Research) Wawancara : Makassar, 10 Oktober 2018

nama perusahaannya melalui surat kuasa direksi dan subkontrak yang dimaksud dalam Pasal 87 Ayat (3) itu berbeda.

Dari tahun 2013 hingga tahun 2018 telah beberapa para pengguna kontrak pinjam nama perusahaan tersebut yang telah dijatuhkan pidana dalam kasus tindak pidana korupsi, seperti kasus perusahaan Grup Permai³ hingga kasus kontraktor Mangun Situmorang yang telah terpidana melakukan praktik pinjam nama perusahaan dalam kasus korupsi pengadaan barang dan jasa di Kabupaten Batubara, Sumatera Utara pada tahun 2017.⁴

Pada tanggal 22 maret 2018, Menteri Hukum dan HAM Republik Indonesia telah mengesahkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 sebagai pengganti Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah. Dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 ini terdapat 227 perubahan atas Perpres sebelumnya, baik itu berupa penambahan beberapa pasal dan menghilangkan beberapa pasal yang telah ada sebelumnya.

Jika melihat pada Perpres Nomor 16 Tahun 2018 Pasal 87 Ayat (3) yang menjadi dasar hukum, dari praktik peminjaman nama perusahaan tersebut dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum tidak lagi diatur dalam Peraturan Presiden yang baru tersebut, sehingga berdasar dari hal tersebut, dapat dipahami secara sederhana bahwa peminjaman nama perusahaan dibolehkan atas dasar prinsip kebebasan berkontrak atau



No : 68/PID.B/TPK/2012/PN.JKT.PST
Nomor:112/Pid.Sus-TPK/2017/PN Mdn

setidak-tidaknya tidak dapat dijatuhkan sanksi pidana atas dasar perbuatan melawan hukum.

Perubahan hukum tersebut sebagai suatu tindakan hukum (*legal act*) yang dilakukan oleh pemerintah, menjadi sebuah permasalahan hukum tersendiri dalam konstruksi *Ius Constitutum* (normatif) dan pendekatan *Ius Operatum* (empiris). Menurut Musakkir, apabila dibuat suatu konstruksi hukum dan kebijakan-kebijakan untuk merealisasi tujuan-tujuannya, maka merupakan suatu hal yang esensial bahwa kita mempunyai pengetahuan empiris tentang akibat yang dapat ditimbulkan dengan berlakunya undang-undang atau kebijakan-kebijakan tertentu terhadap perilaku masyarakat.⁵

Berdasarkan beberapa *Judex Facti* (fakta pengadilan) dengan kasus terkait, praktik tersebut dapat dan bahkan telah terbukti menimbulkan kerugian negara namun dalam praktiknya beberapa pengusaha penyedia barang dan jasa melakukan praktik pinjam nama perusahaan yang tidak mengakibatkan pada merugikan keuangan Negara dan cenderung baik-baik saja. Kemudian, belum lagi setelah disahkannya Perpres Nomor 16 Tahun 2018, status hukum dari tindakan peminjaman nama perusahaan tersebut menjadi kabur atau tidak jelas, sehingga akan berpotensi menjadi sebuah permasalahan hukum tersendiri dalam upaya penegakan hukum oleh hakim demi mewujudkan keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum melalui putusan pengadilan.



Putusan Hakim yang Diskriminatif dalam Perkara Pidana, Suatu Tinjauan Sosiologi dan Psikologi Hukum, Jakarta: Rangkang Education dan Republik Institute. 2013

Menurut Musakkir, putusan hakim bukan hanya tugas praktis tetapi juga merupakan tugas ilmiah. Oleh karena itu, idealnya suatu putusan hakim bilamana memenuhi syarat ilmiah dan syarat praktis. Putusan hakim seyogianya memenuhi syarat teoritis maupun syarat praktis. Syarat teoritis suatu putusan hakim antara putusan itu merupakan karya ilmiah yaitu logis, sistematis dan metodis. Kemudian Musakkir juga menambahkan bahwa selain putusan hakim mesti mencerminkan dan sejalan dengan tujuan filosofis serta memenuhi syarat juridis, putusan hakim harus dapat memenuhi syarat sosiologis yaitu dapat memberi rasa keadilan atau sesuai dengan keadilan masyarakat, memulihkan hubungan sosial antar pihak dan memberikan kemanfaatan.⁶

Kemudian, dampak hukum (*legal impact*) yang dapat ditimbulkan dari perubahan hukum tersebut perusahaan penyedia barang dan jasa semakin bebas untuk menggunakan metode tersebut sebagai sebuah kebiasaan dan kelaziman yang pada dasarnya belum dikenal dan dikaji secara jelas, mekanisme, dampak hukum dan tingkat kemanfaatan (*Utility*) serta tingkat efektifitas dari praktik tersebut melalui pendekatan Ilmu hukum khususnya pada kajian analisis keekonomian dalam hukum,

Berdasarkan permasalahan di atas maka perlu untuk dilakukan penelitian dan analisis lebih lanjut terhadap praktik peminjaman nama perusahaan tersebut dengan menggunakan pendekatan *Ius Operatum*, dengan melihat praktik tersebut dalam pelaksanaan pengadaan barang dan

merintah secara empiris dan objektif serta melakukan analisis

124



hukum dan ekonomi guna untuk mengkaji faktor-faktor hukum dan ekonomi terhadap perilaku orang/korporasi sehingga melakukan praktik atau metode tersebut, kemudian mengkaji mekanisme serta dampak hukum dan ekonomi yang timbul dalam praktik tersebut, sehingga bagaimana kemudian menjadi suatu bahan acuan dan pertimbangan untuk selanjutnya diatur lebih jelas dan kongkrit dalam aturan hukum yang tertulis.

B. Rumusan Masalah

Penelitian ini berangkat dari perumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah motif dan mekanisme peminjaman nama perusahaan dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah menurut perspektif hukum dan ekonomi ?.
2. Bagaimanakah dampak dan pertanggungjawaban hukum oleh para pihak dalam peminjaman nama perusahaan pada pengadaan barang dan jasa pemerintah menurut perspektif hukum dan ekonomi ?.

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan identifikasi rumusan masalah tersebut, Penelitian ini memiliki tujuan sebagai berikut :

1. Mengetahui secara mendalam dan memperjelas motif dan mekanisme peminjaman nama perusahaan dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah menurut perspektif hukum dan ekonomi

Mengetahui secara mendalam dan memperjelas dampak dan tanggung jawaban hukum oleh para pihak dalam peminjaman nama



perusahaan pada pengadaan barang dan jasa pemerintah menurut perspektif hukum dan ekonomi.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan memberikan manfaat baik secara teoritis maupun secara praktis yaitu sebagai berikut:

1. Manfaat Teoritis

Secara teoritis diharapkan penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan teori-teori Hukum dan Ekonomi melalui berbagai pendekatan disiplin Ilmu Ekonomi terhadap keilmuan hukum sebagai studi komparatif dalam bidang Hukum Kontrak, Hukum Pidana Korporasi dan Hukum Pengadaan barang dan jasa pemerintah.

2. Manfaat Praktis

Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan beberapa manfaat, yaitu: Penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan evaluasi terutama pada Korporasi Penyedia barang dan Jasa serta Pemerintah dalam melaksanakan mekanisme hukum pengadaan barang dan jasa pemerintah serta dapat menjadi bahan pertimbangan Hakim dalam menyelesaikan Perkara Perdata, Pidana maupun Tata usaha Negara yang berkaitan dengan peminjaman nama perusahaan dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Karakteristik Analisis Hukum dan Ekonomi

1. Konsep dasar Sinergitas Ilmu Hukum dan Ilmu Ekonomi

Ilmu Hukum atau Jurisprudence berasal dari dua kata Latin, yaitu Juris berarti hukum, prudens berarti ilmu, keahlian, teori, bahkan mencakup pengertian filsafat sehingga istilah Jurisprudence diartikan sebagai Ilmu Hukum, teori hukum atau filsafat hukum⁷

Menurut Achmad Ali, Ilmu Hukum dapat dibedakan ke dalam 3 klasifikasi, atau dapat juga disebut dengan tiga pendekatan ilmu hukum yaitu ⁸

- a. *Ius Constitutum*, mengkaji secara normatif aturan-aturan dan asas-asas hukum yang ada dalam berbagai perturan perundang-undangan atau sering disebut *law in books*
- b. *Ius Constituendum*, mengkaji tentang hal-hal yang ideal dalam hukum, atau disebut *law in idea*
- c. *Ius Operatum* mengkaji secara empiris terhadap hukum yang berfokus pada bagaimana hukum bekerja di dalam kenyataanya.atau disebut *law in action*.

Pengkajian Ilmu hukum pada dasarnya tidak dapat hanya dikaji sebagai ilmu yang membahas tentang peraturan hukum yang tertulis



Ali, Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialpurdence). Volume I.
Pancana Prenada Media Group. 2009, hlm. 13
18

namun hukum mesti juga dikaji secara empiris dengan berfokus pada bagaimana hukum bekerja di dalam kenyataannya atau dalam tataran praktisnya, melihat bagaimana hukum dapat efektif untuk memberikan dampak berupa perilaku masyarakat, untuk mencapai tujuannya dari lahirnya aturan hukum tersebut. Menurut Lawrence M Friedman pada dasarnya salah satu fungsi penting dari peraturan adalah sebagai penuntun perilaku, dalam kondisi bagaimana orang-orang menggunakan atau bereaksi terhadap peraturan hukum, dalam kondisi apa mereka menolak, menyalahgunakan, atau mengabaikan hukum.⁹

Ilmu Ekonomi pada dasarnya mempelajari bagaimana perilaku manusia menentukan pilihan.¹⁰ Walter J. Wassels menambahkan selain mempelajari tentang perilaku manusia, ilmu ekonomi juga mengasumsikan bahwa setiap orang adalah makhluk rasional, selau berkeinginan untuk peningkatan/perbaikan (*maximization*) demi kesejahteraannya, untuk mencapai keduanya itu mereka dapat melakukan yang dirasa terbaik buat mereka.¹¹

Sinergitas Ilmu Hukum dan Ilmu Ekonomi dapat kita lihat bahwa keberadaan ilmu hukum dan ilmu ekonomi keduanya secara keilmuan berkaitan dengan perilaku manusia, secara luas Ilmu hukum mempelajari bagaimana mengatur perilaku manusia sementara Ilmu ekonomi mempelajari perilaku manusia itu sendiri yang terkhusus pada perilaku



⁹ Lawrence M, Sistem Hukum, Perspektif Ilmu Sosial diterjemahkan dari Buku The Law, A Social Science Perspective, Bandung: Nusa Media, 2015, hlm. 61
¹⁰ Pratama, Manurung Mandala, Ilmu Ekonomi, Mikroekonomi dan Makroekonomi. Edisi Ketiga. Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia. 2008, hlm, 1
¹¹ Jianto, Economic Analysis of Law, Seri Analisis ke-ekonomian tentang hukum. Jakarta: Seri 1 Kencana Prenada Media Group, 2014

manusia dalam memenuhi kebutuhannya, sehingga keduanya memiliki korelasi yang erat, saling mengisi (*Interpendence*) satu dengan lainnya, saling membutuhkan dan tidak berdiri sendiri.

