

**KEDUDUKAN PEMERINTAH DALAM
KONTRAK BUILD, OPERATE, AND TRANSFER (BOT)
DENGAN PIHAK SWASTA**



[https://cintamonorel.wordpress.com/2014/ 1](https://cintamonorel.wordpress.com/2014/1)

I. PENDAHULUAN

Kemitraan yang dijalin pemerintah dengan pihak swasta dalam bentuk kontrak kerja sama merupakan sebuah hubungan hukum yang terjadi antar dua pihak. Hal yang diperjanjikan dalam kontrak yang bersifat privat, yaitu mengikat kedua pihak secara khusus sesuai dengan hal yang diperjanjikan. Sepanjang hal yang diperjanjikan tidak bertentangan dengan syarat sahnya perjanjian maka kontrak tersebut sah menurut hukum.

Di dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPer) dinyatakan bahwa suatu perjanjian yang dibuat sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Ketentuan tersebut menggarisbawahi bahwa perjanjian antar dua pihak bersifat privat. Oleh karena itu, apabila pemerintah melakukan hubungan kontraktual, meskipun di dalam kontrak bernuansa pembagian hukum berdasarkan hukum publik dan hukum privat, namun perjanjian yang dibuat oleh pemerintah termasuk dalam ranah hukum privat.

Kemitraan yang dijalin pemerintah (kemitraan publik) dengan swasta pada tingkat yang tertinggi yaitu privatisasi sering dipercaya membawa efisiensi dalam

alokasi investasi dan meningkatkan kualitas pelayanan. Namun, privatisasi sering membawa masalah karena tidak mudah untuk mempertemukan dua kepentingan yang berbeda. Pemerintah lebih mengutamakan kesejahteraan rakyat, sementara swasta lebih mencari profit. Privatisasi sering menghadapi kendala penolakan masyarakat yang disebabkan kurangnya pemahaman masyarakat dan kurang terbukanya suatu privatisasi.¹

Masuknya pihak swasta asing dalam pembangunan infrastruktur di dalam negeri bukan hanya dalam bentuk sumber daya asing berupa manusia maupun pembiayaan, namun juga bentuk-bentuk kontrak kerja sama baru yang umumnya disesuaikan dengan sistem pembiayaannya. Di bidang konstruksi, bentuk kontrak kerja sama merupakan hasil kreasi para pelaku bisnis yang menjadi tuntutan dari perkembangan bisnis konstruksi. Oleh karena itu, terdapat model-model kontrak baru dalam kerja sama bidang konstruksi yang merupakan kombinasi dari pola-pola kerjasama tradisional.²

Build, Operate, and Transfer (BOT) sebagai bentuk perjanjian yang diadakan oleh kebijakan pemerintah dengan pihak swasta adalah sebagai perbuatan hukum oleh badan atau pejabat administrasi negara yang membuat kebijakan publik sebagai obyek perjanjian. Meskipun yang melekat dalam dirinya adalah sebagai pejabat badan atau publik, namun perbuatan hukum pemerintah dalam melaksanakan hubungan kontrak dengan pihak lain (swasta) tidak diatur oleh hukum publik, melainkan hukum privat.

Secara garis besar, model kontrak konstruksi BOT merupakan model kontrak yang melibatkan dua pihak yaitu pengguna jasa (pada umumnya pemerintah) dan penyedia jasa (pihak swasta/investor). Pengguna jasa memberikan kewenangan kepada penyedia jasa untuk membangun infrastruktur dan mengoperasikannya dalam kurun waktu tertentu (disebut juga masa konsesi) dan penyedia jasa akan menyerahkan kepada pengguna jasa infrastruktur tersebut apabila masa konsesi sudah berakhir.

Pola kerjasama BOT banyak diterapkan dalam pembangunan infrastruktur yang menyangkut hajat hidup orang banyak. Berbagai hal dilakukan pemerintah, termasuk dalam menentukan model kontrak yang akan digunakan adalah bagian dari kebijakan.

¹Achmad Sobirin, *Privatisasi: Implikasinya Terhadap Perubahan Perilaku Karyawan Dan Budaya Organisasi*, Jurnal Siasat Bisnis, Edisi Khusus Sumber Daya Manusia (2005), h. 28.

