

URGENSI STUDI TENTANG *PROCUREMENT CONTRACT*

Oleh :

Y. Sogar Simamora

ABSTRACT

Contractualization is kind of government activity in acquiring goods, services and infrastructure as well. Procurement contract has several important function especially in enhancing economic development in a state. In Indonesia, this kind of contract also has function in empowering micro economic scale. Since the aim of procurement study is to provide equal protection between public fund interest in one hand and privat sector in the other hand, general principle of contract law must be taken into consideration together with transparency as the most important principle in government contract.

Key words : *contractualization, government contract, procurement contract, freedom of contract, good faith and transparency.*

PENDAHULUAN

Praktik pembuatan kontrak oleh pemerintah merupakan fenomena yang universal. Ini dilakukan dalam rangka pemenuhan keutuhan dalam penyelenggaraan negara. Jenis kebutuhan ini beragam, dapat berupa barang, jasa ataupun infrastruktur. Seperti orang atau badan privat, pemerintah pun memerlukan kebutuhan dalam menjalankan fungsinya. Kontrak merupakan salah satu instrumen guna pemenuhan kebutuhan tersebut. Karena pemenuhan kebutuhan ini bersifat rutin maka praktik pembuatan kontrak oleh pemerintah pun menjadi kegiatan rutin (*routin practice*). Jenis kontrak yang merupakan bagian dari *government contract* ini mempunyai

karakteristik yang khas karena kedudukan pemerintah sebagai kontraktan membawa beberapa implikasi hukum. Dalam berbagai kepustakaan *government contract* pada umumnya dipahami sebagai kontrak yang didalamnya pemerintah terlihat sebagai pihak dengan objek pengadaan barang. *Government contract* dengan demikian diberi makna sama dengan *procurement contract* (Colin Turpin; 1972 : 15). Tetapi kalau dicermati lebih lanjut, isi kontrak dalam *government contract* tidak selalu bersifat pengadaan. Dalam kontrak pengadaan, pemerintah pada dasarnya dalam kepastian sebagai pemberi (*the State as buyer*). Namun dalam situasi lain pemerintah juga dapat bertindak dalam kepastian sebagai penjual

atau pemasok (*the State as supplier*) terutama dalam fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik (*public utilities*). (Bernard Rudden; 1998 : 103)

Kedalam bahasa Indonesia, *governance contract* ada yang diterjemahkan menjadi “perjanjian dengan pemerintah” (Mariam Darus Badruzaman; 1998 : 159), “perjanjian dengan penguasa” (Sri Soedewi Masjchoen Sofwan; 1980 : 9) atau “kontrak yang diadakan oleh pemerintah” (Soebagijo Soemodihardjo; 1994 : 39). Istilah *government contract* menurut hemat saya lebih tepat diterjemahkan menjadi “kontrak pemerintah” tanpa kata “dengan” atau “oleh”. Kata “dengan / oleh” menunjukkan penekanan kedudukan pemerintah dengan subjek dalam kontrak (*kontraktan*) dan bukan objek. Tetapi secara universal dipahami bahwa dalam “*government contract*” memang pemerintah dilihat sebagai subjek. Oleh sebab itu lebih tepat kalau “*government contract*” diterjemahkan menjadi kontrak pemerintah. Selanjutnya tulisan singkat ini akan memfokuskan pada *procurement contract* sebagai bagian dari *government contract*.

Black memberikan batasan *procurement contract* sebagai *government contract with a manufacturer or supplier of good or machinery or service under the terms of which a sale or services is made to the government* (Herny Cambell Black; 1990 : 1208). Dalam Kepres No. 80/2003, seperti juga Keppres 18/2000, tidak dirumuskan batas kontrak pengadaan. Terdapat batasan kontrak,

tetapi dipisahkan dari batasan pengadaan. Pasal 1 angka 1 Keppres 80/2003 menyatakan, *pengadaan barang / jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang / jasa yang dibiayai oleh APBN / APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh pengadaan barang / jasa*. Sementara dalam model hukum yang dibuat dan diterbitkan oleh United Nation Commission On International Trade Law (UNICITRAL) tentang pengadaan barang dan jasa, *procurement* diartikan sebagai *the acquisition by any means of goods, construction or services* (Article huruf (a) Model Hukum UNCITRAL). Berdasarkan uraian tersebut di atas maka tulisan ini mencoba untuk membahas tentang apa yang menjadi fungsi dan prinsip kontrak dalam kontrak pengadaan barang.