Richard Posner berpendapat, Ilmu ekonomi merupakan ilmu pengetahuan tentang pilihan rasional di tengah-tengah keterbatasan sumber yang diinginkan manusia. Tugas ilmu ekonomi untuk menggali implikasi-implikasi terhadap dasar pemikiran bahwa manusia sebagai makhluk sosial selalu menginginkan perbaikan kehidupannya. Tujuan dan kepuasan di dalam perbaikan manusia tersebut dapat dikatakan kepentingan pribadi (privat). Keberadaan hukum di tengah-tengah kehidupan ini, pada dasarnya sebagai perangkat aturan atau sanksi-sanksi yang bertujuan untuk mengatur perilaku manusia yang pada hakikatnya berkeinginan untuk peningkatan kepuasannya, sebagaimana hal ini menjadi bagian dari ilmu ekonomi, sedangkan hukum, dibuat dan digunakan untuk tujuan meningkatkan kepentingan umum seluas-luasnya.¹²

Korelasi keilmuan dan sinergitas antara ilmu hukum dan ekonomi yang telah diuraikan di atas, diketahui bahwa ilmu ekonomi membantu untuk dapat mengamati hukum dan ilmu hukum dengan perangkat analisis ke-ekonomian untuk bagaimana kemudian mencapai tujuan dan cita-cita hukum melalui mendorong untuk menjalankan fungsi hukum sebagai *tools of social engineering* dan *tools of social control* dalam mengubah perilaku

(*altering behaviors*).



. 35

2. Konsep Dasar Analisis Keekonomian tentang Hukum

Analisis keekonomian tentang Hukum atau dalam terjemahan bahasa Inggrisnya *Economic analysis of law* di pelopori oleh Jeremy Bentham sekitar abad ke-18. Pemikiran Bentham ini baru mendapat tanggapan secara akademik sehingga *Economic analysis of law* menjadi interdisipliner setelah Tahun 1960-an.¹³

Konsep pemikiran analisis keekonomian tentang hukum diawali dari fondasi Utilitarianisme yang dibangun oleh Jeremy Bentham, menekankan prinsip kemanfaatan sebagai doktrin ilmu hukum. Pemikiran ini sebenarnya merupakan jalan tengah ketika hukum dihadapkan kepada dua pemikiran yang saling bertolak belakang, yaitu keadilan (*justice*) dan kepastian hukum (*legal certainty*). Menurut Bentham, hukum barulah dapat diakui sebagai hukum apabila dapat memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya kepada orang terbanyak.¹⁴ Menurut Bentham, tujuan suatu peraturan hukum harus dapat mencapai:¹⁵

1. *To provide subsistence* (untuk memberi nafkah hidup);
2. *To provide abundance* (untuk memberikan kebutuhan berlimpah);
3. *To provide security* (untuk memberikan perlindungan);
4. *To provide equitity* (untuk mencapai persamaan).

Posner menanggapi kerangka pemikiran utilitarianisme ini dengan konsepnya sendiri tentang analisis keekonomian tentang hukum, namun tetap sedasar dengan konsep inti Bentham. Konsep tersebut oleh Posner



. 7
jianto, Op.Cit. hlm. 41-42
Ali, Op.Cit. hlm. 76-77

berawal mula dari pengertian dasar bahwa pada dasarnya manusia sebagai makhluk hidup adalah *homo economicus*, artinya dalam mengambil tindakan untuk pemenuhan kebutuhan ekonomisnya, mereka mengedepankan nilai ekonomis dengan alasan-alasan dan pertimbangan ekonomis. Dalam melakukan semuanya itu, manusia selalu diberi pilihan untuk mendapatkan kepuasan atau kebahagiaan ekonomis yang pada akhirnya ditujukan kepada peningkatan kemakmuran (*wealth maximizing*), sehingga dapat dikatakan manusia merupakan makhluk yang memiliki rasionalitas baik dari segi moneter atau non-moneter untuk meningkatkan taraf hidup mereka (*rational maximers*).¹⁶

Menurut Cooter dan Ulen, analisis ke-ekonomian tentang hukum dilakukan untuk menjawab permasalahan-permasalahan dengan mengutarakan definisi berbeda dan asumsi-asumsi hukum yang berbeda pula untuk mendapatkan gambaran tentang kepuasan dan peningkatan kebahagiaan. Ini dilakukan dengan menekankan kepada rasionalitas manusia dan keinginannya untuk proses efisiensi di tengah-tengah usahanya untuk pencapaian tujuan individu dan sosial.¹⁷

Pada dasarnya, dapat dikatakan bahwa analisis keekonomian tentang hukum adalah analisis hukum yang dikonstruksikan dengan menggunakan konsep-konsep ekonomi untuk menjelaskan dampak-dampak suatu aturan hukum. Dampak hukum menurut Lawrence M Friedman mengandung arti perilaku yang secara kausal terkait dengan



Brown, Philosophy of Law, The Economic Analysis of Law, United Kingdom: Wiley-2010, hlm. 129
. 48

peraturan atau perintah. Terlepas dari apa yang ada dalam benak si pembuat peraturan.¹⁸

Menurut Fajar Sugianto ada 4 konsep dasar analisis ke-ekonomian tentang hukum yang menjadi asumsi dasar serta menjadi teknik sentral didalam analisis kerangka kerja (*Framework Analysis*) pembangunan Analisis keekonomian tentang hukum. yaitu diantara lain:¹⁹

- a. Konsep Pilihan Rasional (*Rational Choice*) mengenai konsep dasar manusia sebagai makhluk rasional untuk memilih pilihan berdasarkan pertimbangan untung rugi, kelebihan-kekurangan, kemampuan-keterbatasan, sesuai dengan tingkat rasionalitasnya dengan membandingkan biaya yang harus dikeluarkan dan hasil yang akan diperoleh. Dan selain itu manusia juga memiliki kemampuan untuk mencari alternatif terbaik berikutnya (*the next best alternatif*) sebagai upaya peningkatan (*Maximizing*).
- b. Konsep Nilai (*Value*) mengenai konsep dasar bahwa manusia yang memiliki keinginan atau hasrat (*Desirability*) terhadap sesuatu yang berarti atau penting (*significance*) baik secara moneter atau non-moneter sehingga sifat yang melekat tersebut berupa kepentingan pribadi (*self-interest*).
- c. Konsep Efisiensi (*Efficiency*) mengenai konsep penilaian ekonomis dari suatu barang/jasa dalam suatu tindakan-tindakan ekonomi demi mencapai keberhasilan maksimum, dengan cara menilai mutu



Lawrence M., Op.Cit, hlm. 64
Sugianto, Op.Cit, hlm. 49-59

kapasitas atau kesanggupan, daya produksi, kemampuan untuk menghasilkan hasil yang diinginkan secara tetap, memiliki daya guna dan tepat sasaran.

- d. Konsep Utilitas (*Utility*) mengenai konsep penilaian ekonomi dari hasil yang diperoleh melalui pengambilan keputusan dalam memilih pilihan dan pilihan alternatif lainnya, apakah hasil tersebut menghasilkan keuntungan yang lebih bermanfaat, berfaedah (*meritorious*) baik secara moneter maupun non-moneter.

5. Analisis Hukum dan Ekonomi terhadap Regulasi dan ketentuan hukum.

Peranan hukum pada era globalisasi ekonomi dan perdagangan bebas menjadi sangat penting keberadaanya untuk dapat mengatur mekanisme perekonomian. Produk hukum yang berupa regulasi dan ketentuan hukum implikasinya selalu ditantang untuk mampu mengakomodir desakan globalisasi. Dari sudut pandang ekonomi, menurut Fajar Sugianto,²⁰ produk hukum yang mampu mengakomodir berarti produk yang progressif, berlaku efektif, bekerja efisien dan responsif terhadap perkembangan dan tuntutan zaman. Untuk menjadi demikian, langkah pertama ialah regulasi dan ketentuan hukum harus dapat diandalkan (*reliable*).

Prinsip-prinsip, dan asas-asas hukum serta prinsip-prinsip ekonomi dapat melakukan upaya filterisasi guna menghasilkan produk hukum yang

sehingga dapat dilihat karakter dan tujuan dasar, fungsi,



. 61

kemampuan, kualitas dan presisi penyusunan suatu produk hukum (dalam hal ini regulasi dan ketentuan hukum). Dengan kejernihan ini, dapat diproyeksi ketentuan-ketentuan hukum seperti apa dan bagaimanakah yang seharusnya patut diberlakukan.