²Nyoman Martha Jaya, *Analisa Perbandingan Kerjasama Proyek Antara Sistem BOT Dan Turn Key (Studi Kasus Proyek Multi Investment PT (Persero) Pos Indonesia*, Jurnal Ilmiah Teknik Sipil, Vol. 12, No. 1 (Januari 2008), h. 14.

Kebijakan yang dipilih sering menimbulkan bentuk permasalahan tersendiri. Demikian pula kebijakan untuk menggandeng pihak swasta dalam melakukan perwujudan pembangunan infrastruktur.

Perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dan swasta dalam kerja sama pembangunan infrastruktur akan menimbulkan akibat hukum seperti adanya prestasi-prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak. Apabila pola BOT dipilih sebagai bentuk kerjasama, maka diperlukan pengetahuan yang memadai bagi aparat pemerintah pusat atau daerah untuk melaksanakannya. Pelaksanaan yang keliru dapat membawa kerugian bagi pemerintah, masyarakat, termasuk investor.

Meskipun tidak terdapat pengaturan lebih lanjut mengenai keberadaan pola BOT, namun kontrak BOT telah diakui dalam perundang-undangan di Indonesia, antara lain Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara. Dalam Pasal 27 dinyatakan bahwa bentuk-bentuk pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa sewa, pinjam pakai, kerjasama pemanfaatan, bangun guna serah dan bangun serah guna, atau kerja sama penyediaan infrastruktur. Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 sebenarnya merupakan pelaksanaan dari ketentuan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004, dalam Pasal 48 ayat (1) dinyatakan bahwa penjualan barang milik negara/daerah dilakukan dengan cara lelang, kecuali dalam hal-hal tertentu. Sementara, Pasal 48 ayat (2) menyatakan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan peraturan pemerintah. Selanjutnya, dalam Pasal 49 ayat (6) dinyatakan bahwa ketentuan mengenai pedoman teknis dan administrasi pengelolaan barang milik negara/daerah diatur dengan peraturan pemerintah.

Kontrak merupakan bagian fundamental dalam suatu kerja sama, terlebih kerja sama tersebut menyangkut kepentingan umum, melibatkan pemerintah sebagai penyelenggara negara, serta menggunakan fasilitas negara. Instrumen hukum yang memadai sangat diperlukan untuk mengakomodasi dan memberikan perlindungan kepada kedua pihak. Kontrak harus mengandung perpaduan antara prinsip hukum privat dan hukum publik. Hal tersebut harus diperhatikan apabila kontrak BOT dipilih sebagai bagian dari kebijakan pemerintah

II. PERMASALAHAN

Begitu pentingnya melaksanakan pembangunan infrastruktur tanpa meremehkan pentingnya penyusunan kontrak yang dilakukan oleh para pihak, baik pemerintah sebagai pengguna jasa dan masyarakat (swasta/investor) sebagai penyedia jasa. Pembangunan infrastruktur yang dibangun atas dasar kerja sama dengan menggunakan model atau pola kontrak BOT akan menimbulkan permasalahan mengenai pelaksanaan perjanjian dengan pola kontrak BOT; dan kedudukan pemerintah sebagai pengguna jasa dan pihak swasta sebagai penyedia jasa dalam kontrak BOT.

III. PEMBAHASAN

A. Pelaksanaan Kontrak BOT

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

Kontrak nonpengadaan oleh pemerintah terdiri dari beberapa 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, meskipun secara normatif tidak terdapat undang-undang yang secara khusus mengatur tentang kontrak tersebut, namun secara sporadis sebagai bentuk atau cara untuk melaksanakan perjanjian atau kontrak kerjasama yang diadakan oleh pemerintah dapat dijumpai dalam peraturan sebagai berikut.

a. Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014.