PEMBAHASAN

Pengadaan barang / jasa oleh pemerintah mempunyai fungsi penting dalam lapangan perekonomian suatu negara. Dalam kaitan ini **Turpin** menyatakan :

A substantial part of this procurement is concentrated upon crucial sectors of industry whose welfare is of national importance, and much government contracting takes place at the forefront of technological advance. It will be realized that the way in which government procurement is carried out can have a significant effect upon growth, competitiveness and efficiency ... (Colin Turpin; 1972 : 17)

Kebutuhan pemerintah yang dipenuhi melalui pengadaan dari sektor swasta meliputi jumlah yang sangat besar dan dalam beragam kualitas. Seperti juga **Turpin, Sudjan** memandang bahwa kontrak pengadaan mempunyai makna penting dalam pembangunan ekonomi nasional. Lebih jauh ia menyatakan :

Oriented as to speed up the development of crucial sectors of industry which is a matter of national importance. It would not be wrong to say that government contracting is so planned as to be avant-garde of technological development of the country. While it can be asserted that many industries are dependent on government procurement, it would not be wrong to say, that the government also in its turns is dependent upon industry for meeting its requirements. (M.A. Sudjan; 2003 : 533)

Dalam perspektif Indonesia, kontrak pengadaan mempunyai fungsi penting dalam pembangunan perekonomian negara karena disamping bersifat rutin juga melibatkan keuangan negara yang jumlahnya sangat besar. Kontrak pengadaan yang dibuat oleh pemerintah Indonesia selalu dikaitkan dengan kebijakan yang mewajibkan pemasok atau kontraktor menggunakan produksi dalam negeri. Pengadaan barang oleh pemerintah dengan demikian tidak saja untuk mencukupi tersedianya barang dan jasa atau pembangunan fisik, tetapi juga berfungsi untuk mendorong laju pertumbuhan industri dalam negeri. Kontrak

pengadaan juga dapat diarahkan guna peningkatan peran serta usaha kecil dan koperasi, misalnya dengan memberikan peluang melalui sub kontrak. Kontrak pengadaan dengan demikian dapat pula digunakan sebagai instrumen penerapan kebijakan pemerintah dalam rangka pemberdayaan usaha kecil sebagaimana dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1995 tentang Usaha Kecil (UU No. 9/1995).

Kontrak pengadaan yang dibuat oleh pemerintah bersifat multi aspek dan mempunyai karakter yang khas (Charles Tiefer and William A. Shook; 1999 : 3).

Sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya adalah hubungan kontraktual, tetapi didalamnya terkandung tidak saja hukum privat, tetapi juga hukum publik baik yang berupa Hukum Pidana maupun Hukum Administrasi. Adanya warna publik dalam jenis kontrak ini merupakan ciri yang khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Apabila dalam kontrak ini merupakan ciri yang khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Apabila dalam kontrak komersial para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka, dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah kebebasan itu tidak sepenuhnya berlaku sebab terhadap kontrak ini berlaku rezim hukum khusus yang didalamnya terkandung aturan yang bersifat memaksa (*mandatory rules*). Hal ini dapat

dipahami karena dalam jenis kontrak ini terlihat unsur kepentingan umum (*public interest*).

Kasus pesawat *Sukhoi*, yang sempat muncul ke permukaan bahkan berujung pada pembentukan panja oleh DPR tetapi kemudian tidak jelas penyelesaiannya, terjadi karena tidak adanya aturan hukum yang jelas tentang mekanisme dan prosedur dalam pengadaan barang oleh pemerintah yang melibatkan kerjasama antar departemen. Contoh lain adalah penjualan dua kapal tanker raksasa oleh PT. Pertamina kepada Frontine, Ltd. (Kompas; 2004 : 1) Persoalan hukum yang timbul pada intinya adalah apakah kontrak jual beli oleh PT. Pertamina itu dapat dikategorikan sebagai kontrak oleh pemerintah atau bukan. Siapa yang dimaksud dengan "pemerintah" secara eksplisit belum ada ketentuan yang mengatur, dan hal ini secara tidak langsung membawa dampak menyangkut kepastian hukum dalam dunia bisnis baik bagi Badan Usaha Milik Negara (BUMN) kita maupun para mitra bisnisnya.

