

# KONTRAK *BUILD OPERATE TRANSFER* SEBAGAI PERJANJIAN KEBIJAKAN PEMERINTAH DENGAN PIHAK SWASTA

**Lalu Hadi Adha**

Fakultas Hukum Universitas Mataram NTB

E-mail: *mrdatudaha@gmail.com*

## **Abstract**

*BOT (Build Operate Transfer) as a form of agreement held by the government policy with private parties is a legal act by the agency or the State administration officials who make public policy as the object of the agreement. Although inherent in him as a body or public official, the government in implementing the contractual relationship with another party (private) legal act is not governed by public law, but based on the laws and regulations of civil law (privaat recht), as the case of legislation that underlie civil legal actions carried out a body of citizens and civil law. The research shows that in a contractual relationship, the government as a party to the BOT contracts have no equal footing with their counterparts. This will be discussed in more depth in the study of law with the approach of juridical normative or study in a BOT contract as an agreement policy.*

*Key words : BOT contract, agreement, policy*

## **Abstrak**

BOT (Build Operate Transfer) sebagai bentuk perjanjian yang diadakan oleh kebijakan pemerintah dengan pihak swasta adalah perbuatan hukum oleh badan atau pejabat administrasi Negara yang membuat kebijakan publik sebagai obyek perjanjian. Meskipun yang melekat dalam dirinya sebagai pejabat badan atau publik, pemerintah dalam melaksanakan hubungan kontrak dengan pihak lain (swasta) perbuatan hukum yang tidak diatur oleh hukum publik, namun berdasarkan undang-undang dan peraturan hukum perdata (privaat recht), sebagai kasus undang-undang yang mendasari tindakan hukum perdata dilakukan tubuh warga dan hukum perdata. Penelitian menunjukkan bahwa dalam hubungan kontrak, pemerintah sebagai pihak dalam kontrak BOT tidak memiliki kedudukan yang sama dengan rekan-rekan mereka. Ini akan dibahas secara lebih mendalam dalam studi hukum dengan pendekatan yuridis normatif atau studi dalam kontrak BOT sebagai kebijakan kesepakatan.

Kata kunci : kontrak BOT, perjanjian, kebijakan

---

## **Pendahuluan**

Pembangunan infrastruktur berupa sarana dan prasarana sebagai penunjang tercapainya tujuan bernegara memang tidak dapat dihindari. Namun tidak dapat juga dihindarkan kenyataan bahwa pemerintah mempunyai kemampuan terbatas sehingga dibutuhkan kerjasama dengan pihak swasta dalam mewujudkan semua kebutuhan tersebut. Maka perjanjian pemerintah sebagai penentu kebijakan negara dengan swasta sebagai pihak yang bekerja sama untuk mewujudkan lancarnya pembangunan sarana dan prasarana juga tidak dapat dihindarkan. Selanjutnya kontrak-kontrak kerjasama peme-

rintah, dengan swasta menjadi suatu hal yang biasa.

Kemitraan publik (pemerintah) dan swasta pada tingkat yang tertinggi yaitu swastanisasi atau lebih dikenal sebagai privatisasi seringkali dipercaya membawa efisiensi dalam alokasi investasi dan meningkatkan kualitas pelayanan namun juga seringkali membawa masalah karena sulitnya mempertemukan dua kepentingan yang berbeda antara pemerintah yang menonjolkan kesejahteraan masyarakat dan swasta yang lebih mencari keuntungan. Privatisasi juga seringkali menghadapi kendala penolakan masyarakat yang mungkin disebabkan kurangnya pemahaman masyarakat terhadap

privatisasi yang sebenarnya dan kurang terbukanya privatisasi tersebut<sup>1</sup>.

Sebagaimana diketahui kemitraan yang dijalin pemerintah dengan pihak swasta dalam bentuk kontrak kerjasama merupakan sebuah hubungan hukum yang terjadi antara dua pihak. Hal yang diperjanjikan dalam kontrak tersebut bersifat privat, mengikat keduanya secara khusus sesuai dengan hal yang diperjanjikan. Sepanjang kontrak tersebut tidak bertentangan dengan syarat sahnya perjanjian maka kontrak itu sah menurut hukum. Di dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPer) disebutkan bahwa "Suatu perjanjian yang dibuat sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya"<sup>2</sup> Ketentuan ini menggarisbawahi bahwa perjanjian antar dua pihak bersifat privat. Untuk itulah jika pemerintah melakukan hubungan kontraktual walaupun di dalamnya selalu membawa nuansa bagian hukum berdasarkan hukum privat dan hukum publik, namun perjanjian yang dibuatnya termasuk dalam ranah privat.

Masuknya pihak swasta asing dalam pembangunan infrastruktur di dalam negeri bukanlah suatu hal yang baru, terutama di era globalisasi ini. Efek munculnya kerja sama dengan negara lain bukan hanya masuknya sumber daya asing baik manusia maupun pembiayaan, tetapi juga model-model kontrak baru yang mewarnai kontrak kerja sama pemerintah dengan swasta. Akhir-akhir ini banyak bermunculan tipe kontrak kerjasama konstruksi dan pembo-

rongan, yang umumnya disesuaikan dengan sistem pembiayaannya. Banyaknya corak ragam tersebut merupakan hasil kreasi para pelaku dalam bisnis konstruksi sebagai tuntutan dari perkembangan bisnis konstruksi itu sendiri. Produk-produk baru di bidang kontrak konstruksi tersebut ada yang merupakan kombinasi dari beberapa pola tradisional, namun banyak pula yang merupakan benar-benar produk yang baru. Kiranya tipe kontrak konstruksi seperti *Build Operate Transfer (BOT)*<sup>3</sup> itu benar-benar merupakan model atau tipe kontrak yang masih belum banyak dikenal dalam masyarakat .