1. Pasal 1 angka 14 menyatakan bahwa bangun guna serah adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah

disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

2. Pasal 1 angka 15 menyatakan bahwa bangun serah guna adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, dan setelah selesai pembangunannya diserahkan untuk didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang disepakati.
 3. Pasal 27 menyatakan bahwa bentuk-bentuk pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa sewa, pinjam pakai, kerjasama pemanfaatan, bangun guna serah dan bangun serah guna, atau kerja sama penyediaan infrastruktur.
- b. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015.
1. Pasal 363 ayat (1) menyatakan bahwa dalam rangka meningkatkan kesejahteraan rakyat, daerah dapat mengadakan kerjasama yang didasarkan pada pertimbangan efisiensi dan eektivitas pelayanan publik serta saling menguntungkan.
 2. Pasal 363 ayat (2) menyatakan bahwa kerjasama sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan oleh daerah dengan:
 - a) daerah lain;
 - b) pihak ketiga; dan/atau
 - c) lembaga atau pemerintah daerah di luar negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
 3. Pasal 366 ayat (1) menyatakan bahwa kerjasama daerah dengan pihak ketiga sebagaimana dimaksud dalam Pasal 363 ayat (2) huruf b meliputi:
 - a) kerjasama dalam penyediaan pelayanan publik;
 - b) kerjasama dalam pengelolaan aset untuk meningkatkan nilai tambah yang memberikan pendapatan bagi daerah;
 - c) kerjasama investasi; dan
 - d) kerjasama lainnya yang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
 4. Pasal 366 ayat (2) menyatakan bahwa kerjasama daerah dengan pihak ketiga dituangkan dalam kontrak kerja sama yang paling sedikit mengatur:

- a) hak dan kewajiban para pihak;
 - b) jangka waktu kerjasama;
 - c) penyelesaian perselisihan; dan
 - d) sanksi bagi pihak yang tidak memenuhi perjanjian.
5. Pasal 366 ayat (3) menyatakan bahwa kerjasama daerah dengan pihak ketiga sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus didahului dengan studi kelayakan yang dilakukan oleh para pihak yang melakukan kerjasama.

Kontrak BOT telah sering dipraktekkan oleh pemerintah, khususnya pada proyek-proyek infrastruktur berskala besar. Proyek BOT di Indonesia pertama kali dilaksanakan pada bidang *power plant* yaitu PT Paiton Energy atau lebih dikenal dengan Paiton I. Proyek listrik bertenaga batu bara dengan kekuatan 2 x 615 MW tersebut melakukan *financial closing* pada tanggal 21 April 1995. Kontrak proyek tersebut menggunakan pola *Build Own Operate* (BOO) dengan ketentuan '*take or pay*', yaitu pada awalnya masa kontrak disepakati selama 30 tahun, kemudian setelah negosiasi ulang menjadi 40 tahun setelah pabrik dibangun.³

Beberapa keuntungan yang diperoleh dalam proyek pembangunan dengan pola BOT adalah sebagai berikut.

- a. Memperoleh sumber modal baru dari pihak swasta agar dapat mengurangi pinjaman pemerintah dan pengeluaran langsung yang kemungkinan dapat memperbaiki nilai hubungan pemerintah.
- b. Mempercepat pembangunan proyek tanpa harus menunggu perolehan dana yang cukup besar.
- c. Menggunakan keahlian pihak swasta untuk mengurangi biaya konstruksi, memperpendek jadwal dan pengoperasian proyek.
- d. Alokasi risiko dan beban proyek pada pihak swasta.
- e. Keterlibatan *private sponsors* dan *commercial lender* yang berpengalaman, yang menjamin kelayakan proyek.
- f. Pemerintah tidak perlu mengontrol proyek secara berlebihan karena sudah diserahkan kepada pihak swasta hingga akhir masa konsesi.
- g. Transfer teknologi dan pelatihan personil lokal.

³Sudja N, *Menggugat Harga Listrik Paiton I* (INFID-WGSPR, 2002).

- h. Sebagai tolak ukur efisiensi antara proyek swasta dengan proyek pemerintah yang sejenis.
- i. Keterlibatan pemerintah daerah dalam pola BOT akan berhasil ganda. Selain langsung menggairahkan iklim investasi dan peningkatan eskalasi pembangunan setempat, sekaligus juga meningkatkan pendapatan asli daerah (PAD) di tengah masyarakat yang *well inform* karena dipermudah untuk mendapatkan akses global.

Beberapa Pengertian

Menurut United Nations Industrial Development Organizations (UNIDO, 1996), terdapat tiga pihak utama yang berperan dalam proyek kontrak BOT, yaitu *host government*, *project company*, dan *sponsors*. Masing-masing pihak memiliki definisi, peranan, dan kedudukan yang berbeda.