Sebagaimana, yang dikemukakan oleh Bryan A Garner bahwa prinsip hukum adalah *a basic rule, law or doctrine*.²¹ Selanjutnya Paul Scholten mengemukakan bahwa prinsip hukum adalah pikiran-pikiran dasar yang terdapat didalam dan dibelakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan, perundang-undangan dan putusan-putusan hakim yang berkenaan dengannya ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.²²

Menurut Belfroid, asas atau prinsip hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Jadi prinsip hukum merupakan kristalisasi (pengendapan) hukum positif dalam masyarakat.²³

Menurut Satjipto Rahardjo meskipun prinsip hukum bukan merupakan norma hukum namun tidak ada suatu norma hukum yang dapat dipahami tanpa mengetahui prinsip-prinsip hukum yang terdapat di dalamnya.²⁴ Berdasarkan pendapat para pakar hukum tadi, dapat dikatakan bahwa keberadaan kedudukan prinsip hukum sangatlah penting. Dalam



Bryan, A., Bryan A. Garner, Blacks Law Dictionary, 8th Edition, USA: Thompson West
4, hlm. 1231

jipto, Op.Cit, hlm. 64

Mertokusumo, Mengenal Hukum (Suatu Pengantar), Yogyakarta: Liberty.2003, hlm. 34

Rahardjo. Ilmu Hukum, Bandung: Aditya Bakti, 2000, hlm. 47

kajian analisis keekonomian tentang hukum, prinsip-prinsip yang ekonomi dapat menjadi filter keekonomisan dari suatu regulasi dan ketentuan hukum yang berlaku untuk dapat mengevaluasi dan mengestimasi seberapa patut regulasi dan ketentuan tersebut diberlakukan.

Dalam Teori yang dikemukakan Vilfredo Federico Damaso Pareto, seorang ekonom Italia yang dalam studinya menggunakan konsep efisiensi dan distribusi pendapatan yang disebut dengan *Pareto Efficiency* atau *Optimalitas Pareto*. Menurut *Pareto Efficiency*, jika seandainya sumber daya yang dialokasikan membuat paling tidak satu pihak merasa diuntungkan dan tidak ada pihak yang merasa dirugikan maka kondisi ini disebut *Pareto Efficiency* atau Efisiensi Pareto. Jika seandainya suatu kebijakan atau perubahan hukum membuat setidaknya satu pihak merasa untung dan tidak ada satupun pihak yang merasa dirugikan, maka kondisi inilah yang disebut *Superioritas Pareto* atau *Pareto Optimally* yang merupakan suatu kondisi dimana sumber daya di distribusikan dengan cara tertentu yang membuat paling tidak satu pihak yang merasa dirugikan. Dengan kata lain, dalam suatu kebijakan atau perubahan hukum. Tidak membuat salah satu pihak merasa paling dirugikan maka memenuhi kriteria *Optimalitas Pareto*.²⁵

Menurut Fajar Sugianto ada lima prinsip dalam analisis keekonomian dalam hukum yang dapat digunakan sebagai alat analisis terhadap regulasi dan ketentuan hukum.²⁶



Dorotea Tobing, *Aspek-Aspek Hukum Bisnis (Pengertian, Asas, Teori dan Praktik)*, AksBang Justitia, 2015, hlm. 44
Sugianto, *Op.Cit*, hlm. 66

- a. Prinsip *Equilibrium Composition* adalah prinsip regulasi dan ketentuan hukum untuk menghilangkan kesenjangan rasionalitas yang melahirkan perbedaan persepsi dan definisi suatu aturan hukum sehingga terjadi perbenturan antara kepentingan rakyat dan kepentingan Negara. Ketika kesenjangan ini telah hilang maka akan dapat tercapai keseimbangan komposisi (*Equilibrium Composition*) kepentingan dan tujuan bersama. Terhadap prinsip ini, konsep keadilan ekonomi (*economy conception of justice*) yang diungkapkan Richard Posner merupakan pendekatan yang efektif, yaitu *maximizing overall social utility*.
- b. Prinsip *Gap-Filling* adalah prinsip dalam upaya penegakan hukum yang dilaksanakan oleh penegak hukum dan para pengguna hukum dalam merealisasikan, menggunakan, menerapkan ketentuan hukum itu sendiri. Dengan sendirinya, produk hukum yang efisien mampu memuat semua ketentuan-ketentuan hukum secara eksplisit, mudah dipahami, dan mudah diakses, Dengan kata lain, produk hukum harus dapat dijadikan *rule of law*, bukan lagi dibangun dan dimengerti berdasarkan interpretasi-interpretasi (*rule of Interpretation*), namun berdasarkan pemahaman dan pengertian yang konkret terhadap substansi pengaturannya. Dari situ, dapat menghindari pembenaran praktik-praktik diskresi yang tidak berdasar, seolah-olah hukum selalu memberikan pengecualian atau

membolehkan terhadap tindakan penyimpangan hukum, padahal substansinya tidak selalu demikian.



- c. Prinsip *Hypothetical Bargains* adalah prinsip dalam ketentuan dan regulasi hukum dimana memiliki daya guna yang dijadikan alat dukung sesuai dengan substansinya, dengan memberikan *benefit* kepada para pihak. Walaupun regulasi dan ketentuan hukum tersebut mampu menampung, menunjang dan memfasilitasi kebutuhan para penggunanya, kedinamisan ini tidak akan berarti kalau tidak didukung dengan konsistensi dan stabilitas penggunaannya (*law enforcement*). Prinsip ini dapat didekatkan dengan pertimbangan *responsiveness*, artinya para subjek hukum tidak merasa asing terhadap suatu regulasi dan ketentuan hukum, namun mengetahui secara faktual dan kemampuannya untuk pencapaian tujuan melalui pemberlakuannya.
- d. Prinsip *Correlated Productive* adalah prinsip dalam upaya peningkatan produktivitas pengaturan hukum melalui peningkatan *legal awareness* kepada seluruh lapisan masyarakat tentang adanya sanksi hukum terhadap setiap tindakan penyimpangan hukum. Membangun kesadaran hukum ini diawali dengan mempermudah penyampaian pengetahuan dan pemahaman yang tepat terhadap ketentuan hukum, termasuk fakta adanya akibat hukum sehingga mencegah keinginan untuk melakukan penyimpangan diikuti dengan penegakan hukum.
- e. Prinsip *Extensive Ken* adalah prinsip dalam upaya pemberiang



pengetahuan dan pengertian kepada masyarakat secara umum terhadap suatu peraturan, baik yang bersifat normatif maupun

empiris. Pada dasarnya regulasi dan ketentuan hukum tidak berlaku mundur. Dalam mengatur itu semua, tidak hanya mementingkan suatu kebenaran objektif akan tetapi sampai sejauh mana masyarakat secara luas mengetahui arti dan substansinya.

B. Analisis Hukum dan Ekonomi tentang Kontrak

Pada dasarnya, telah diketahui bersama bahwa kontrak merupakan suatu bentuk kesepakatan para pihak yang berisikan hak dan kewajiban. Kata hak memiliki pengertian sangat luas dan dalam konteks yang sulit dikaji. sehingga tidak jarang memberikan ketidakjelasan terhadap pengertian terhadap penggunaannya di dalam kontrak. Untuk mendapatkan pemahaman tentang hakikat hak dan kewajiban yang lahir dalam kontrak melalui pendekatan *Ius Constituendum (Law In Idea)*, digunakan teori fundamental hukum kontrak yang dibangun oleh Thomas Hobbes.

Menurut Hobbes, Fundamental Hukum kontrak terdiri atas dua dasar secara alamiah, yaitu dasar alamiah pertama (*of the first natural laws and of contracts*) dan dasar alamiah kedua (*of the second natural laws and of contracts*). Dasar alamiah pertama terhadap *right of nature what* atau sering disebut *ius natural* adalah kemerdekaan (*liberty*) hakikat setiap manusia, untuk menggunakan kekuasaannya baik untuk memelihara sekitarnya dalam hal ini kehidupan mereka melalui nalar yang dirasa cocok untuknya. Dasar alamiah kedua terhadap kemerdekaan atau *liberty* dikatakan sebagai suatu

busan terhadap pembatasan kebebasan/kemerdekaan manusia.
busan kemerdekaan hakiki tidak menghalangi manusia untuk



menggunakan kekuatan atau kekuasaan yang tersisa dari mereka. Ditambahkan bahwa bahwa pada dasarnya setiap manusia mempunyai hak untuk kesemuanya, secara alamiah untuk mencari kedamaian dan memeliharanya. Sehingga dasar alamiah kedua terhadap *lex naturalis* ini manusia mempunyai sifat alami untuk memperatahkan dirinya. Menurut Hobbes, pertukaran hak secara timbal balik atau *mutual transferring of right* inilah selanjutnya Hobbes menyebutnya sebagai kontrak, dan Hobbes menyimpulkan bahwa tanpa kontrak, kehidupan manusia menjadi terencil, melarat, keji, bersifat brutal, dan sesaat.²⁷

Menurut Subekti, suatu perikatan adalah suatu penghubungan antara hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari yang lain dan pihak lain berkewajiban untuk memenuhi hal itu.²⁸

Subekti menambahkan bahwa unsur *levering* atau penyerahan barang merupakan unsur terpenting di dalam suatu kontrak sebagai penyerahan hak. Suatu *levering* yang sah menurutnya harus memenuhi dua syarat, yaitu titel yang sah dan orang yang berhak berbuat bebas untuk melakukan *levering*.²⁹

Berdasarkan beberapa pengadopsian dan pengembangan *Grand Theory* mengenai Hukum Kontrak, maka analisis keekonomian terhadap hukum kontrak pada hakikatnya dapat digunakan untuk menganalisis sebagai berikut:³⁰



jiyanto, Op.Cit, hlm. 74

R., Pokok-Pokok Hukum Perdata, Jakarta: Intermasa, 1980, hlm. 17

R., Aneka Perjanjian, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995, hlm. 12

jiyanto, Op.Cit, hlm. 80

- a. Proses pertukaran hak dan kewajiban;
- b. Janji-janji yang bertimbal balik;
- c. Kerugian akibat ingkar Janji;
- d. Kelengkapan Kontrak.

1. Proses Pertukaran Hak dan Kewajiban

Proses pertukaran hak dan kewajiban, pada dasarnya mesti dilakukan secara sukarela dan saling mengoptimalkan daya guna sumber untuk mencapai peningkatan keuntungan. Atas dasar sukarela ini, para pihak memiliki rasa saling ketergantungan yang tinggi, sehingga diharapkan mampu berjalan independen tanpa permasalahan hukum.