Tipe kontrak konstruksi BOT secara garis besar merupakan model kontrak yang melibatkan dua pihak yakni pengguna jasa, pada umumnya pemerintah, dan penyedia jasa yakni pihak swasta. Pengguna jasa memberikan kewenangan kepada penyedia jasa untuk membangun infrastruktur dan mengoperasikannya selama waktu tertentu (disebut juga masa konsesi) dan penyedia jasa akan menyerahkan kepada pengguna jasa infrastruktur tersebut bila masa konsesi telah habis. Pola Kontrak BOT ini akhir-akhir banyak digunakan terutama untuk pembangunan infrastruktur yang menyangkut hajat hidup orang banyak.

Berbagai hal yang dilakukan oleh pemerintah termasuk dalam menentukan bentuk kontrak yang akan digunakan adalah bagian dari kebijakan. Terkadang kebijakan yang dipilih menimbulkan bentuk permasalahan tersendiri. Demikian juga kebijakan untuk menggandeng pihak swasta dalam melakukan perwujudan pembangunan infrastruktur. Perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dan swasta dalam kerjasama pembangunan infrastruktur akan menimbulkan akibat hukum seperti adanya prestasi-prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak. Apabila pola BOT dipilih sebagai bentuk kerjasama maka dibutuhkan pengetahuan yang cukup bagi aparat (pemerintah) pusat atau dae-

<sup>1</sup> Achmad Sobirin, "Privatisasi: Implikasinya Terhadap Perubahan Prilaku Karyawan dan Budaya Organisasi", *Jurnal Siasat Bisnis*, Edisi Khusus Sumber Daya Manusia, Tahun 2005, hlm 28.

<sup>2</sup> Abdul Halim Barkatullah, "Menjual Hak Memilih Pada Pemilihan Umum Dalam Perspektif Hukum Perjanjian", *Jurnal Konstitusi*, Vol. I, No. 1, November 2008, hlm 32,; Bambang Poerdyatmono, "Asas Kebebasan Berkontrak (Contractvrijheid Beginnselen) dan penyalahgunaan keadaan (Misbruik Van Omstandigheden) Pada Kontrak Jasa Konstruksi", *Jurnal Teknik Sipil*, Volume 6 No. 1, Oktober 2005, hlm 48,; Rahmani Timorita Yulianti, "Asas-Asas Perjanjian (Akad) dalam Hukum Kontrak Syari'ah", *La Riba Jurnal Ekonomi Islam*, Vol. II, No. 1, Juli 2008, hlm 102,; Augustinus Simanjuntak, "Tinjauan Yuridis Para Pihak dalam Transaksi Pengambilan atau Transfer Dana Melalui Mesin Anjungan Tunai Mandiri (ATM)", *Jurnal Manajemen dan Kewirausahaan*, Vol.9, No. 2, September 2007, hlm 130.

<sup>3</sup> Nyoman Martha Jaya, "Analisa Perbandingan Kerjasama Proyek Antara Sistem BOT dan Turn Key (Study Kasus Proyek Multy Investmen PT.(Persero) Pos Indonesia, *Jurnal Ilmiah Teknik Sipil*", Vol.12, No.01, Januari 2008, hlm 14,; Mahmudi, "Kemitraan Pemerintah Daerah dan Efektifitas Pelayanan Publik", *Sinergi Kajian Bisnis dan Manajemen*, Vol. 9 No. 1, JANUARI 2007, hlm 59.

rah untuk melaksanakannya. Pelaksanaan yang salah akan membawa kerugian baik bagi pemerintah sendiri maupun bagi masyarakat termasuk juga investor.

Walaupun tidak ada pengaturan lebih lanjut keberadaan pola kontrak BOT telah diakui dalam perundangan di Indonesia. Seperti dalam Peraturan Pemerintah No 6 tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara dan Daerah disebutkan pada Pasal 20 bahwa Bentuk-bentuk pemanfaatan barang milik Negara dan Daerah dapat berupa sewa, pinjam pakai, kerjasama pemanfaatan, dan Bangun Guna Serah (BOT) dan Bangun Guna Serah (BTO). Peraturan Pemerintah ini sebenarnya merupakan pelaksanaan dari ketentuan dalam pasal 48 ayat 2 dan pasal 49 ayat 6 Undang-Undang No 1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. Kontrak merupakan bagian yang fundamental dalam sebuah kerja sama. Apalagi kerjasama itu menyangkut kepentingan umum, melibatkan pemerintah sebagai penyelenggara negara serta menggunakan fasilitas negara. Instrumen hukum yang memadai sangat diperlukan dalam mengakomodir dan memberikan perlindungan kedua belah pihak. Di dalamnya haruslah terkandung perpaduan antara prinsip-prinsip hukum privat dan prinsip hukum publik. Hal ini juga yang harus diperhatikan apabila dipilih pola kontrak BOT sebagai bagian dari kebijakan pemerintah.

Mengkaji uraian diatas terlihat begitu pentingnya melakukan pembangunan infrastruktur dengan tidak meremehkan pentingnya penyusunan kontrak yang dilakukan oleh para pihak baik pemerintah sebagai pengguna jasa dan masyarakat (swasta, investor) sebagai penyedia jasa khususnya pembangunan infrastruktur yang dibangun atas dasar kerjasama dengan memakai jenis kontrak atau pola BOT yang tentunya akan menimbulkan permasalahan-permasalahan yang layak di bahas dalam tulisan ini yaitu mengenai pelaksanaan perjanjian dengan pola kontrak *Build Operate Transfer* (BOT); dan kedudukan antara pemerintah sebagai pengguna jasa dan pihak swasta sebagai penyedia jasa dalam kontrak BOT itu.

## Pembahasan

### Pelaksanaan Kontrak BOT

Substansi kontrak pemerintah dapat berupa kontrak pengadaan dan kontrak non pengadaan. Perbedaan itu terletak pada tujuan pembuatan kontrak. Kontrak pengadaan jelas dimaksudkan untuk pengadaan barang dan jasa, sedangkan kontrak non pengadaan bukan dalam rangka pengadaan, melainkan dalam banyak hal untuk pelayanan publik. Dalam perspektif Indonesia perbedaan itu meliputi juga perbedaan dari sisi anggaran. Dari sisi ini, kontrak pengadaan merupakan kontrak yang menimbulkan beban pembayaran sedangkan kontrak non pengadaan pada umumnya merupakan kontrak yang menghasilkan pemasukan.