Host government adalah pemerintah setempat yang memiliki kepentingan dalam pengadaan proyek tersebut (*legislative, regulatory, administrative*) yang mendukung *project company* atau *concessionaire* proyek dari awal sampai dengan akhir pengadaan proyek tersebut. Umumnya, *host government* didampingi oleh penasehat teknikal, penasehat finansial, dan penasehat hukum.

Project company adalah 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, yang kemudian pada akhir masa konsesi mentransfer proyek tersebut kepada *host government*. Sebelum berdiri, *project company* mengajukan proposal, menyiapkan studi kelayakan, dan menyerahkan penawaran proyek kepada *host government*. *Project company* ini dimodali oleh sumbangan *limited equity* dari masing-masing sponsor.

Sponsors adalah konsorsium dari beberapa perusahaan sponsor yang berperan dalam pembiayaan pengadaan *project company*.

Dalam pelaksanaan kontrak kerjasama dengan pola BOT, para pihak (pemerintah dan swasta) harus mempersiapkan modal dan aset, baik berupa uang, barang, dan jasa, yang dijadikan sebagai nilai tawar (*bargain*) dengan prinsip saling menguntungkan sehingga masing-masing pihak mau mengadakan perjanjian tersebut.

Meskipun pemerintah dalam kontrak BOT mempersiapkan modal baik berupa barang atau jasa pada kontrak tersebut, namun pihak swasta dituntut untuk lebih

berperan dalam menanggulangi berbagai kebutuhan yang diperlukan dalam proyek pembangunan infrastruktur yang akan dibangun, baik pada tahap persiapan, tahap pelaksanaan, maupun tahap operasionalnya. Di dalam BOT, pihak swasta dituntut untuk lebih berperan dalam menyediakan modal untuk membangun berbagai fasilitas baru. Pemerintah akan menyetujui untuk mengeluarkan tingkat produksi yang minimum untuk memastikan bahwa operator swasta dapat menutupi biayanya selama pengoperasian.

Pelaksanaan bangun guna serah (BOT) barang milik negara atau daerah dalam Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 disebutkan dengan persyaratan bahwa pengguna barang memerlukan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan negara atau daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi dan tidak tersedia atau tidak cukup tersedianya dana dalam anggaran dan pendapatan belanja negara atau daerah untuk penyediaan bangunan dan fasilitas yang dimaksud. Jadi dalam hal ini, pemerintah membutuhkan biaya yang besar untuk pembangunan fasilitas publik sehingga menjalin kerjasama dengan pihak swasta dalam pengelolaan dan optimalisasi aset negara menjadi satu kebutuhan yang harus dilakukan.

BOT atas barang milik daerah dilaksanakan oleh pengelola barang setelah mendapatkan 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 tersebut terlebih dahulu diserahkan kepada 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 kerja sama pemerintah dalam kontrak BOT tersebut, setelah ditetapkan, selama jangka waktu pengoperasian harus memenuhi seluruh kewajibannya.

B. Kedudukan Pemerintah Dalam Kontrak BOT

Sebagaimana individu yang melakukan usaha guna memenuhi kebutuhan dan kepentingan pribadinya, pemerintah juga dituntut untuk memenuhi kebutuhan publik (*public interest*) secara konstan dan permanen. Sebagaimana 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 command*).

Pengertian Pemerintah

Istilah pemerintah dipersamakan dengan negara atau sebaliknya. Meskipun secara etimologis pengertian tersebut tidak tepat, namun fungsi negara memang nampak jelas dari apa yang dilakukan oleh pemerintah. Oleh karena itu, 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 pemerintah pusat atau daerah. Begitu pula dalam undang-undang tentang kontrak pemerintah di beberapa negara, tidak ada perumusan eksplisit tentang pengertian pemerintah.

Secara eksplisit, di Indonesia tidak ditemukan batasan tentang pemerintah, baik dalam Undang-Undang Dasar 1945 maupun dalam Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara. Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 memberikan batasan pemerintah sebagai 'pemerintah pusat dan atau pemerintah daerah'. Apa yang dimaksud dengan pemerintah pusat dan daerah masih memerlukan penjelasan lebih lanjut.