Menurut Fajar Sugianto keberadaan kontrak dalam hal ini untuk memfasilitasi proses pertukaran hak dan kewajiban yang sukarela tersebut. Pada saat pertukaran in tidak sesuai dengan hal-hal yang ditentukan dalam kontrak, terutama menyangkut hal-hal di masa akan datang, proses yang awalnya sukarela ini dimanfaatkan untuk mendapatkan keuntungan oleh pihak yang merasa diuntungkan oleh sebab itu, sangat penting untuk menjamin pertukaran hak dan kewajiban yang dapat dijadikan pegangan oleh para pihak. Para pihak yang bertransaksi sudah seharusnya berkeinginan untuk mengurangi salah pemahaman, salah persepsi, mungkin timbul di kemudian hari. Dengan kontrak semacam ini dapat difungsikan kegunaanya di kemudian hari.³¹

Menurut Posner, pelaksanaan beriktikad baik (*good faith, honesty*) merupakan penekanan yang harus diimplikasikan di setiap



. 80

kontrak. Konteks iktikad baik dalam hal ini berarti tidak menjadi oportunistik terhadap kelemahan kontrak. Para pihak yang bertransaksi sedapat mungkin saling mengedepankan usaha terbaiknya (*best effort*) untuk menghindari kemungkinan terjadinya litigasi terhadap kontrak yang dibuatnya. Usaha terbaik para pihak dapat diwujudkan melalui adjustifikasi pengisian kekosongan (*gap-filling*) yang mengantisipasi hal-hal di kemudian hari. Suatu kontrak dapat dikatakan efisien apabila dapat memformulasikan *gap-filling* ini yang dapat mengantisipasi hal-hal di kemudian hari.³²

2. Janji-janji yang bertimbal balik

Janji-janji yang termuat dalam kontrak sudah seharusnya tidak bersifat sepihak, artinya suatu janji harus dibalas dengan janji juga sehingga menjadi perjanjian. Dari Janji-janji yang saling bertimbal balik ini sehingga menjadi perjanjian. Dari janji-janji yang saling bertimbal balik ini diharapkan dapat memberikan keuntungan yang bertimbal balik pula (*mutual benefit*), sehingga menciptakan kondis saling mengharapkan di masing-masing pihak. Sifat janji bertimbal balik seperti ini dalam *common law system* dikenal dengan istilah *consideration* yang menjadi salah satu syarat mutlak untuk penegakan unsur-unsus paksaan, khilaf, penipuan dalam pembentukan kontrak, sehingga semakin tidak berimbangya janji-janji semakin menonjol unsur-unsur tersebut.³³



osner, Op.Cit. hlm 93

Menurut Posner, *Consideration* mempunyai lima fungsi Ekonomi yaitu ³⁴:

- a. Menimilaisir jumlah kontrak sepihak yang bermasalah;
- b. Meminimalisir kesalahan penerapan bahasa/istilah;
- c. Memberikan semacam tuntunan (guidelines) terhadap maksud dan tujuan kontrak;
- d. Menghindari intervensi hukum;
- e. Menghilangkan perilaku oportunistik.

Dari sudut pandang ekonomi, suatu kontrak harus dapat mengimplementasikan kesesuaian pendapat (*meeting of the minds*), sehingga selain berfungsi efisien, secara ekonomis kontrak dapat dijadikan media untuk mencegah kerugian dengan biaya terendah (*to avoid the loss at the least coss*). Dengan terjadinya efisiensi dalam pelaksanaan kontrak yang tidak merugikan orang lain (*Pareto Efficiency*) kontrak semacam ini mempunyai suatu nilai ekonomis yang menghasilkan keuntungan bertimbal balik (*mutual benefit*) untuk para pihak yang bertransaksi.

3. Kerugian Akibat Ingkar Janji

Penentuang mengenai kecederaan atau kerusakan (*injury*) yang menimbulkan kerugian (*damages*) akibat dari pelanggaran janji atau ingkar janji (*breach of contract*) tidak kalah pentingnya untuk menciptakan kontrak yang ekonomis. Agar menjadi kontrak yang ekonomis, diperlukan



penentuan kompensasi terhadap kecederaan yang menimbulkan kerugian akibat ingkar janji, karena sebaga berikut:³⁵

- a. Kompensasi dapat mengukur motif para kontraktan, seperti meminimalisir potensi oportunistik;
- b. Meningkatkan ketergantungan para kontraktan;
- c. Kompensasi dapat dijadikan sebagai alat jaminan atau perlindungan yang dapat memberikan posisi nyaman bagi para kontraktan;
- d. Kalaupun terjadi sengketa melalui media yang tidak memiliki pengetahuan dan keahlian tentang objek kontrak, paling tidak kompensasi memudahkan perumusan tanggung gugat.

Dari sudut pandang hukum dan ekonomi, kompensasi ganti kerugian menjadi wajib untuk ditentukan di dalam kontrak, artinya kompensasi ganti kerugian tidak lagi bersifat alternatif, tetapi dikumulatikan menjadi kesatuan kontrak yang tidak terpisah, Tidak ditentukannya kompensasi ganti kerugian, tidak berarti para pihak mengutamakan iktikad baik dalam berkontrak. Hal ini sering dijadikan alasan klasik bagi para pebisnis bahwa penentuan kompensasi ganti kerugian dapat merusak hubungan emosional di antara mereka justru sebaliknya, tidak ditentukan formulasi kompensasi kerugian dalam kontrak justru mempersulit pelaksanaan dan pengakhiran kontrak, bahkan lemah terhadap pengendalian risiko yang terbuka nyata (*risk exposure*).



jianto, Op.Cit, hlm. 82

Menurut Abdulkadir Muhammad unsur kerugian terdiri atas:³⁶

- a. Ongkos-ongkos atau biaya-biaya yang telah dikeluarkan;
- b. Kerugian karena kerusakan, kerugian yang sungguh diderita;
- c. Bunga atau keuntungan yang diharapkan.

Yahman menambahkan bahwa ganti kerugian memiliki kaitan erat dengan “rugi” salah satunya akibat kerusakan barang-barang, dan hilangnya pengharapan keuntungan yang sudah dihitung atau dibayangkan.³⁷

Menurut Cooter dan Ulen terdapat beberapa jenis kerugian yaitu diantara lain:³⁸

- a. Kerugian yang terekpektasi (*Positive Damages*) yang menyerupai kerugian materil;
- b. Kerugian yang bergantung (*Reliance Damages*) atau disebut juga Negative damages yang menyerupai kerugian imateriil;
- c. Kerugian Biaya Kesempatan (*Opportunity Cost Damages*) yang menyerupai kerugian karena telah hilangnya kesempatan untuk memilih alternatif kontrak lainnya.

4. Kelengkapan Kontrak

Tercapainya sebuah konsensus, semestinya mendorong para pihak untuk menyusun dan membuat suatu kontrak yang lengkap, demi dapat digunakannya kontrak sesuai dengan maksud dan kepentingan para pihak



dir Muhammad, Hukum Perusahaan Indonesia, Bandung; PT. Citra Adtya Bakti, 2010,
Karakteristik Wanprestasi & Tindak Pidana Penipuan yang Lahir dari Hubungan
I. Jakarta: Prestasi Pustaka Publisher. 2011, hlm. 34
jianto, Op.Cit, hlm. 84

yang membuatnya. Suatu kontrak dapat dikatakan lengkap apabila memuat seluruh hak dan kewajiban para kontraktan secara mendalam artinya bahwa kontrak akan bermakna apabila di dalam kontrak tersebut menetapkan segala kemungkinan-kemungkinan secara eksplisit.

Menurut Fajar Sugianto, suatu kontrak yang tidak lengkap atau tidak sempurna mungkin saja terlihat lengkap dengan tidak memiliki celah atau kekosongan dari kemungkinan-kemungkinan tidak terlindunginya para pihak. Bisa saja memberi kesan seolah-olah bahwa kontrak telah melindungi atau menutupi semua kemungkinan-kemungkinan tidak terlindunginya kepentingan para pihak, atau paling tidak melalui maksud yang sudah tersimpul di dalamnya. Sekilas meskipun kelihatan demikian, apabila pada akhirnya kontrak tidak dapat melahirkan daya guna (*utility*), maka kontrak seperti ini tidak dapat diandalkan.³⁹

C. Dampak Hukum (*Legal Impact*)

Menurut Lawrence M. Friedman, suatu Tindakan Hukum (*Legal Act*) memiliki banyak bentuk dan suatu tindakan hukum pasti memiliki dampak, ketika hal itu secara kausal berkaitan dengan perilaku seseorang. Tindakan hukum dikatakan efektif ketika perilaku bergerak ke arah yang dikehendaki, ketika subjek patuh atau menurut. Banyak tindakan hukum tidak efektif dalam pengertian ini. Orang-orang mengabaikan atau melanggar ketentuan. Ketidapatuhan secara sengaja mungkin menjadi bagian dari



Sugianto, Op.Cit, hlm. 86

sebuah sistem perilaku yang, bagaimanapun juga bertalian dengan sistem hukumnya.⁴⁰

Istilah dampak, seperti digunakan disini, mengandung arti perilaku yang secara kausal terkait dengan peraturan atau perintah, terlepas dari apa yang ada dalam benak pembuat peraturan. Istilah kepatuhan, pelanggaran dan penghindaran paling tepat dikaitkan dengan satu jenis perilaku hukum yaitu perilaku yang berkenaan perintah atau regulasi. Semua peraturan cenderung untuk mengarahkan perilaku tetapi banyak di antaranya yang tidak diungkapkan dengan istilah harus dan tidak boleh, semua ini tidak menyajikan konsep ketidak patuhan. Sebagai contoh banyak peraturan hukum yang berkenaan dengan pembuatan kontrak dan wasiat.⁴¹

Menurut Friedman dalam kebanyakan hukum sipil (perdata), peraturan tidak berupa perintah dan istilah-istilah seperti penggunaan (*use*), pengabaian (*nonuse*), dan penyalahgunaan (*misuse*), istilah ini sepadan dengan kepatuhan, pelanggaran, dan penghindaran lebih sesuai dengan peraturan ini.⁴²

Tujuan dari menganalisis dampak hukum menurut Colin S Gibson adalah “*record and explain how a particular law or group of subjects works within social setting*”.⁴³ Ketika orang-orang berkata bahwa sebuah hukum gagal atau berhasil mencapai tujuannya, maka mereka tengah mengukur



n, Lawrence. M., Op.Cit, hlm. 61
. 64

ma and Wani, M.Afzal. Wani., *legal research and methodology*, New Delhi: India Law
001. Hlm. 490

dampak sejauh mana perilaku tertentu sesuai dengan tujuan. Perilaku yang sesuai dengan tujuan adalah positif, perilaku yang menyimpang darinya adalah negatif.⁴⁴ Dari sini kita dapat memahami bahwa dampak hukum (*legal impact*) merupakan suatu analisis dalam mengukur efektifitas atau seberapa mampu suatu *legal act* dan/atau *legal behavior* masyarakat untuk mencapai tujuan dan maksudnya.