Kontrak non pengadaan oleh pemerintah meliputi berbagai macam jenis. Melalui prinsip kebebasan berkontrak pemerintah dapat mengikatkan diri ke dalam jenis kontrak apapun baik yang tergolong sebagai perjanjian bernama maupun perjanjian yang tidak bernama atau perjanjian campuran. Seperti halnya kontrak BOT walaupun secara normatif tidak ada undang-undang yang secara khusus mengatur tentang kontrak ini tetapi secara sporadis sebagai bentuk atau cara untuk melaksanakan perjanjian atau kontrak kerjasama yang diadakan oleh pemerintah dapat kita jumpai dalam beberapa aturan. *Pertama*, Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 248/kmk.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk BOT; *kedua*, Peraturan Pemerintah Nomor 8 tahun 1990 tentang Jalan Tol. Dalam Pasal 38 diatur bahwa pemerintah melalui Badan (PT.Jasa Marga) dapat bekerjasama dengan pihak lain dalam pembangunan dan pengoperasian jalan tol dengan pola kerjasama BOT; *ketiga*, Pasal 45 ayat 3 Penjelasan dalam Undang-Undang Nomor 7 tentang Sumber Daya Air; *keempat*, Peraturan Pemerintah No 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah pasal 20 dikatakan: Bentuk-bentuk pemanfaatan barang milik negara atau daerah berupa sewa, pinjam pakai, kerjasama pemanfaatan, bangun guna serah (BOT) dan bangun serah guna BTO

Kontrak BOT saat ini sering dipraktekkan oleh pemerintah khususnya pada proyek-proyek infrastruktur berskala besar, proyek BOT pertama kali dibidang *power plant* di Indonesia adalah PT PAITON ENERGY atau lebih dikenal dengan Paiton I. Proyek listrik bertenaga batu bara dengan kekuatan 2x 615 MW itu melakukan *Financial closing* pada tanggal 21 april 1995. Kontrak proyek ini menggunakan *Build Own Operate* (BOO) dengan satu ketentuan "take or pay" pada awalnya masa kontrak disepakati selama 30 tahun tetapi kemudian setelah negosiasi ulang menjadi 40 tahun setelah pabrik dibangun<sup>4</sup>.

Ada beberapa keuntungan yang diperoleh dalam proyek pembangunan dengan pola BOT. *Pertama*, memperoleh sumber modal baru dari pihak swasta, agar dapat mengurangi pinjaman pemerintah dan pengeluaran langsung, yang kemungkinan dapat memperbaiki nilai hutang pemerintah. *Kedua*, mempercepat pembangunan proyek tanpa harus menunggu perolehan dana yang cukup besar. *Ketiga*, memakai keahlian pihak swasta untuk mengurangi biaya konstruksi, memperpendek jadwal dan efisiensi peng-operasian proyek. *Keempat*, alokasi resiko dan beban proyek pada pihak swasta; Lima, keterlibatan private sponsors dan *comercial lender* yang berpengalaman, yang menjamin kelayakan proyek. *Keenam*, pemerintah tidak perlu mengontrol proyek secara berlebihan, karena sudah diserahkan pada pihak swasta hingga akhir masa konsesi. *Ketujuh*, transfer teknologi dan pelatihan personil lokal. *Kedelapan*, sebagai tolak ukur efisiensi antara proyek swasta dengan proyek pemerintah yang sejenis. *Kesembilan*, keterlibatan PEMDA dalam pola BOT akan berhasil ganda, selain langsung menggairahkan iklim investasi dan peningkatan eskalasi pembangunan setempat, juga sekaligus meningkatkan pendapatan asli daerah (PAD) di tengah masyarakat yang *well inform* karena dipermudah mendapatkan akses global.

Menurut *United Nations Industrial Development Organizations* (UNIDO 1996) ada tiga pihak utama yang berperan dalam kontrak pro-

yek BOT yakni: *host goverment*, *project company* dan *sponsors*. Masing-masing pihak tersebut mempunyai definisi dan peranan, kedudukan yang berbeda. *Host goverment* adalah pemerintah setempat yang mempunyai kepentingan dalam pengadaan proyek tersebut (legislatif, regulatory, administratif) yang mendukung project company atau *concessionaire* proyek dari awal hingga akhir pengadaan proyek tersebut. Umumnya *host goverment* didampingi oleh penasehat tehnikal, finansial dan hukum.

*Project Company* yakni konsorsium dari beberapa perusahaan swasta yang membentuk "perusahaan proyek" baru. Peranan *project company* adalah membangun dan mengoperasikan proyek tersebut dalam masa konsesi yang telah ditentukan, dan kemudian pada akhir konsesi mentransfer proyek tersebut pada host goverment. Sebelum berdiri project company mengajukan proposal, menyiapkan study kelayakan dan menyerahkan penawaran proyek. Project Company ini dimodali oleh sumbangan limited equity dari masing-masing sponsor. Sponsors ialah konsorsium dari beberapa perusahaan sponsor yang berperan dalam pembiayaan pengadaan project company.

Pelaksanaan kontrak kerjasama dengan pola BOT, para pihak (*pemerintah dan swasta*) tentu harus mempersiapkan modal dan asset baik berupa uang, barang, dan jasa, yang dijadikan sebagai nilai tawar (*bargain*) dengan prinsip saling menguntungkan, sehingga masing-masing pihak mau mengadakan perjanjian tersebut. Walaupun pemerintah dalam kontrak BOT mempersiapkan modal baik berupa barang atau jasa pada kontrak ini, namun pihak swasta dituntut untuk lebih berperan dalam menanggulangi berbagai kebutuhan yang diperlukan dalam proyek pembangunan infrastruktur yang akan dibangun, baik pada tahap persiapan, pelaksanaan serta tahap operasionalnya. Seperti yang telah diungkapkan walaupun pemerintah mempersiapkan modal dalam kontrak ini namun di dalam BOT, pihak swasta dituntut lebih berperan untuk menyediakan modal untuk membangun berbagai pasilitas baru. Pemerintah akan men-yetujui untuk mengeluarkan tingkat produksi yang minimum untuk memastikan bahwa

<sup>4</sup>. Sudja N, 2002, "Mengugat Harga Listrik Paiton I", Jakarta. INFID-WGSPR

operator swasta dapat menutupi biayanya selama pengoperasian.