Sebagai konsekuensi dari penggunaan instrumen hukum perdata oleh pemerintah, khususnya hukum kontrak, dalam pengelolaan urusan pemerintahan, biasa disebut kontraktualisasi terjadi percampuran elemen privat dan publik dalam hubungan kontraktual yang terbentuk. Kontrak yang dibuat oleh pemerintah memiliki karakteristik berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Implikasi adanya percampuran elemen

privat dan publik tidak saja mengenai keabsahan dalam pembentukan kontrak, namun juga dalam aspek pelaksanaan dan penegakan hukumnya (*enforcement of the contract*). Adanya unsur hukum publik itulah yang mengakibatkan aturan dan prinsip hukum dalam kontrak privat tidak sepenuhnya berlaku bagi kontrak yang dibuat oleh pemerintah.

Badan atau pejabat tata usaha negara sering mengadakan hubungan hukum perjanjian dengan pihak swasta atau badan hukum perdata berkaitan dengan pengerjaan pembangunan suatu proyek pemerintah. Hubungan hukum yang melandasi perikatan mereka adalah atas dasar perjanjian yang lazim dikenal di dalam Buku III KUHPer.

Apabila melihat perkembangan di Negara Belanda, lebih jauh menunjukkan bahwa suatu perjanjian kebijakan (*beleidorvereenkomst*) 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*) yaitu kebijakan tata usaha tertentu dinyatakan dalam wujud perjanjian yang diadakan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan dengan pihak lain.

Dalam Buku II Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) Belanda, FAM Stroink menegaskan dasar hukum keikutsertaan badan atau pejabat tata usaha negara di dalam perbuatan hukum keperdataan. Dalam Pasal 1 NBW dinyatakan bahwa apabila badan hukum publik ikut serta dalam hubungan hukum keperdataan maka dia tidak bertindak sebagai penguasa atau sebagai organisasi kekuasaan, namun dia menggunakan hak-hak pada kedudukan yang sama dengan rakyat. Badan-badan tersebut pada dasarnya tunduk pada peradilan biasa seperti halnya rakyat biasa.⁴

Badan atau pejabat tata usaha negara di tingkat pemerintahan daerah dapat pula melakukan berbagai perbuatan hukum keperdataan. Perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara tersebut juga diatur oleh perundang-undangan hukum perdata.

Undang-Undang Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 merupakan perundang-undangan yang secara prosedural mengatur pelaksanaan

⁴Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Negara (Introduction To The Indonesia Administrative Law)* (Jogjakarta: Gadjah Mada University Press, 1996), h. 167.

perbuatan-perbuatan keperdataan tertentu yang dilakukan oleh badan tata usaha negara di tingkat pemerintahan daerah.

Perbuatan hukum pejabat atau lembaga tata usaha negara yang memasuki ranah privat, khususnya dalam hukum kontrak merupakan ketentuan yang harus dipatuhi sebagai salah satu bentuk pelayanan dan tanggung jawab terhadap publik.

Terdapat beberapa keuntungan bagi pemerintah dalam memanfaatkan lembaga-lembaga keperdataan sebagaimana dikemukakan oleh Indroharto sebagai berikut.

- a. Warga masyarakat telah terbiasa berkecimpung dalam suasana kehidupan hukum perdata.
- b. Lembaga keperdataan telah terbukti kemanfaatannya dan sudah dikenal sebagai bentuk yang digunakan dalam perundang-undangan yang luas dan yurisprudensi.
- c. Lembaga keperdataan dapat diterapkan hampir untuk segala keperluan karena sifatnya yang fleksibel dan jelas sebagai suatu instrumen.
- d. Lembaga keperdataan dapat diterapkan karena terdapat kebebasan bagi para pihak dalam membuat perjanjian.
- e. Seringkali terjadi jalur hukum publik menemui jalan buntu, namun jalur melalui hukum perdata justru dapat memberikan jalan keluarnya.
- f. Ketegangan yang disebabkan oleh tindakan yang terlalu 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.⁵

Kontraktualisasi membawa implikasi bahwa selalu terdapat hukum publik dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah. Inilah alasan mengapa kontrak pemerintah disebut sebagai kontrak publik. Kontrak publik merupakan kontrak yang di dalamnya 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 seluruh fase. Adanya unsur hukum publik inilah yang menjadi alasan mengapa kontrak

⁵Indroharto, *Usaha Untuk Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2005), h. 112-113.

pemerintah ada yang menilai bukan sebagai kontrak, melainkan sebagai peraturan karena isi yang terkandung di dalamnya tidak mencerminkan adanya penyesuaian kehendak.