Joseph Gusfield membagi dua tujuan dari suatu peraturan atau hukum yaitu tujuan simbolis dan instrumental kemudian secara logis kita dapat membagi pula dampak menjadi dampak instrumental dan dampak simbolis. Menurut Joseph Gusfield, suatu hukum adalah instrumental jika ia tertuju pada perilaku konkret sedangkan hukum simbolis yaitu mensymbolisasikan penegasan publik mengenai cita-cita dan norma sosial di samping dengan kontrol sosial secara langsung. Kemudian ia menambahkan bahwa hukum bisa jadi amat gagal secara instrumental dan amat sukses secara simbolis begitupun sebaliknya.⁴⁵

Menurut Verma, ada dua jenis desain dalam melakukan suatu analisis mengenai dampak hukum (*legal impact*), yaitu Retrospektif (*post facto*) dan Prospektif. Metode retrospektif dapat dilakukan dengan dua cara yaitu:⁴⁶

1. Melihat dari masa lampau ke masa sekarang dengan melakukan investigasi pada seberapa penting faktor perubahan hukum telah menyebabkan pola perilaku saat ini sebagai dampak yang diamati;



. 67
rma and Wani, M.Afzal. Wani., Op.Cit. hlm. 494

2. Melakukan pendekatan dengan melihat ke masa lampau untuk menjelaskan tentang masa sekarang sebagai objek pengamatan.

Sedangkan dalam analisis dampak hukum dengan cara prospektif itu sendiri dilakukan dengan mengamati subjek pengamatan berdasarkan waktu yang terus berjalan, dengan demikian perubahan hukum yang baru memungkinkan untuk mengamati dampak hukumnya, sehingga dapat memberikan perbandingan dengan perubahan hukum yang akan datang.

D. Pertanggungjawaban Hukum (*Legal Liabilities*)

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) tanggung jawab adalah kewajiban menanggung segala sesuatu bila terjadi apa-apa boleh dituntut, dipersalahkan dan diperkirakan. Dalam kamus hukum, tanggung jawab adalah suatu keharusan bagi seseorang untuk melaksanakan apa yang telah diwajibkan kepadanya.⁴⁷

Menurut Titik Triwulan, pertanggungjawaban harus mempunyai dasar yaitu hal yang menyebabkan timbulnya hak hukum bagi seseorang untuk menuntut orang lain sekaligus berupa hal yang melahirkan kewajiban hukum orang lain untuk memberi pertanggungjawabannya.⁴⁸

Menurut Hans Kelsen tanggung jawab berkaitan erat dengan kewajiban, namun tidak identik. Kewajiban tersebut muncul karena adanya aturan hukum yang mengatur dan memberikan kewajiban kepada subjek hukum. Subjek hukum yang dibebani kewajiban harus melaksanakan



nzah, Kamus Hukum, Bogor, Penerbit Ghalia Indonesia,1996
yulan dan Shinta Febrian, Perlindungan Hukum bagi Pasien, Jakarta: Prestasi Pustaka,
48

kewajiban tersebut sebagai perintah dari aturan hukum. Akibat dari tidak dilaksanakannya kewajiban maka akan menimbulkan sanksi. Sanksi ini merupakan tindakan paksa dari aturan hukum supaya kewajiban dapat dilaksanakan dengan baik oleh subjek hukum. Menurut Hans Kelsen, subjek hukum yang dikenakan sanksi tersebut dikatakan bertanggung jawab atau secara hukum bertanggung jawab atas pelanggaran.⁴⁹

Di dalam Hukum Perdata, dasar pertanggungjawaban dapat dibagi menjadi dua jenis yaitu kesalahan dan resiko. Dengan demikian dikenal dengan pertanggungjawaban atas dasar kesalahan (*lilability without based on fault*) dan pertanggungjawaban tanpa kesalahan yang dikenal dengan (*lillability without fault*) atau yang dikenal dengan tanggung jawab resiko atau tanggung jawab mutlak yang dikenal dengan istilah *strict liability*).⁵⁰ Prinsip dasar pertanggung jawaban atas dasar kesalahan memiliki makna bahwa seseorang harus bertanggung jawab karena ia melakukan kesalahan dan merugikan orang lain. Sedangkan tanggung jawab resiko memiliki makna bahwa seseorang harus bertanggungjawab karena memiliki suatu keharusan atau kewajiban yang diberikan atau telah diperjanjikan kepadanya.

Menurut Abdul Kadir Muhammad teori tanggung jawab dalam perbuatan melanggar hukum dibagi menjadi beberapa teori, yaitu:⁵¹

1. Tanggung jawab akibat perbuatan melanggar hukum yang dilakukan dengan sengaja (*intertional tort liability*), tergugat



sen, Pure Theory of law, terjemah, Raisul Muttaqien, Teori Hukum Murni; Dasar-dasar
n Normatif, Cetakan Keenam, Bandung; Nusa Media, 2008, hlm. 136

dir Muhammad, Op.Cit, hlm. 503

harus sudah melakukan perbuatan sedemikian rupa sehingga merugikan penggugat atau mengetahui bahwa apa yang dilakukan tergugat akan mengakibatkan kerugian;

2. Tanggung jawab akibat perbuatan melanggar hukum yang dilakukan karena kelalaian (*negligence tort liability*) didasarkan pada konsep kesalahan (*concept of faulti*) yang berkaitan dengan moral dan hukum yang sudah bercampur-baur (*interminglend*);
3. Tanggung jawab mutlak akibat perbuatan melanggar hukum tanpa mempersoalkan kesalahan (*strict liability*) didasarkan pada perbuatannya baik secara sengaja maupun tidak sengaja, artinya meskipun bukan kesalahannya tetap tanggung jawab atas kerugian yang timbul akibat perbuatannya.

Menurut Richard Posner, *Strict Liabillity* adalah

“...means that someone who causes an accident is liable for the victim damages even if the injury could not have been avoided by the exercise of due care. As a first appromoxiation strict liability has the same effects on safety as negligence liability (assuming there is a defense of contributory negligence as there usually ls in one form or another). The strict liable defendant will take precautions to avoid the accident.”⁵²

Menurut Posner, pertanggung jawaban mutlak (*Strict Liabillity*) merupakan pertanggung jawaban yang dibebankan kepada korban yang dirugikan walaupun kerugian tersebut tidak dapat dihindari, dengan asumsi



r, Richard., Economic Analysis of Law. Third Edition, Canada, Little Brown Company, 160

bahwa pihak yang bertanggungjawab berkontribusi kepada kelalaian yang menyebabkan terjadinya kesalahan ataupun kerugian.

Posner juga kemudian, menjelaskan pengembangan dari *strict liability* itu sendiri dengan pertanggung jawaban yang disebut dengan *Product Liability* yaitu “ *Liability for personal injuries (mainly consumers) caused by defective or unreasonably dangerous products*”⁵³. Pada intinya, Posner menjelaskan bahwa pertanggungjawaban mutlak juga dapat berlaku pada suatu produk yang cacat atau berbahaya yang diperoleh oleh konsumen atau pengguna produk.

E. Aspek Hukum Kontrak dalam Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.

Pengadaan barang dan jasa mempunyai peran penting dalam pelaksanaan pembangunan nasional untuk peningkatan pelayanan publik dan pengembangan perekonomian nasional dan daerah, oleh karena itu perlu aturan pengadaan barang dan jasa yang memberikan pemenuhan nilai manfaat yang sebesar-besarnya dan kontribusi dalam peningkatan penggunaan produk dalam negeri, peningkatan peran usaha mikro, usaha kecil dan usaha menengah serta pembangunan berkelanjutan.

Menurut Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018, pengadaan barang/jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang/jasa oleh kementerian/lembaga/perangkat daerah yang dibiayai



165

oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak diidentifikasi kebutuhan sampai dengan serah terima hasil pekerjaan. Sedangkan berdasarkan Pasal 1 Ayat (28) Peraturan Presiden Nomot 16 Tahun 2018 Penyedia barang/jasa pemerintah adalah pelaku usaha yang menyediakan barang/jasa berdasarkan kontrak.

1. Dasar- Dasar Hukum Kontrak

Dalam kondisi masyarakat modern, transaksi yang mengikat para pihak dituangkan dalam suatu perjanjian secara tertulis. Dengan tujuan agar apabila disuatu saat ada hal-hal yang tidak diharapkan terjadi atau salah satu melakukan wanprestasi (cidera janji), maka pihak yang dirugikan dapat menuntut pemenuhan atas suatu prestasi. Apabila dicermati, persoalan kontrak tidak ada kaitannya dengan bentuk fisik atau dengan bentuk tertulis, namun pada umumnya, orang apabila menyebut kontrak akan langsung merujuk pada suatu dokumen tertulis.⁵⁴

Menurut Ade Maman Suherman, dengan berdasar dari sistem hukum amerika yang berkarakter *common law*, ia menjelaskan bahwa perjanjian disebut dengan istilah “kontrak”, yakni suatu hubungan hukum antar para pihak serta menimbulkan hak dan kewajiban satu sama lain. kontrak tidak memiliki eksistensi secara fisik dan hal ini diakui oleh pengadilan.