Fenomena hukum lain yang dapat diajukan adalah kasus antara PT. Mandala Citra Umbulan, sebagai penggugat melawan Gubernur Jawa Timur sebagai Tergugat I dan Perusahaan Daerah Air Bersih Jawa Timur sebagai Tergugat II. Isu hukum yang muncul dalam perkara ini menyangkut pemutusan sepihak hubungan kerja sama (perjanjian) yang telah ditandatangani melalui suatu keputusan. Keputusan tergugat sebagai pejabat tata usaha negara yang berisikan pemutusan kontrak secara sepihak itulah

yang kemudian menjadi obyek sengketa di Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) Surabaya. Gugatan ini pada akhirnya dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*) oleh *judex factie* yang kemudian dikuatkan oleh Mahkamah Agung atas dasar pertimbangan bahwa hubungan hukum yang terjadi antara para pihak adalah hubungan dalam lapangan keperdataan.

Landasan hukum bagi kontrak pengadaan barang dan jasa secara khusus diatur dalam berbagai keputusan presiden tentang pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) sebagai aturan pelaksanaan dari undang-undang tentang APBN. Situasi ini berlangsung dalam kurun waktu yang sangat panjang sampai pada akhirnya terbit Keputusan Presiden RI Nomor 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang / Jasa Instansi Pemerintah (Keppres 18/2000) yang kemudian disempurnakan dengan Keputusan Presiden RI Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang / Jasa Pemerintah (Keppres 80/2003).

Beberapa ketentuan dalam Keppres 80/2003 ini selanjutnya disempurnakan lagi melalui Keputusan Presiden RI Nomor 61 Tahun 2004 dan Peraturan Presiden Nomor 32 Tahun 2005. Namun patut diperhatikan bahwa substansi yang diatur baru mengatur mekanisme dan prosedur dalam pengadaan. Dengan demikian apa yang diatur dalam Keppres ini lebih menyangkut aspek administrasi dan belum

menyentuh aspek hukum kontrak secara lengkap kecuali pedoman mengenai apa yang sekurang-kurangnya dimuat dalam kontrak (komparasi dan isi kontrak), jenis kontrak, penandatanganan kontrak, perubahan kontrak serta penghentian dan pemutusan kontrak. Disamping itu terdapat ketentuan yang secara khusus mensyaratkan bahwa untuk kontrak pengadaan barang / jasa yang bernilai di atas Rp. 50.000.000.000,- (lima puluh miliar rupiah) wajib dimintakan pendapat ahli hukum kontrak yang profesional sebelum ditandatangani oleh pengguna barang / jasa. (Pasal 31 ayat (7) Keppres 80/2003)

Sementara itu aspek pengelolaan keuangan negara dan perlunya perhatian terhadap kepentingan umum merupakan hal yang juga penting dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah. Ini merupakan salah satu ciri yang membedakan kontrak pemerintah dengan kontrak privat. (M.A. Sudjan; 2003 : 332)

Pada umumnya dalam suatu hubungan kontraktual selalu terdapat pemenuhan prestasi yang bertimbal balik. Prestasi itu diantaranya dalam bentuk pembayaran sejumlah uang. Dalam kontrak pemerintah, pembayaran yang terjadi baik yang mengakibatkan pengeluaran atau penerimaan harus mengacu pada anggaran pendapatan dan belanja negara. Hal ini merupakan amanat konstitusi sebagaimana termaktub dalam Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 (UUD-1945) yang menyatakan :

Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara sebagai wujud dari pengelolaan keuangan

negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang dan dilaksanakan secara terbuka dan bertanggungjawab untuk sebesar-sebesarnya kemakmuran rakyat. (garis bawah YSS)

Disamping Undang-Undang tentang APBN, ketentuan ini dilaksanakan lebih lanjut dengan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU No. 17/2003) yang sekaligus mencabut *Indische Comptabiliteitwet (ICW)*, *Staatsblad Tahun 1925 Nomor 448 (Pasal 37 UU No. 17/2003)*. Disamping itu juga Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (UU No. 1/2004).