Pada dasarnya, yang terkandung di dalam kontrak pemerintah adalah kemauan sepihak dari pemerintah. Syarat-syarat kontrak telah disiapkan oleh pemerintah melalui perancang yang terampil dan berpengalaman. Pihak kontraktor atau pemasok hanya memiliki dua pilihan antara setuju atau tidak, serta sama sekali tertutup kemungkinan melakukan penawaran balik. Dengan demikian, kontrak baku yang secara luas digunakan dalam praktek kontrak pemerintah hanya menyisakan sedikit hak bagi kontraktor. Selebihnya adalah kewajiban yang harus dipenuhi atau dipatuhi. Kontrak pemerintah yang ada pada umumnya dikatakan berkekuatan sebagai peraturan itu tercermin dalam kontrak baku yang tergolong dalam kontrak adhesi (*adhesion contract*).⁶

Dalam keadaan normal, para pihak membuat kontrak dilandasi dengan 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 berbeda yaitu dalam hal terdapat cacat kehendak yang mengakibatkan cacat hukum pada kesepakatan yang terbentuk. Menurut Sudja N dengan alasan bahwa kontrak yang demikian ini bertentangan dengan kepatutan (*reasonableness*).⁷

Kedudukan pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual cukup istimewa. Keadaan ini pada akhirnya membawa kompleksitas pada hubungan hukum yang terbentuk, di samping adanya kemungkinan penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*) yang merugikan hukum privat. Tidak tertutup pula kemungkinan timbulnya persoalan hukum yang cukup rumit, selain karena faktor tidak memadainya

⁶Nanda Amalia, *Kontrak Baku Dan Badan Penyelesaian Sengketa Dalam Kontrak Bisnis Internasional*, Suloh: Jurnal Penelitian Dan Pengkajian Hukum, Vol. 03, No. 1 (Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh, 2005), h. 76-77.

⁷Sudja N, *loc. cit.*

aturan yang tersedia, faktor kurangnya pemahaman pejabat publik dalam memanfaatkan instrumen hukum perdata tersebut, serta tidak tertutup kemungkinan *malafide*.⁸

Dari pihak pemerintah, kemungkinan yang tidak menguntungkan dan patut diperhitungkan dalam kaitan dengan kontrak pemerintah itu diantaranya adalah sebagai berikut.

- a. 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.
- b. Pengaturan pembagian wewenang intern jajaran pemerintah kadang-kadang menjadi kacau dengan digunakannya suatu jalur hukum perdata.
- c. Efektifitas pengawasan preventif dan represif maupun jalur banding administratif ada kalanya tidak dapat ditempuh.
- d. Dengan posisinya yang khusus karena berkewajiban menjaga dan memelihara kepentingan umum, pemerintah menuntut dalam hubungan hukum diciptakan suatu kedudukan yang khusus, yang memberikan hak untuk melakukan pemutusan perjanjian secara sepihak.
- e. Penggunaan lembaga hukum perdata dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan mudah sekali menjurus ke arah bentuk *de'tournement de procedure*, artinya dengan menempuh jalur perdata tersebut kemudian menyimpang dari jaminan-jaminan prosedural atau jaminan perlindungan hukum yang dapat diberikan oleh hukum publik.
- f. Pemerintah dapat menyalahgunakan posisi yuridisnya karena dengan jalur perdata itu kemungkinan-kemungkinan yang dapat dipilah menjadi lebih leluasa.
- g. Pemerintah juga dapat menyalahgunakan kenyataan posisinya sebagai penguasa yang berkuasa maupun sebagai pemegang monopoli atau kombinasi keduanya.
- h. Dengan membuat perjanjian yang juga berlaku untuk waktu yang akan datang berarti pejabat mengikat para penerusnya yang mungkin tidak sependapat dengan

⁸Bambang Poerdyatmono, *Asas Kebebasan Berkontrak (Contractvrijheid Beginselen) Dan Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstandigheden) Pada Kontrak Jasa Konstruksi*, Jurnal Teknik Sipil, Vol. 6, No. 1 (Oktober 2005), h. 48.

perjanjian tersebut yang lalu dapat berakibat dibatalkan secara sepihak perjanjian yang telah dibuat.