Sedangkan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia, Buku III menggunakan istilah “perikatan” berdasar pada sistem hukum



nan Suherman, Aspek Hukum dalam Ekonomi Global, Bogor: Penerbit Ghalia 2008, hlm. 17

Indonesia yang memiliki karakter *civil law*, Hoffman menjelaskan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum antara sejumlah terbatas subjek-subjek hukum, sehubungan dengan itu, seseorang atau beberapa orang daripadanya (debitur atau para debitur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut cara-cara tertentu terhadap pihak lain yang berhak atas sikap yang demikian.⁵⁵

Prinsip hukum memiliki fungsi yang sangat penting dalam sistem hukum. Prinsip hukum ini mempengaruhi sistem hukum positif, karena tidak ada hukum positif tanpa prinsip, sebagaimana tidak ada sistem hukum yang tidak memiliki konsep prinsip hukum.

Dalam kaitanya pada hukum kontrak, dikenal berbagai macam prinsip hukum, Asser Rutten mengajukan tiga prinsip dalam hukum kontrak, yakni: konsensualisme, kekuatan mengikat perjanjian dan kebebasan berkontrak. Hoffman Abas mengajukan prinsip kepatutan (*billijkeids beginsel*), sedangkan Nieuwenhuis mengajukan tiga prinsip yaitu: otonomi para pihak (*outonomie-beginsel*), kepercayaan (*ventrouwens beginsel*) dan prinsip kausa (*geode trouw beginsel*).⁵⁶

Prinsip kebebasan berkontrak merupakan topik dalam setiap kajian ilmu hukum pada khususnya hukum kontrak. Pembahasan kebebasan berkontrak sangat penting dalam pembahasan penelitian ini sebab, menurut Sogar Simamora tidak seperti prinsip iktikad baik yang menunjukkan fungsi yang lebih menguat, kebebasan berkontrak justru



. 19-20
Simamora, Y. Hukum Kontrak, Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan barang dan Jasa
di Indonesia. Surabaya: LaksBang PRESSindo, 2017, hlm. 29

mengalami penurunan secara fungsional karena kuatnya intervensi Negara dalam membatasi individu dalam menciptakan dan mengatur hubungan kontraktual.⁵⁷

Menurut Qirom Meliala, asas kebebasan berkontrak dalam bahasa inggris: *freedom of contract*, *liberty of contract*, dan *party autonomy*, maka asas kebebasan berkontrak adalah bahwa setiap orang bebas mengadakan suatu perjanjian apa saja baik perjanjian itu sudah diatur dalam Undang-Undang maupun belum diatur dalam Undang-Undang.⁵⁸

Dalam konteks kontrak yang dibuat oleh pemerintah, termasuk didalamnya kontrak pengadaan, prinsip ini mempunyai fungsi yang sangat penting. Kebebasan berkontrak pula yang menjadi landasan pemerintah dalam melakukan hubungan kontraktual dengan sektor swasta.

Prinsip iktikad baik (*good faith*) mempunyai fungsi sangat penting dalam pelaksanaan hukum kontrak, batasan tentang iktikad baik memang sulit untuk ditentukan, tetapi pada umumnya dipahami bahwa iktikad baik merupakan bagian yang mesti ada dalam suatu hubungan kontraktual. Dalam sistem hukum Indonesia, prinsip ini tertuang dalam Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerdara yang menekankan adanya keharusan bagi para pihak untuk melaksanakan kontrak dengan iktikad yang baik (*good faith*)

Menurut Sogar Simamora seiring dengan perkembangan zaman, ketentuan prinsip iktikad baik ditafsir secara luas (*extensive interpretation*) yang kemudian menghasilkan ketentuan bahwa iktikad baik tidak saja



. 30
Meliala, A., Pokok-pokok Hukum perjanjian beserta perkembangannya, Yogyakarta:
2015, hlm. 18

berlaku pada tahap pelaksanaan, tetapi juga pada tahap penandatanganan dan tahap sebelum ditutupnya perjanjian (*Pre-Contractual Fase*).⁵⁹

Terdapat dua makna iktikad baik, pertama dalam kaitannya dengan pelaksanaan kontrak sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerduta. Dalam kaitan ini iktikad baik atau *bona fides* diartikan perilaku yang patut dan layak antar kedua belah pihak. Pengujian apakah suatu tingkah laku itu patut dan adil didasarkan pada norma-norma objektif yang tidak tertulis. Kedua, iktikad baik juga diartikan sebagai keadaan tidak mengetahui adanya cacat, seperti misalnya pembayaran dengan iktikad baik sebagaimana diatur dalam Pasal 1386 KUHPerduta.⁶⁰

Menurut Kartini Mulyadi, kontrak pada umumnya berisi klausula yang mencerminkan janji atau syarat yang berlaku bagi para pihak. Pembuatan rancangan kontrak lazimnya diserahkan pada salah satu pihak atau kesepakatan kedua pihak. Sesudahnya akan dilakukan perundingan untuk mencapai rancangan akhir (*final draft*) yang akan ditandatangani. Yaitu kewajiban untuk mencermati seluruh aspek yang terkandung dalam kontrak yang akan ditandatangani. Ini yang biasa disebut "*the obligation to exercise due diligence*".⁶¹

Menurut Ade Maman Suherman, bagian penting dari perjanjian adalah apakah suatu perjanjian dapat dikatakan sah secara hukum atau tidak. Hal ini akan terjawab oleh ketentuan pasal 1320 KUHPerduta. Untuk sahnya persetujuan diperlukan 4 (empat) syarat.⁶²



namora, Y, Op.Cit, hlm. 34

. 35

nan Suherman, Op.Cit. hlm. 35

1. Sepakat Mereka yang mengingatkan dirinya (*toestemming*);
2. Cakap untuk membuat perikatan (*bekwaamheid*);
3. Suatu hal tertentu (*een bepaalde onderwerp*);
4. Suatu sebab atau kausa yang halal (*geoorloofde oorzak*).

2. Jenis-jenis Kontrak

Menurut Salim dan Erlies Septiana, kontrak menurut namanya dibagi menjadi dua macam, yaitu *nominaat* (bernama) dan *innominaat* (tidak bernama). Kontrak *nominaat* merupakan kontrak yang dikenal di dalam KUH Perdata. Kontrak *innominaat* adalah kontrak yang timbul tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Jenis kontrak ini belum dikenal pada saat KUHPerdata diundangkan.⁶³

Kontrak juga dapat diklasifikasikan berdasarkan jumlah pihak yang melakukan hubungan kontraktual yaitu kontrak unilateral dan kontrak bilateral. Salah contoh klasik dari kontrak unilateral adalah ketika satu orang berjanji untuk memberikan imbalan untuk suatu tindakan dan kinerja dari penyedia (pihak kedua), kemudian keduanya saling menyepakati penawaran dan pertimbangan sebagai pendukung penawaran tersebut. Menurut Duffy, kontrak bilateral adalah ketika A membuat janji dan B melakukan respon untuk melakukan kinerja dari tindakan yang diminta, sedangkan jika A menawarkan sejumlah uang apabila ia melakukan suatu kinerja atau tindakan, kemudian B berjanji kepada A sebaliknya.⁶⁴



⁶³ Salim & Erlies Septiana Nurbani, Perkembangan Hukum kontrak Innominaat di Indonesia, Penerbit Grafindia, Jakarta: Grafindia. 2014, hlm. 1

⁶⁴ Salim, Erlies Septiana Nurbani, Ann Duffy, and Heffey, Peter. G, Contrat : Commentary and materials. Sixth Edition, The Law Book, 1990. Hlm. 20

Metode pinjam perusahaan sebagai objek dari penelitian ini pun masih dipertanyakan apakah secara pendekatan *ius operatum* merupakan jenis kontrak *nominaat* atau *innominaat*. Disini akan dijelaskan beberapa jenis kontrak *nominaat* yang menjadi hipotesa dari kontrak pinjam nama perusahaan yaitu diantara lain adalah:

- a. Kontrak Sewa-menyewa;
- b. Kontrak Pinjam Pakai;
- c. Kontrak Pemberian Kuasa.

Menurut Pasal 1548 KUHPerdara, kontrak sewa menyewa adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lainnya kenikmatan dari suatu barang, selama suatu waktu tertentu dan dengan pembayaran suatu harga yang oleh pihak yang tersebut terakhir itu disanggupi pembayarannya.

Kewajiban pihak yang satu adalah menyerahkan barangnya untuk dinikmati oleh pihak yang lain, sedangkan kewajiban pihak yang terakhir ini adalah membayar "harga sewa". Jadi barang diserahkan tidak untuk dimiliki seperti halnya dalam jual beli, tetapi hanya untuk dipakai. Dinikmati kegunaanya. Dengan demikian, maka penyerahan, hanya bersifat menyerahkan kekuasaan belaka atas barang yang disewa itu.⁶⁵

Kalau seorang diserahi suatu barang untuk dipakainya tanpa kewajiban membayar sesuatu apapun, maka yang terjadi adalah suatu kontrak pinjam pakai. Jika si pemakai barang itu diwajibkan membayar,

akan lagi pinjam pakai yang terjadi tetapi sewa menyewa.

ti, 1995, Op. Cit, hlm. 40



Menurut Pasal 1740 KUHPerdata, kontrak pinjam pakai adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu memberikan suatu barang kepada pihak yang lainnya untuk dipakai dengan cuma-cuma dengan syarat bahwa yang menerima barang ini, setelah memakainya atau setelah lewatnya suatu waktu tertentu akan mengembalikannya.

Dalam pinjam pakai ini pihak yang meminjamkan tetap menjadi pemilik dari barang yang dipinjamkan berbeda dengan pinjam meminjam, disitu barang yang dipinjam menjadi miliknya orang yang meminjamnya. Segala apa yang dapat dipakai orang dan tidak musnah karena pemakaian, dapat menjadi bahan perjanjian pinjam pakai,

Menurut Pasal 1792 KUHPerdata, kontrak pemberian kuasa adalah suatu perjanjian dengan mana seorang memberikan kekuasaan (wewenang) kepada seorang lain, yang menerimanya, untuk dan atas namanya menyelenggarakan suatu urusan.