Dari Pasal 23 ayat (1) UUD 1945 dapat kita lihat bahwa pengelolaan keuangan negara, dengan demikian termasuk kontrak yang dibuat oleh pemerintah, mengacu pada prinsip transparansi (dilaksanakan secara terbuka) dan akuntabilitas yang ditujukan untuk kemakmuran rakyat. Transparansi adalah prinsip yang sangat penting dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah. Tidak saja untuk melindungi keuangan negara, tetapi juga untuk memberikan akses kepada publik atas segala produk hukum (*public accessibility of legal texts*) yang terkait dengan kontrak yang dibuat oleh pemerintah (Article 5 Model Hukum UNCITRAL). Sedangkan akuntabilitas dalam hal ini berorientasi pada hasil (Lihat penjelasan umum angka 4 UU No. 17/2003 dan Pasal 3 huruf f Keppres 80/2003).

Dalam konteks pengadaan oleh pemerintah atas

pelaksanaan kontrak oleh kontraktor untuk menentukan apakah persyaratan spesifikasi (dalam bestek) telah ditaati merupakan contoh tindakan dalam rangka melindungi keselamatan umum itu. (Charles Tiefer and William A. Shook; 1999 : 3)

Prinsip transparansi dan akuntabilitas merupakan prinsip yang terkait erat satu dengan yang lain. Fungsinya adalah untuk menjamin perlindungan terhadap keuangan negara dan kepentingan umum agar tidak terjadi kerugian secara finansial maupun kemungkinan timbulnya ancaman terhadap keselamatan umum. Dikaitkan dengan pemahaman kontrak proses, maka daya kerja prinsip ini seharusnya berperan tidak saja pada tahap pra kontrak tetapi juga pada tahap pelaksanaan.

Dalam kajian tentang kontrak oleh pemerintah pada umumnya dipahami bahwa jenis kontrak ini merupakan species dari kontrak privat. Oleh sebab itu pada dasarnya prinsip dan norma hukum dalam hukum kontrak berlaku bagi kontrak pemerintah. Tetapi karena adanya faktor kepentingan umum dan terlibatnya dana publik membuat kontrak pemerintah tunduk pada batasan-batasan tertentu baik yang terdapat dalam konstitusi maupun undang-undang. Dalam beberapa hal prinsip umum dalam hukum kontrak tidak berlaku bagi kontrak pemerintah atas alasan perlindungan kepentingan umum. Pandangan **Sudjan** berikut ini menarik untuk disimak :

Thought the basic structure of a contract, offer and acceptance, would be of equal applicability to a government contract, yet

in order to safeguard the public interest involved, certain strict compliance with the constitutional requirement of entering into a contract contained in the mandatory provision ...has to be complied with before a government contract can become legal, valid and enforceable. (M.A. Sudjan; 2003 : 533)

Sekalipun kontrak pemerintah bertujuan melindungi kepentingan umum, kontrak ini tetap saja bersifat komersial. Artinya, kedua belah pihak, baik pemerintah maupun penyedia barang / jasa berorientasi pada manfaat dari dibuat atau dilaksanakannya kontrak. Bagi penyedia barang / jasa selaku mitra, jelas yang menjadi tujuan adalah memperoleh keuntungan. Oleh sebab itu dalam konteks kontrak pemerintah perlu pula pemikiran untuk memberikan perlindungan bagi pihak swasta secara wajar.