Pelaksanaan Bangun Guna Serah (BOT) Barang Milik Negara atau Daerah dalam PP No 6 persyaratannya hanya disebutkan bahwa, pengguna barang memerlukan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan negara atau daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi dan tidak tersedianya dana dalam Anggaran dan Pendapatan Belanja Negara atau Daerah untuk penyediaan bangun-an dan fasilitas yang dimaksud. Jadi dalam hal ini pemerintah membutuhkan biaya yang besar untuk pembangunan fasilitas publik oleh karenanya menjalin kerjasama dengan pihak swasta dalam pengelolaan dan optimalisasi aset negara menjadi satu kebutuhan yang harus dilakukan. Kemudian ditegaskan dalam Diklat Teknis Manajemen Asset Daerah yang dilaksanakan Lembaga Administrasi Negara Departemen Dalam Negeri tentang Pemanfaatan Aset atau Barang Milik Daerah disebutkan syarat-syarat, ketentuan, prosedur serta tata cara pelaksanaan bangun guna serah (BOT) barang milik negara dan daerah.

BOT atas barang milik daerah ini dilaksanakan oleh Pengelola Barang setelah mendapat persetujuan Gubernur, Bupati atau Walikota. Jadi tanah yang status penggunaannya ada pada Pengguna Barang dan telah direncanakan untuk penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pengguna barang yang bersangkutan, dapat dilakukan Bangun Guna Serah setelah tanah itu terlebih dahulu diserahkan pada Gubernur/Bupati/Walikota. BOT dilaksanakan oleh pengelola barang dengan mengikutsertakan Pengguna Barang dan atau Kuasa Pengguna Barang. Kuasa Pengguna Barang adalah Kepala satuan kerja atau Pejabat yang ditunjuk oleh Pengguna Barang menggunakan barang yang berada dalam penguasaannya dengan sebaik-baiknya sesuai dengan tugas pokok dan fungsinya. Kemudian penetapan status penggunaan barang milik daerah sebagai hasil dari pelaksanaan BOT dilaksanakan oleh Gubernur/Bupati/Walikota dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi Satuan Kerja daerah terkait. Mitra kerjasama Pemerintah dalam kontrak BOT tersebut, sete-

lah ditetapkan, selama jangka waktu pengoperasian harus memenuhi kewajiban-kewajibannya.

#### **Kedudukan Pemerintah dalam Kontrak B.O.T**

Sebagaimana individu melakukan usaha guna memenuhi kebutuhan dan kepentingan pribadinya, pemerintah juga dituntut untuk memenuhi kebutuhan publik (*publik interest*) secara permanen dan konstan. Seperti halnya individu melakukan hubungan kontraktual dalam memenuhi kebutuhannya maka pemerintah pun melakukan hal yang sama. Pola kontraktualisasi ini digunakan oleh pemerintah sebagai salah satu cara dalam melaksanakan fungsinya di samping tindakan-tindakan sepihak (*unilateral acts*) yang didasarkan pada kewenangan dan perintah (*authority of comand*). Namun sebelum kita masuk tentang bagaimana posisi pemerintah dalam kontrak BOT perlu halnya kita memahami pengertian pemerintah sebagai salah satu pihak dalam kontrak (*kontraktan*). Sering kita mendengar bahwa istilah pemerintah dipersamakan dengan negara atau sebaliknya, padahal secara etimologis hal ini tidak benar, sekalipun memang fungsi negara nampak jelas dari apa yang dilakukan oleh pemerintah. Oleh karenanya dalam konteks kajian kontrak pemerintah pengertian pemerintah harus dipahami dalam arti organisasi pemerintah atau kumpulan dari kesatuan-kesatuan pemerintahan dan bukan dalam pengertian fungsi pemerintahan atau kegiatan memerintah. Dalam berbagai literatur khususnya tentang kontrak pemerintah istilah pemerintah memang tidak lazim didefinisikan melainkan hanya penjelasan mengenai kewenangan, baik kewenangan pemerintahan pusat atau daerah. Begitu juga dalam undang-undang tentang kontrak pemerintah di beberapa negara, tidak ada perumusan secara eksplisit tentang pengertian pemerintah. Di Malaysia misalnya, Artikel 2 Government Contracts Act 1949 merumuskan :

*All contracts made in Malaysia on behalf of the government shall, if reduced to writing, be made in the name of government of Malaysia or may be signed by a minister or by any public officer duly authorized in writing by a Minister either specially in any particular case, or*

*generally for or contracts below a certain value in his department or otherwise as may be specified in the authorization.*

Seperti halnya di Malaysia, dalam undang-undang kontrak pemerintah Singapura tidak dijumpai perumusan pemerintah. Artikel 2 (1) *Government Contract Act* (1967). Singapura hanya menentukan bahwa seluruh kontrak yang dibuat di Singapura untuk kepentingan pemerintah harus dibuat atas nama pemerintah dan ditandatangani oleh menteri atau pejabat publik yang memperoleh mandat tertulis dari menteri keuangan. Tidak ada penjelasan lebih lanjut mengenai siapa pemerintah itu. Sementara itu hal yang sama juga terdapat di India. Dalam konstitusi India hanya dinyatakan "*Government or the Government shall include both the Central Government and any State Government.*

Secara eksplisit di Indonesia pun tidak ditemukan batasan tentang pemerintah baik dalam Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 1 angka 2 Undang-Undang No 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, memberikan batasan pemerintah sebagai "Pemerintah pusat dan atau pemerintahan daerah" Apa yang dimaksud pemerintah pusat dan daerah masih memerlukan penjelasan lebih lanjut. Bahkan dalam Kepres No 80 Tahun 2003 yang kemudian diubah dengan kepres No 8 Tahun 2006 tentang Perubahan Keempat Atas Keputusan Presiden No 80 tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah. Tidak secara tegas menyebutkan pengertian tentang pemerintah. Pasal 1 angka 2 Kepres No 80 Tahun 2003 menyebutkan Intansi Pemerintah adalah Departemen, Lembaga pemerintah Non Departemen, Sekertaris Lembaga Tinggi Negara, Lembaga Tertinggi Negara, Pemerintah Profensi, Pemerintah daerah Kabupaten/Kota, dan Intansi Pemerintah lainnya.