Orang yang telah diberikan kuasa melakukan perbuatan hukum tersebut "atas nama" orang yang memberikan kuasa atau juga dikatakan bahwa ia "mewakili" si pemberi kuasa, Artinya adalah bahwa apa yang dilakukakan itu adalah "atas tanggungan" si pemberi kuasa dan segala hak dan kewajiban yang timbul dari perbuatan yang dilakukannya itu menjadilah hak dan kewajiban orang yang memberi kuasa. Atau bahwa, kalau yang dilakukannya itu berupa membuat (menutup) suatu perjanjian, maka si pemberi kuasalah yang menjadi "pihak" dalam perjanjian itu.⁶⁶



. 140

Jenis kontrak lainnya yang berhubungan dengan objek penelitian adalah kontrak yang berhubungan dengan konstruksi dan keinsinyuran. Menurut John Tillotson, kontrak jasa konstruksi atau dikenal dengan (*Building and Engineerig Contract*) memiliki *standart form* yang merefleksikan mengenai perencanaan yang mapan dalam melakukan transaksi sebelum melakukan kontrak yang berkenaan dengan operasional dan teknis yang kompleks. Sehingga tidak boleh tidak ada aturan yang komprehesif sebagai kontrol dari sekian banyak kontrak komersial tersebut. Perencanaan ini untuk memperjelas hak dan tugas dari para pihak yang terlibat. Seperti karyawan, pembeli, kontraktor. Sekaligus terhadap pihak ketiga seperti Arsitek, Konsultan dan Sub-kontraktor lainnya.⁶⁷

3. Karakteristik Kontrak Pengadaan barang dan Jasa Pemerintah.

Pengadaan barang dan jasa dilakukan oleh pemerintah dalam menjalankan fungsi penyelenggaraan negara. Dalam kaitan ini pemerintah melibatkan diri ke dalam suatu hubungan kontraktual dengan sektor swasta yakni dengan mengikatkan diri ke dalam suatu kontrak pengadaan barang dan jasa. Menurut Sogar Simamora kontrak yang dibentuk pada dasarnya adalah kontrak komersial sekalipun didalamnya terkandung elemen hukum publik. Di satu sisi hubungan hukumnya terbentuk karena kontrak, tetapi di sisi yang lain sarat dengan aturan bagi penyedia barang dan jasa.⁶⁸



Tillotson, Contract Law in Perspective, London: Butterworth. 1985. Hlm. 113
Simamora, Y, Op.Cit, hlm. 2

Menurut George Langrod, di Negara-Negara dengan sistem hukum *common law* kontrak ini lazim disebut *Government Contract*, sedangkan di Perancis disebut *administratif contract*.⁶⁹

Kontrak yang dibuat oleh pemerintah dengan pelaku usaha dari sektor swasta sebagai penyedia barang dan jasa bersifat multiaspek, bahwa sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya secara kontraktual terkandung aspek hukum privat namun juga mengandung aspek hukum publik karena melibatkan keuangan Negara dan memiliki tujuan pada kepentingan umum. Adanya sifat hukum publik dalam jenis kontrak ini merupakan ciri tersendiri kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah dengan kontrak pengadaan barang dan jasa komersial lainnya.

Menurut Sogar Simamora, bahwa dalam kontrak komersial para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka maka dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah kebebasan itu tidak sepenuhnya berlaku sebab terhadap kontrak ini berlaku rezim hukum khusus. Karakter khas dari kontrak pengadaan oleh pemerintah ini disamping menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam pengadaannya. Prinsip dan norma dalam kontrak privat berlaku secara berdampingan dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah karena kewajiban pembayaran melibatkan keuangan Negara.⁷⁰



. 5

Dalam kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah terlihat berbagai jenis bidang hukum. Di dalam jenis kontrak ini tidak saja terkait bidang hukum perdata dan hukum administrasi tetapi juga hukum pidana. Apabila hukum perdata terkait dengan sifat keperdataan, khususnya perikatan sebagai akibat hubungan kontraktual yang terbentuk oleh pemerintah dengan pihak swasta, dan hukum administrasi terkait dengan kewenangan dan prosedur dalam tahap pembentukan kontrak, maka hukum pidana dalam ini terkait dengan sanksi pidana sebagai akibat adanya pelanggaran terhadap ketentuan yang menyangkut keuangan negara.⁷¹

F. Tinjauan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 mengenai pelaksanaan Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa melalui Penyedia

Menurut Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Presiden No. 16 Tahun 2018, pengadaan barang/jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang/jasa oleh kementerian/lembaga/perangkat daerah yang dibiayai oleh APBN/APBD yang prosesnya sejak diidentifikasi kebutuhan sampai dengan serah terima hasil pekerjaan. Sedangkan berdasarkan Pasal 1 Ayat (28) Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Penyedia barang/jasa pemerintah adalah pelaku usaha yang menyediakan barang/jasa berdasarkan kontrak.



. 98

Pengadaan barang/jasa dalam Pasal 3 Ayat (1) peraturan presiden Nomor 16 Tahun 2018 meliputi:

- a. Barang;
- b. Pekerjaan Konstruksi;
- c. Jasa Konsultasi;
- d. Jasa Lainnya.

Serta dikemukakan dalam Pasal 3 Ayat (2) dan Ayat (3) bahwa pengadaan tersebut dilakukan secara terintegrasi dan dilaksanakan dengan cara swakelola dan/atau penyedia.

Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah tentunya memiliki tujuan yang ingin dicapai dalam pelaksanaan dan penegakan hukumnya, Adapun tujuan dari pengadaan barang/jasa oleh pemerintah berdasarkan Pasal 4 Perpres no.16 Tahun 2018 adalah sebagai berikut:

- a. Menghasilkan barang/jasa yang tepat dari setiap uang yang dibelanjakan, diukur dari aspek kualitas, jumlah, waktu, biaya, lokasi dan penyedia;
- b. Meningkatkan penggunaan produk dalam negeri;
- c. Meningkatkan peran serta usaha mikro, usaha kecil dan usaha menengah;
- d. Meningkatkan peran pelaku usaha nasional;
- e. Mendukung pelaksanaan penelitian dan pemanfaatan

barang/jasa hasil penelitian;

meningkatkan keikutsertaan industri kreatif;



- g. Mendorong pemerataan ekonomi; dan
- h. Mendorong Pengadaan Berkelanjutan.

Dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa pemerintah tentu memiliki prinsip yang menjadi titik acuan dalam segala kegiatan pengadaan barang dan jasa pemerintah dari perencanaan pengadaan hingga berakhirnya pekerjaan pengadaan barang dan jasa, Adapun prinsip pengadaan barang dan jasa pemerintah berdasarkan Pasal 6 Perpres No.16 Tahun 2018 adalah sebagai berikut:

- a. Efisien;
- b. Efektif;
- c. Transparan;
- d. Terbuka;
- e. Bersaing;
- f. Adil; dan
- g. Akuntabel.

Berdasarkan Pasal 17 Ayat (1) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, penyedia barang dan jasa sebagai salah satu pelaku pengadaan barang dan jasa pemerintah.wajib memenuhi klasifikasi sesuai dengan barang/jasa yang diadakan dan sesuai dengan ketentuan Undang-Undang yang berlaku. Berdasarkan Pasal 17 Ayat (2) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, penyedia barang dan jasa dalam melaksakan kegiatan pengadaan barang dan jasa memiliki tanggung jawab atas pelaksanaan kontrak, kualitas

asa, ketepatan perhitungan jumlah atau volume, ketepatan waktu han dan ketepatan tempat penyerahan.



Pasal 25 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, penyedia barang dan jasa sebelum melaksanakan pengadaan barang dan jasa pemerintah mesti memiliki beberapa persiapan oleh PPK, yaitu kegiatan-kegiatan sebagai berikut:

- a. Menetapkan Harga Perkiraan Sendiri (HPS);
- b. Menetapkan Rancangan Kontrak;
- c. Menetapkan Spesifikasi teknis/KAK; dan/atau
- d. Menetapkan uang muka, jaminan uang muka, jaminan pelaksanaan, jaminan pemeliharaan, sertifikat, garansi dan/atau penyesuaian harga.

Berdasarkan Pasal 26 Perpres Nomor 16 Tahun 2018, Harga Perkiraan Sendiri (HPS) dihitung secara keahlian dan menggunakan data yang dapat dipertanggung jawabkan. Dalam HPS telah diperhitungkan keuntungan dan biaya tidak langsung (*Overhead Cost*). Nilai HPS bersifat terbuka dan tidak bersifat rahasia. Total HPS merupakan hasil perhitungan HPS ditambah Pajak Pertambahan Nilai (PPN).

Kemudian jika melihat Pasal 26 Perpres Nomor 16 Tahun 2018 maka jenis kontrak pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya terdiri atas 5 jenis kontrak yaitu sebagai berikut:

- a. Lumsum;
- b. Harga Satuan;
- c. Gabungan Lumsum dan Harga Satuan;

Terima Jadi (*Turnkey*); dan

kontrak Payung.



Setiap kontrak yang dikenal pada Perpres Nomor 16 Tahun 2018 memiliki pengertian masing-masing dan dijelaskan pada Pasal 27 Ayat (4) hingga Ayat (7) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 ialah:

- a. Kontrak Lumsum merupakan kontrak dengan ruang lingkup pekerjaan dan jumlah harga yang pasti dan tetap dalam batas waktu tertentu, dengan ketentuan bahwa semua risiko sepenuhnya ditanggung oleh penyedia. Berorientasi kepada keluaran, dan pembayaran didasarkan pada tahapan produk/keluaran yang dihasilkan sesuai dengan kontrak;
- b. Kontrak Harga Satuan adalah kontrak pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya dengan harga satuan yang tetap untuk setiap satuan atau unsur pekerjaan dengan spesifikasi teknis tertentu atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam batas waktu yang telah ditetapkan dengan ketentuan bahwa volume atau kualitas pekerjaan masih bersifat perkiraan pada saat kontrak ditandatangani, pembayaran berdasarkan hasil pengukuran bersama atas realisasi volume pekerjaan dan nilai akhir kontrak ditetapkan setelah seluruh pekerjaan diselesaikan;
- c. Kontrak Gabungan Lumsum dan Harga satuan adalah kontrak pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/Jasa lainnya gabungan lumsum dan harga satuan dalam 1 (satu) pekerjaan yang diperjanjikan;



- d. Kontrak Terima Jadi (*Turnkey*) adalah kontrak pengadaan pekerjaan kontruksi atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam batas waktu tertentu dengan ketentuan bahwa jumlah harga pasti dan tetap sampai seluruh pekerjaan selesai dilaksanakan dan pembayaran dapat dilakukan berdasarkan termin sesuai dengan kesepakatan dalam kontrak; dan
- e. Kontrak Payung adalah Kontrak yang dapat berupa kontrak harga satuan dalam periode waktu tertentu untuk barang/jasa yang belum dapat ditentukan volume dan/atau waktu pengirimannya pada saat kontrak ditandatangani.