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 memiliki 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 di satu sisi dan prinsip dalam pelayanan publik di sisi lain 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 ditaati 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 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara sebagai berikut.

- a. Pasal 3 ayat (3) 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.
- b. Pasal 3 ayat (7) menyatakan bahwa keterlambatan pembayaran atas tagihan yang berkaitan dengan pelaksanaan APBN/APBD dapat mengakibatkan pengenaan denda dan atau bunga.

Berbeda halnya dengan kontrak pemerintah yang menggunakan pola BOT, ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tersebut menjadi tidak berlaku karena pada prinsipnya kontrak BOT tidak membebani APBN atau APBD.

Meskipun kontrak pemerintah bertujuan melindungi kepentingan umum, kontrak BOT tetap saja bersifat 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 di dalamnya melibatkan pemerintah sebagai kontraktan masuk ke dalam kategori perbuatan hukum privat. Hubungan hukum yang terbentuk merupakan hubungan hukum dalam lapangan perdata. Meskipun di dalam jenis kontrak tersebut terdapat pemerintah sebagai kontraktan dan berlaku syarat-syarat khusus hukum publik dalam pembentukannya, namun sifat hubungan hukumnya adalah murni perdata.

Keabsahan kontrak yang dibentuk, diukur juga melalui Pasal 1320 KUHPer sebagai aturan umum yang menentukan keabsahan semua jenis kontrak.⁹ Demikian pula menyangkut yurisdiksi, bukan dalam lingkup peradilan tata usaha negara, melainkan peradilan umum. Hali tersebut merupakan konsekuensi dari tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan perbuatan hukum keperdataan.

Tindakan yang dilakukan oleh pejabat tata usaha negara mewakili pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual merupakan tindakan keperdataan. Kontrak yang dibuat atau ditandatangani demikian tunduk pada aturan yang berlaku bagi kontrak privat. Dalam hal kontrak tersebut didahului dengan atau dituangkan dalam suatu keputusan (kebijakan) maka keputusan yang dimaksud bukan merupakan keputusan tata usaha negara yang menjadi kompetensi pengadilan 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 ini menurut teori melebur dipahami sebagai keputusan yang melebur ke dalam tindakan keperdataan. Teori melebur dapat dilihat dan dianut oleh Pasal 2 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 yang menyatakan bahwa keputusan tata usaha negara yang merupakan perbuatan hukum perdata tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara. Jadi, aturan dan prinsip hukum dalam hukum perikatan

⁹Abdul Halim Barkatullah, *Menjual Hak Memilih Pada Pemilihan Umum Dalam Perspektif Hukum Perjanjian*, Vol. I, No. 1 (November 2008), h. 33.

yang tertuang dalam Buku III KUHPer dengan demikian berlaku bagi kontrak pemerintah di Indonesia, baik yang bernama maupun yang tidak bernama.

IV. PENUTUP

Kontrak BOT dilaksanakan antara pemerintah dengan swasta untuk membangun proyek-proyek infrastruktur berskala besar. Pihak swasta berperan sebagai penyedia modal dan pengelola untuk jangka waktu tertentu, yang selanjutnya proyek tersebut diserahkan kepada pemerintah. Meskipun banyak memberikan keuntungan bagi kedua belah pihak, namun di Indonesia dasar hukum yang melandasi kontrak BOT belum jelas.

Kedudukan pemerintah dengan mitranya dalam kontrak BOT tidak sama. Hal ini disebabkan karena pemerintah memiliki dua peran (*double role*) yaitu di satu sisi bekerja norma dan prinsip hukum privat, sementara di sisi lain tidak dapat dilepaskan kedudukan pemerintah sebagai subyek hukum publik. Dua peranan pemerintah tersebut menjadikan pemerintah dalam setiap kontrak yang dibuatnya memiliki kedudukan istimewa dalam hubungan kontraktual dengan mitranya, baik dalam fase pembentukan, fase pelaksanaan, maupun fase penegakan.