Sebagai konsekwensi penggunaan instrumen hukum perdata oleh pemerintah, khususnya hukum kontrak, dalam pengelolaan urusan pemerintahan yang biasa disebut kontraktualisasi, terjadi percampuran elemen privat dan publik dalam hubungan kontraktual yang terbentuk. Kontrak yang dibuat oleh pemerintah

karenanya mempunyai karakteristik yang berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Implikasi adanya percampuran elemen privat dan publik itu tidak saja mengenai keabsahan dalam pembentukan kontrak, tetapi juga pada aspek pelaksanaan serta penegakan hukumnya (*enforcement of the contract*). Adanya unsur hukum publik inilah yang menyebabkan aturan dan prinsip hukum dalam kontrak privat tidak sepenuhnya berlaku bagi kontrak yang dibuat pemerintah. Badan atau pejabat tata usaha negara juga acap kali mengadakan hubungan hukum perjanjian dengan pihak swasta atau badan hukum perdata berkenaan dengan pengerjaan pembangunan suatu proyek pemerintah. Hubungan hukum yang melandasi perikatan mereka adalah tetap atas dasar perjanjian yang lazim dikenal didalam Buku III BW.

Kemudian, kalau kita melihat perkembangan di Belanda lebih jauh menunjukkan bahwa suatu perjanjian kebijakan (*beleidovereenkomst*) yang diadakan oleh badan atau Pejabat Tata Usaha Negara telah menjadikan perjanjian yang dimaksud sebagai sarana dari kebijakan yang ditempuhnya (*de overeenkomst als instrument van overheidsbeleid*) yakni kebijakan tata usaha negara tertentu dinyatakan dalam wujud perjanjian yang diadakan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan dengan pihak lain. Dalam buku 2 NBW Belanda F.A.M Stroink menegaskan dasar hukum keikutsertaan badan atau pejabat tata Usaha Negara di dalam hal perbuatan hukum keperdataan diatur pada pasal 1 menyebutkan "*Wanneer openbare lichamen-rechtspersonen aan het privaatrechtelijk rechtsvekeer deelnemen doen zij dan niet als overheid, als gesagsorganisatie, Dese openbare lichamen-rechtspersonen zijn, deelnemende aan het privaatrechtelijke rechtsvekeer, in principe op dezelfde onder wopen aan de rechtmacht van de gewone rechter als de burger*" Yakni apabila badan hukum publik ikut serta dalam hubungan hukum keperdataan maka dia tidak bertindak sebagai penguasa, sebagai organisasi kekuasaan namun dia menggunakan hak-hak pada kedudukan yang sama dengan rakyat. Badan-badan tersebut pa-

da dasarnya tunduk pada peradilan biasa seperti halnya rakyat biasa<sup>5</sup>.

Demikian halnya Badan Tata Usaha Negara di tingkat Pemerintahan Daerah (PEMDA) dapat pula melakukan berbagai perbuatan hukum keperdataan. Perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan mereka itu juga diatur oleh peraturan perundang-undangan hukum perdata. Namun terdapat beberapa ketentuan peraturan perundang-undangan yang secara prosudural mengatur pelaksanaan perbuatan-perbuatan keperdataan tertentu yang dilakukan oleh Badan Tata Usaha Negara di tingkat pemerintahan daerah itu. Dalam Bab VIII tentang Keuangan Daerah pasal 169 Undang-Undang No 32 Tentang Pemerintahan Daerah disebutkan bahwa: (1) Untuk membiayai penyelenggaraan pemerintahan daerah, pemerintah daerah dapat melakukan pinjaman yang bersumber dari pemerintah, pemerintah daerah lain, lembaga keuangan bank, lembaga keuangan bukan bank, dan masyarakat; (2) Pemerintah daerah dengan persetujuan DPRD dapat menerbitkan obligasi daerah untuk membiayai investasi yang menghasilkan penerimaan daerah.

Selanjutnya dalam Pasal 173 ditentukan: (1) Pemerintah daerah dapat melakukan penyertaan modal pada suatu Badan Usaha Milik Pemerintah dan atau milik swasta; (2) Penyertaan modal sebagaimana dimaksud pada ayat 1 dapat ditambah, dikurangi, dijual pada pihak lain, dan atau dapat dialihkan kepada badan usaha milik daerah

Kemudian lebih lanjut dalam Bab IX mengenai Kerja Sama dan Penyelesaian Perselisihan pasal 195 Undang-Undang Pemerintahan Daerah disebutkan: (1) Dalam rangka meningkatkan kesejahteraan rakyat, daerah dapat mengadakan kerjasama dengan daerah lain yang didasarkan pada pertimbangan dan efektifitas

pelayanan publik, sinergi dan saling menguntungkan. (2) Kerjasama sebagaimana yang dimaksud pada ayat 1 dapat diwujudkan dalam bentuk badan kerjasama antar daerah yang diatur dengan keputusan bersama; (3) Dalam penyediaan pelayanan publik, daerah dapat bekerjasama dengan pihak ketiga; (4) Kerjasama sebagaimana yang dimaksud pada ayat 1 dan ayat 3 yang membebani masyarakat dan daerah harus mendapatkan persetujuan DPRD. Jadi jelas bahwa dengan landasan hukum yang dikemukakan tersebut perbuatan hukum pejabat atau lembaga tata usaha negara yang memasuki ranah privat khususnya dalam hukum kontrak merupakan keniscayaan yang harus mereka perbuat sebagai salah satu bentuk pelayanan dan tanggung jawab terhadap publik.