Kemudian dalam Pasal 27 Ayat (8) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, juga dikenal dengan kontrak berdasarkan waktu penugasan. Kontrak berdasarkan waktu penugasan adalah kontrak jasa konsultasi untuk pekerjaan yang ruang lingkupnya belum bisa didefinisikan dengan rinci dan/atau waktu yang dibutuhkan untuk menyelesaikan pekerjaan belum bisa dipastikan, serta pada Pasal 27 Ayat (9) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 dikenal juga dengan Kontrak Tahun Jamak yaitu merupakan kontrak pengadaan barang/jasa yang membebani lebih dari 1 (satu) tahun anggaran dilakukan setelah mendapatkan persetujuan pejabat yang berwenang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan Pasal 28 Ayat (1) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 ada 5 jenis bentuk-bentuk kontrak dalam pelaksanaan pengadaan barang dan

perintah melalui penyedia yaitu sebagai berikut:

Bukti pembelian/pembayaran;



- b. Kuitansi;
- c. Surat Perintah Kerja (SPK);
- d. Surat Perjanjian; dan
- e. Surat Pesanan.

Berdasarkan Pasal 28 Ayat (2) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, Bukti Pembelian/Pembayaran digunakan untuk pengadaan barang/jasa lainnya dengan nilai paling banyak Rp.10,000,000,- (sepuluh juta rupiah), Kuitansi digunakan untuk pengadaan barang/jasa lainnya dengan nilai paling banyak Rp.50,000,000 (lima puluh juta rupiah) (Pasal 28 Ayat (3) Perpres Nomor 16 Tahun 2018).

Berdasarkan Pasal 28 Ayat (4) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, Surat Perintah Kerja digunakan untuk pengadaan jasa konsultasi dengan nilai paling banyak Rp. 100,000,000,- (seratus juta rupiah).

Berdasarkan Pasal 28 Ayat (5) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, Surat Perjanjian digunakan untuk pengadaan barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya dengan nilai paling sedikit di atas Rp. 200,000,000,- (dua ratus juta rupiah) dan untuk pengadaan jasa konsultasi dengan nilai paling sedikit di atas Rp.100,000,000,- (seratus juta rupiah).

Berdasarkan Pasal 28 Ayat (6) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, Surat Pesanan digunakan untuk pengadaan barang/jasa melalui *E-purchasing* atau pembelian melalui *took daring*.



Berdasarkan Pasal 38 Ayat (1) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, dalam Perpres Nomor 16 Tahun 2018 ada beberapa metode pemilihan penyedia barang/pekerjaan konstruksi/jasa lainnya yaitu sebagai berikut:

- a. *E-Purchasing*;
- b. Pengadaan Langsung;
- c. Penunjukan Langsung;
- d. Tender Cepat; dan
- e. Tender.

Adapun beberapa bentuk-bentuk pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa pemerintah oleh penyedia berdasarkan Pasal 52 Ayat (1) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 adalah sebagai berikut:

- a. Penetapan Surat Penunjukkan Penyedia Barang/Jasa (SPPBJ);
- b. Penandatanganan Kontrak;
- c. Pemberian uang muka;
- d. Pembayaran Prestasi Pekerjaan;
- e. Perubahan Kontrak;
- f. Penyesuaian harga;
- g. Penghentian Kontrak atau berakhirnya kontrak;
- h. Pemutusan Kontrak;
- i. Serah Terima Hasil Pekerjaan; dan/atau
- j. Penanganan Keadaan Kahar.

Dalam Peraturan presiden Nomor 16 Tahun 2018 telah diatur

a perbuatan-perbuatan dalam sistem pengadaan barang dan jasa
ak diperbolehkan dan dapat dikenakan sanksi. Adapun perbuatan



atau tindakan yang dapat dikenakan sanksi tersebut berdasarkan Pasal 78 Perpres Nomor 16 Tahun 2018 dapat diklasifikasikan menjadi 3 yaitu:

- a. Perbuatan atau tindakan peserta pemilihan dalam pelaksanaan pemilihan penyedia;
- b. Perbuatan atau tindakan pemenang pemilihan yang telah menerima Surat Penunjukan Penyedia Barang dan Jasa (SPPBJ); dan
- c. Perbuatan atau tindakan Penyedia barang dan jasa dalam pelaksanaan kontrak.

Perbuatan atau tindakan peserta pemilihan dalam pelaksanaan pemilihan penyedia yang dapat dikenakan sanksi berdasarkan Pasal 78 Ayat (1) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 adalah sebagai berikut:

- a. Menyampaikan dokumen atau keterangan palsu/tidak benar untuk memenuhi persyaratan yang ditentukan dalam dokumen pemilihan;
- b. Terindikasi melakukan persekongkolan dengan peserta lain untuk mengatur harga penawaran;
- c. Terindikasi melakukan KKN dalam pemilihan penyedia; dan
- d. Mengundurkan diri dengan alasan yang tidak dapat diterima oleh Pejabat Pengadaan/Pokja Pemilihan/Agen Pengadaan.

Berdasarkan Pasal 78 Ayat (2) Perpres Nomor 16 Tahun 2018 perbuatan atau tindakan pemenang pemilihan yang telah menerima Surat Penunjukan Penyedia Barang dan Jasa (SPPBJ). Yang dapat dikenakan sanksi adalah pemenang pemilihan mengundurkan diri sebelum

atanganan kontrak.



Berdasarkan Pasal 78 Ayat (2) Perpres Nomor 16 Tahun 2018, perbuatan atau tindakan Penyedia barang dan jasa dalam pelaksanaan kontrak yang dapat dikenakan sanksi adalah sebagai berikut:

- a. Tidak melaksanakan kontrak, tidak menyelesaikan pekerjaan atau tidak melaksanakan kewajiban dalam masa pemeliharaan;
- b. Menyebabkan kegagalan bangunan;
- c. Menyerahkan Jaminan yang tidak dapat dicairkan;
- d. Melakukan kesalahan dalam perhitungan volume hasil pekerjaan berdasarkan audit;
- e. Menyerahkan barang dan Jasa yang kualitasnya tidak sesuai dengan kontrak berdasarkan hasil audit atau; dan
- f. Terlambat menyelesaikan pekerjaan sesuai dengan kontrak.

G. Yurisprudensi mengenai peminjaman nama perusahaan

Dalam kontrak pengadaan, kolaborasi antara beberapa pihak dalam pelaksanaan suatu pekerjaan merupakan kelaziman. Pengalihan sebagian dari kontrak (Sub-kontrak) kepada pihak lain karenanya menjadi fenomena yang umum, lebih-lebih dalam industri konstruksi dengan pekerjaan kompleks dalam mana dibutuhkan spesialis untuk pelaksanaan bagian pekerjaan tertentu. Sub-kontrak hanyalah mengalihkan sebagian dari pekerjaan dan pada umumnya daftar pekerjaan yang dapat disub-kontrakan ini telah ditetapkan oleh pengguna barang/jasa. Dengan

tidak dibenarkan mengalihkan seluruh kontrak. Salah satu alasan mengapa subkontrak adalah untuk memenuhi syarat-syarat dan standar



dalam pekerjaan konstruksi yang kompleks. Sub-kontrak juga merupakan sarana yang efektif guna melibatkan perusahaan nasional dalam kegiatan pelaksanaan pekerjaan oleh perusahaan asing dalam bentuk kerjasama yang berupa kemitraan atau sub-kontrak sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 104 Ayat (2) Perpres Nomor 54 Tahun 2010.⁷²

Metode pinjam nama perusahaan menurut yuriprudensi Putusan Nomor 16/Pid.Sus-TPK/2018/PN-Mks.,. dimana dalam *Judex Facti* halaman 102 dijelaskan bahwa Metode pinjam nama perusahaan merupakan suatu tindakan yang dilakukan penyedia barang/jasa dengan mengalihkan pelaksanaan pekerjaan utama berdasarkan kontrak dengan melakukan sub-kontrak kepada pihak lain. Hal ini dapat dilihat berdasarkan *Judex Facti* halaman 102 pada putusan tersebut bahwa metode pinjam nama perusahaan merupakan suatu perbuatan melawan hukum karena melanggar Pasal 87 Ayat (3) Peraturan Presiden 54 Tahun 2010 yang mengatur “Penyedia barang/jasa dilarang mengalihkan pelaksanaan pekerjaan utama berdasarkan kontrak dengan melakukan subkontrak kepada pihak lain, kecuali sebagian pekerjaan utama kepada penyedia barang/jasa spesialis.”

Berdasarkan *Judex Facti* di atas sebagai salah satu sumber hukum formil dapat kita ambil konsep sederhana bahwa metode pinjam perusahaan merupakan suatu hubungan kontraktual, yang didalamnya berisi hak dan kewajiban untuk melaksanakan isi kontrak, yang kemudian



. 259

hak dan kewajiban untuk melaksanakan isi kontrak tersebut dialihkan secara keseluruhan isi kontrak kepada pihak lain.

Dicabutnya Peraturan presiden Nomor 54 Tahun 2010 dan disahkannya Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018, memiliki dampak pada penafsiran dan status hukum metode pinjam perusahaan berdasarkan peraturan yang berlaku menjadi tidak jelas dan kabur, sebab Pasal 87 Ayat (3) Perpres Nomor 54 Tahun 2010 yang menjadi acuan dari penafsiran pengertian metode pinjam nama perusahaan tidak lagi ada dalam Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018. Namun setidaknya pengertian peminjaman nama perusahaan pada Yuriprudensi di atas dapat digunakan sebagai landasan yuridis penafsiran hakim.