Model kontrak BOT memberikan banyak keuntungan baik kepada pemerintah maupun kepada swasta. Bukan hal mustahil apabila model kontrak tersebut akan banyak dipergunakan di masa yang akan datang. Oleh karena itu, perlu dibuat suatu instrumen hukum yang jelas sehingga kontrak BOT memiliki landasan kuat untuk dipergunakan.

Dalam praktek, peranan yang istimewa dari pemerintah dalam kontrak BOT sering menimbulkan problematika hukum. Di satu sisi, pemanfaatan instrumen hukum perdata penting artinya bagi pemerintah dalam menjalankan fungsi pelayanan publik, namun di sisi lain dapat menimbulkan persoalan hukum. Hal tersebut disebabkan karena garis batas antara kedudukan pemerintah sebagai subyek hukum publik dan subyek hukum privat sulit untuk ditentukan. Oleh karena itu, diperlukan pemahaman tentang berbagai macam jenis bidang hukum, baik dalam lingkup hukum privat maupun hukum publik dalam melakukan pengkajian terhadap model kontak BOT.

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009.

Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015.

Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara.

Buku

Hadjon, Philipus M. (1996), *Pengantar Hukum Administrasi Negara (Introduction To The Indonesia Administrative Law)*, Jogjakarta: Gadjah Mada University Press.

Indroharto (2005), *Usaha Untuk Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.

Artikel

Abdul Halim Barkatullah (November 2008), *Menjual Hak Memilih Pada Pemilihan Umum Dalam Perspektif Hukum Perjanjian*, Volume I, Nomor 1.

Achmad Sobirin (2005), *Privatisasi: Implikasinya Terhadap Perubahan Perilaku Karyawan Dan Budaya Organisasi*, Jurnal Siasat Bisnis, Edisi Khusus Sumber Daya Manusia.

Augustinus Simanjuntak (September 2007), *Tinjauan Yuridis Para Pihak Dalam Transaksi Pengambilan Atau Transfer Dana Melalui Mesin Anjungan Tunai Mandiri (ATM)*, Jurnal Manajemen Dan Kewirausahaan, Volume 9, Nomor 2.

Bambang Poerdyatmono (Oktober 2005), *Asas Kebebasan Berkontrak (Contractvrijheid Beginselen) Dan Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstandigheden) Pada Kontrak Jasa Konstruksi*, Jurnal Teknik Sipil, Volume 6, Nomor 1.

- Mahmudi (Januari 2007), *Kemitraan Pemerintah Daerah Dan Efektifitas Pelayanan Publik*, Sinergi Kajian Bisnis Dan Manajemen, Volume 9, Nomor 1.
- Nanda Amalia (2005), *Kontrak Baku Dan Badan Penyelesaian Sengketa Dalam Kontrak Bisnis Internasional*, Suloh: Jurnal Penelitian Dan Pengkajian Hukum, Volume 03, Nomor 1, Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh.
- Nyoman Martha Jaya (Januari 2008), *Analisa Perbandingan Kerjasama Proyek Antara Sistem BOT Dan Turn Key (Studi Kasus Proyek Multi Investment PT (Persero) Pos Indonesia*, Jurnal Ilmiah Teknik Sipil, Volume 12, Nomor 1.
- Rahmani Timorita Yulianti (Juli 2008), *Asas-Asas Perjanjian (Akad) Dalam Hukum Kontrak Syari'ah*, La Riba Jurnal Ekonomi Islam, Volume II, Nomor 1.
- Sudja N (2002), *Menggugat Harga Listrik Paiton I*, INFID-WGSPR.
- Winahyu Erwiningsih (September 2006), *Peranan Hukum Dalam Pertanggungjawaban Perbuatan Pemerintahan (Bestuurshandeling) (Suatu Kajian Dalam Kebijakan Pembangunan Hukum)*, Jurnal Ilmu Hukum, Volume 9, Nomor 2.

Penulis:

Tim JDIH BPK Perwakilan Lampung.

Disclaimer:

Seluruh informasi yang disediakan dalam Tulisan Hukum adalah bersifat umum dan disediakan untuk tujuan pemberian informasi hukum semata dan bukan merupakan pendapat instansi.