Terdapat beberapa keuntungan bagi pemerintah dalam memanfaatkan lembaga-lembaga keperdataan sebagaimana dikemukakan oleh Indroharto. *Pertama*, warga masyarakat telah terbiasa berkecimpung dalam suasana kehidupan hukum perdata; *kedua*, lembaga keperdataan telah terbukti kemanfaatannya dan sudah dikenal sebagai bentuk yang digunakan dalam perundang-undangan yang luas dan yurisprudensi; *ketiga*, lembaga keperdataan dapat diterapkan hampir untuk segala keperluan karena sifatnya yang fleksibel dan jelas sebagai suatu instrument; *keempat*, lembaga keperdataan dapat diterapkan karena terdapat kebebasan bagi para pihak dalam membuat perjanjian; *kelima*, seringkali terjadi jalur hukum publik menemui jalan buntu, namun jalur melalui hukum perdata justru dapat memberikan jalan keluarnya; *keenam*, ketegangan yang disebabkan oleh tindakan yang selalu bersifat sepihak dari pemerintah dapat dikurangi dan berbeda dengan tindakan yang bersifat sepihak dari pemerintah, tindakan menurut hukum perdata dapat memberikan jaminan-jaminan kebendaan, misalnya ganti rugi<sup>6</sup>.

Kontraktualisasi membawa implikasi kontrak yang dibuat oleh pemerintah selalu terdapat hukum publik, inilah alasan mengapa

<sup>5</sup>. Philipus M. Hadjon, 1996, " *Pengantar Hukum Administrasi Negara (Introduction To The Indonesia Administrative Law)* " Yogyakarta: Gajah Mada University Press, hlm. 167 ; Winahyu Erwiningsih, "Peranan Hukum Dalam Pertanggungjawaban Perbuatan Pemerintahan (*Besluitshandeling*) (Suatu kajian dalam Kebijakan Pembangunan Hukum)", *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 9, No. 2, September 2006, hlm 191.

<sup>6</sup>. Indroharto, 2005, "*Usaha Untuk Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*", Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, hlm 112-113

kontrak pemerintah disebut sebagai kontrak publik. Kontrak publik merupakan kontrak yang didalamnya terkandung hukum publik karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa (*pemerintah*). Di samping dalam fase pembentukan, terutama menyangkut prosedur dan kewenangan pejabat publik, elemen hukum publik juga terdapat dalam fase pelaksanaan dan penegakan (*enforcement*) kontrak. Daya kerja hukum publik berlaku dalam semua fase ini. Adanya unsur hukum publik inilah menjadi alasan mengapa kontrak pemerintah ada yang menilai bukan sebagai kontrak melainkan sebagai peraturan karena isi yang terkandung didalamnya tidak mencerminkan adanya persesuaian kehendak. Seperti yang dikatakan bahwa apa yang terkandung dalam kontrak pemerintah pada dasarnya adalah kemauan sepihak dari pemerintah. Syarat-syarat kontrak telah disiapkan oleh pemerintah melalui perancang yang terampil dan pengalaman. Pihak kontraktor atau pemasok hanya mempunyai dua pilihan setuju atau tidak. Sama sekali tertutup kemungkinan melakukan penawaran balik. Kontrak baku yang secara luas digunakan dalam praktek kontrak pemerintah dengan demikian hanya menyisakan sedikit hak bagi kontraktor, selebihnya adalah kewajiban yang harus dipenuhi atau dipatuhi. Kontrak pemerintah yang pada umumnya dikatakan berkekuatan sebagai peraturan itu tercermin dalam kontrak baku<sup>7</sup> yang tergolong dalam kontrak adhesi (*adhesion contract*).

Para pihak dalam keadaan normal membuat kontrak dilandasi kehendak bebas. Atas dasar ini kontrak berkekuatan hukum sah dan karenanya berlaku mengikat. Pengadilan tidak boleh melakukan campur tangan yang berakibat mengubah isi kontrak kecuali terdapat situasi yang berbeda yakni dalam hal terdapat cacat kehendak yang mengakibatkan cacat hukum pada kesepakatan yang terbentuk. Menurut Sudjan dengan alasan bahwa kontrak yang

demikian ini bertentangan dengan kepatutan (*reasonableness*).

Memang kedudukan pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual cukup istimewa. Keadaan ini pada akhirnya membawa kompleksitas pada hubungan hukum yang terbentuk. Disamping adanya kemungkinan penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*)<sup>8</sup> yang merugikan pihak privat, tidak tertutup kemungkinan timbulnya persoalan hukum yang cukup rumit. Disamping karena faktor tidak memadai aturan yang tersedia juga karena faktor kurangnya pemahaman pejabat publik dalam memanfaatkan instrument hukum perdata tersebut serta tidak tertutup kemungkinan *mala fide*. Dari pihak pemerintah kemungkinan yang tidak menguntungkan yang patut diperhitungkan dalam kaitan dengan kontrak pemerintah itu diantaranya adalah sebagai berikut. *Pertama*, penggunaan lembaga-lembaga hukum perdata oleh pemerintah dalam penyelenggaraan urusan pemerintah itu tidak selalu pasti dimungkinkan dalam hal untuk mencapai suatu tujuan pemerintah itu tersedia bentuk-bentuk menurut hukum publik; *kedua*, pengaturan pembagian wewenang intern jajaran pemerintah kadang-kadang menjadi kacau dengan digunakannya suatu jalur hukum perdata; *ketiga*, efektifitas pengawasan preventif dan represif maupun jalur banding administratif ada kalanya tidak dapat ditempuh; *keempat*, dengan posisinya yang khusus karena berkewajiban menjaga dan memelihara kepentingan umum, pemerintah menuntut dalam hubungan hukum yang diciptakan suatu kedudukan yang khusus pula yang memberikan hak untuk melakukan pemutusan perjanjian secara sepihak; *kelima*, penggunaan lembaga hukum perdata dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan mudah sekali menjurus kearah bentuk *de'tournement de procedure*, artinya dengan menempuh jalur perdata tersebut lalu menyimpang dari jaminan-jaminan prosedural atau lain-lain jaminan perlindungan hukum yang dapat diberikan oleh hukum publik; *keenam*, pemerintah dapat menyalahkan posisi yuridisnya, karena dengan jalur

<sup>7</sup> Nanda Amalia, "Kontrak baku dan badan penyelesaian sengketa dalam kontrak bisnis internasional", *Suloh: Jurnal Penelitian Dan Pengkajian Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh, Vol.03, No.01, Tahun 2005, hlm 76-77.

<sup>8</sup> Bambang Poerdyatmono, *op.cit*, hlm 50.

perdata itu kemungkinan-kemungkinan yang dapat dipilih menjadi lebih leluasa; *ketujuh*, pemerintah juga dapat menyalahgunakan kenyataan posisinya sebagai penguasa yang berkuasa maupun sebagai pemegang monopoli atau kombinasi keduanya; dan *kedelapan*, dengan membuat perjanjian yang juga berlaku untuk waktu yang akan datang berarti pejabat mengikat para penerusnya yang mungkin tidak sependapat dengan perjanjian tersebut yang lalu dapat berakibat dibatalkan secara sepihak perjanjian yang telah dibuat itu.

Jadi adanya pelaksanaan pelayanan publik atau kuatnya unsur publik dalam kontrak pemerintah inilah menjadi sebab dan alasan bahwa pemerintah dalam setiap mengadakan kontrak seperti dalam kontrak BOT dengan mitranya mempunyai kedudukan yang tidak sama. Kedudukan pemerintah sebagai kontraktan di atas berlaku pada kontrak pemerintah baik yang bernama atau tidak bernama. Kemudian pelaksanaan pelayanan fungsi publik selalu terkait dengan anggaran keuangan negara. Dalam kaitan inilah pemerintah terikat dengan konstitusi dan undang-undang. Prinsip dalam penggunaan keuangan negara disatu sisi dan prinsip dalam pelayanan publik. Dengan demikian menjadi landasan bagi pemerintah dalam menjalin hubungan hukum kontraktual. Norma hukum publik yang berkaitan dengan prosedur, kewenangan, pembentukan dan pelaksanaan kontrak berikut penyelesaian sengketa bertitik tolak dari prinsip perlindungan bagi kepentingan publik dan keuangan negara.

Terdapat batasan-batasan yang wajib di taati oleh pejabat dalam kaitannya dengan pengelolaan keuangan negara. Asas umum tentang pengelolaan keuangan negara, khususnya yang terkait langsung dengan kontrak pemerintah adalah yang tertuang dalam Pasal 3 ayat 3 yang menyatakan bahwa "Setiap pejabat dilarang melakukan tindakan yang berakibat pengeluaran atas beban APBN atau APBD jika anggaran untuk membiayai pengeluaran tersebut tidak tersedia atau tidak cukup tersedia". Kemudian Pasal 3 ayat 7 menyatakan "Kelambatan pembayaran atas tagihan yang berkaitan dengan pelaksanaan APBN/APBD dapat mengakibatkan

pengenaan denda dan atau bunga. Namun berbeda halnya dengan kontrak pemerintah yang menggunakan pola BOT, ketentuan dalam undang-undang tersebut menjadi tidak berlaku karena pada prinsipnya kontrak ini tidak membebani APBN atau APBD. Seperti disebutkan dalam Pasal 27 ayat 1 huruf b Peraturan Pemerintah no 6 tahun 2006 yang menyebutkan Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna Barang milik negara atau daerah dapat dilaksanakan dengan persyaratan: Tidak tersedia dana dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara atau Daerah untuk menyediakan bangunan dan fasilitas yang dimaksud.

Walaupun kontrak pemerintah bertujuan melindungi kepentingan umum, kontrak ini tetap saja bersipat komersial. Artinya para pihak baik pemerintah sebagai pengguna jasa dan swasta sebagai penyedia jasa berorientasi pada manfaat dari dibuat atau dilaksanakannya kontrak. Bagi penyedia jasa selaku mitra, jelas yang menjadi tujuan adalah memperoleh keuntungan. Dalam perspektif Indonesia, kontrak pemerintah dengan pola BOT yang didalamnya melibatkan pemerintah sebagai kontraktan masuk dalam kategori perbuatan hukum privat. Hubungan hukum yang terbentuk merupakan hubungan hukum dalam lapangan perdata. Sekalipun didalam jenis kontrak ini terdapat pemerintah sebagai kontraktan dan berlaku syarat-syarat khusus hukum publik dalam pembentukannya, tetapi watak hubungan hukumnya adalah murni perdata. Keabsahan kontrak yang dibentuk diukur juga melalui pasal 1320 BW<sup>9</sup> sebagai aturan umum yang menentukan keabsahan bagi semua jenis kontrak. Demikian pula menyangkut yuridiksinya bukan dalam lingkup peradilan tata usaha negara, melainkan peradilan umum. Ini merupakan konsekuensi dari tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan perbuatan hukum ke-perdataan.

Tindakan yang dilakukan oleh pejabat tata usaha negara mewakili pemerintah dalam

<sup>9</sup> Abdul Halim Barkatullah, "Menjual Hak Memilih Pada Pemilihan Umum Dalam Perspektif Hukum Perjanjian", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 1, No. 1, November 2008, hlm 33.

suatu hubungan kontraktual merupakan tindakan keperdataan. Kontrak yang dibuat dan atau ditandatangani dengan demikian tunduk pada aturan yang berlaku bagi kontrak privat. Dalam hal kontrak itu di dahului dengan atau dituangkan dalam suatu keputusan (*kebijakan*), maka keputusan yang dimaksud bukan merupakan keputusan tata usaha negara yang menjadi kompetensi Peng-adilan Tata Usaha Negara. Hal-hal yang menyangkut pembentukan, pelaksanaan, perubahan, dan atau pemutusan perjanjian, sekalipun tertuang dalam bentuk keputusan harus dinilai sebagai perbuatan hukum keperdataan. Keputusan yang demikian inilah yang menurut teori melebur dipahami sebagai keputusan yang melebur kedalam tindakan keperdataan. Teori ini dapat dilihat dan dianut dalam Pasal 2 huruf a UU No 5/1986 yang menyatakan " Keputusan tata usaha negara yang merupakan perbuatan hukum perdata tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara.

Pengecualian ini tetap dipertahankan ini tetap dipertahankan dalam Undang-Undang No 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No 5 Tahun 1986 tentang Per-adilan Tata Usaha Negara (UU No 9 Tahun 2004). Jadi aturan dan prinsip hukum dalam hukum perikatan yang tertuang dalam Buku III BW dengan demikian berlaku bagi kontrak pemerintah di Indonesia, baik yang bernama ataupun tidak bernama.

## Penutup Simpulan

Berdasarkan pembahasan di atas, maka dapat disimpulkan beberapa hal. *Pertama*, adalah kontrak BOT dilaksanakan antara pemerintah dan swasta untuk membangun proyek-proyek infrastruktur berskala besar. Pihak swasta berperan sebagai penyedia modal dan pengelola untuk jangka waktu tertentu selanjutnya diserahkan kepada pemerintah. Walaupun banyak memberikan keuntungan untuk kedua belah pihak, namun kontrak BOT ini dasar hukumnya belum jelas. *Kedua*, adalah kedudukan pemerintah dengan mitranya dalam kontrak BOT tidak sama. Hal ini disebabkan karena pemerintah mempunyai dua peranan (*double role*)

yakni satu sisi bekerja norma dan prinsip hukum privat dan disisi lain tidak bisa dilepaskan kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik. Dua peranan pemerintah inilah yang menjadikan pemerintah dalam setiap kontrak yang dibuatnya memiliki kedudukan yang istimewa dalam hubungan kontraktual dengan mitranya, baik pada fase pembentukan, fase pelaksanaan, maupun fase penegakannya.

## Saran

Ada beberapa saran yang dapat diberikan berdasarkan pada permasalahan dan pembahasan tersebut di atas. *Pertama*, model kontrak BOT memberikan banyak keuntungan baik bagi pemerintah maupun swasta. Maka bukan hal yang mustahil model kontrak ini akan banyak dipergunakan di masa yang akan datang. Untuk itu perlu dibuat dasar hukum yang jelas sehingga kontrak ini mempunyai landasan yang kuat untuk dipergunakan. *Kedua*, dalam praktik peranan yang istimewa dari pemerintah dalam kontak BOT sering menimbulkan problematika hukum yang cukup pelik. Disatu sisi pemanfaatan instrumen hukum perdata ini penting artinya bagi pemerintah dalam menjalankan fungsi pelayanan publik namun di sisi lain dapat menimbulkan persoalan hukum yang rumit. Karena garis batas antara kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik dan subjek hukum privat sulit untuk ditentukan. Untuk itu diperlukan pemahaman berbagai macam jenis bidang hukum baik dalam lingkup hukum privat maupun publik dalam melakukan pengkajian terhadap model kontrak ini.

## Daftar Pustaka

- Amalia, Nanda. "Kontrak Baku dan Badan Penyelesaian Sengketa dalam Kontrak Bisnis Internasional". *Suloh: Jurnal Penelitian dan Pengkajian Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh, Vol.03, No.01, Tahun 2005;
- Barkatullah, Abdul Halim. "Menjual Hak Memilih Pada Pemilihan Umum Dalam Perspektif Hukum Perjanjian". *Jurnal Konstitusi*, Vol. I, No. 1, November 2008;
- Erwiningsih, Winahyu. "Peranan Hukum dalam Pertanggungjawaban Perbuatan Peme-

- rintahan (*Bestuurshandeling*) (Suatu kajian dalam Kebijakan Pembangunan Hukum)". *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 9, No. 2, September 2006;
- Hadjon, Philipus M. 1996. *Pengantar Hukum Administrasi Negara (Introduction To The Indonesia Administrative Law)*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press;
- Indroharto. 2005. *Usaha Untuk Memahami Undang-undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan;
- Jaya, Nyoman Martha. "Analisa Perbandingan Kerjasama Proyek Antara Sistem BOT dan Turn Key (Study Kasus Proyek Multy Investmen PT.(Persero) Pos Indonesia". *Jurnal Ilmiah Teknik Sipil*, Vol.12, No.01, Januari 2008;
- Mahmudi. "Kemitraan Pemerintah Daerah dan Efektifitas Pelayanan Publik". *Sinergi Kajian Bisnis dan Manajemen*, Vol. 9 No. 1, JANUARI 2007;
- N, Sudja. 2002. *Mengugat Harga Listrik Paiton*. Jakarta. INFID-WGSPR;
- Poerdyatmono, Bambang. "Asas Kebebasan Berkontrak (*Contactvrijheid Beginsele*) dan Penyalahgunaan Keadaan (*Misbruik van Omstandigheden*) Pada Kontrak Jasa Konstruksi". *Jurnal Teknik Sipil*, Vol. 6 No. 1, Oktober 2005;
- Simanjuntak, Augustinus. "Tinjauan Yuridis Para Pihak dalam Transaksi Pengambilan atau Transfer Dana Melalui Mesin Anjungan Tunai Mandiri (ATM)". *Jurnal Manajemen dan Kewirausahaan*, Vol.9, No. 2, September 2007;
- Sobirin, Achmad. "Privatisasi: Implikasinya Terhadap Perubahan Prilaku Karyawan dan Budaya Organisasi". *Jurnal Siasat Bisnis*. Edisi Khusus Sumber Daya Manusia, Tahun 2005;
- Yulianti, Rahmani Timorita. "Asas-Asas Perjanjian (Akad) dalam Hukum Kontrak Syari'ah". *La Riba Jurnal Ekonomi Islam*, Vol. II, No. 1, Juli 2008.