Pada umumnya dipahami bahwa dalam kontrak pemerintah hubungan antara pemerintah dengan mitranya tidak berada dalam kedudukan yang sama (*nebengeordnet*). Pemerintah selalu mempunyai kedudukan yang lebih tinggi (Mariam Darus Badruzaman; 1998 : 159) Situasi ini sifatnya universal. Di India misalnya, kontraktor yang telah melaksanakan kewajibannya akan menandatangani pernyataan "*I have no claim against the government*", sebelum menerima pembayaran. (M.A. Sudjan; 2003 : 333)

Dalam kontrak yang terkait dengan investasi

asing, misalnya kontrak *production sharing* yang dibuat oleh Pertamina, kontrak menjadi tidak seimbang karena beberapa faktor dari pihak pemerintah seperti ternyata dari pernyataan berikut :

"... contracts become unbalanced as a result of host governments trying to over regulate the industry, ostensibly to safeguard their mandate, and it is only when operations subsequently grind to a halt that effort are made to deregulate or re-regulate". (Tengku Nathan Machmud; 2000 : 3)

Dalam pada itu klausula baku maupun kontrak baku merupakan praktek yang lazim dalam kontrak pemerintah (M.A. Sudjan; 2003 : 333). Penyedia barang / jasa atau kontraktor dihadapkan pada situasi *take it or leave it*. Manakala kontrak itu diterima maka syarat dan kondisi dalam kontrak berlaku dalam mengikat sekalipun isinya berat sebelah. Kontrak yang demikian ini dikategorikan sebagai kontrak adhesi (*adhesion contract*). Dalam hal terdapat ambiguitas pada isi kontrak yang menimbulkan perbedaan penafsiran maka penafsiran dilakukan demi kerugian pihak perancang. Inilah yang disebut *contra proferentum rule* (W. Noel Keyes; 1990 : 516; Antonio Boggiano; 1991 : 10).

Namun demikian ini timbul karena adanya desakan elemen hukum publik ke dalam hubungan kontraktual yang melibatkan pemerintah. Hubungan hukum yang pada dasarnya bersifat keperdataan mengandung warna publik karena kapasitas

pemerintah sebagai kontraktan. Dalam kaitan ini **Bernard Rudden** menyatakan :

In theory, procurement contracts are governed by the general law. This, however, does not provide for many of the power and liabilities appropriate to public contracts-powers of unilateral variations with revision of the price, powers of unilateral termination, penalty clauses and the like ... Consequently, the contracts are negotiated against a background of, and are almost invariably concluded upon, standard terms. (Bernard Rudden; 1989 : 102)

Kontrak yang dibuat oleh pemerintah memerlukan perhatian terutama menyangkut pengaruh yang kuat dari konsep hukum publik terhadap kontrak yang sifatnya komersil. Urgensi studi tentang kontrak pemerintah lebih jauh dikemukakan oleh **Beatson dan Friedmann** :

The reason for this is not contracts of public authorities are unimportant, either in practical or in doctrinal terms ... and the difficulties in stating the modifications to contract law that obtain in such cases suggest that they merit further detailed study particularly since ... the fragility, of the line between what is "public" and what is "private" ... (Jack Beatson and Daniel Friedman; 1995 : 263)

Studi tentang kontrak pemerintah dengan demikian juga diarahkan untuk memberikan perlindungan bagi penyedia barang / jasa secara proporsional dengan kepentingan terhadap

perlindungan bagi keuangan negara dan kepentingan umum. Dalam kaitan ini diperlukan batas-batas kewenangan elemen hukum publik dalam lapangan kontrak pemerintah yang pada hakikatnya adalah hubungan hukum dalam bidang keperdataan.

Kontrak merupakan hubungan hukum dalam lapangan Hukum Harta Kekayaan (*Vermögensrecht*) yang berorientasi pada manfaat ekonomi. Demikian pula kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan. Bagi pemasok atau kontraktor keuntungan jelas merupakan tujuan utama dari penutupan kontrak. Namun demikian berbeda dari sisi pemerintah, sebab aspek pelayanan kepentingan umum dan perlindungan terhadap keuangan negara menjadi faktor penting dalam pembentukan kontrak. Kontrak merupakan bagian yang melekat dalam transaksi bisnis baik dalam skala besar maupun kecil, baik domestik maupun internasional. Fungsinya sangat penting dalam menjamin bahwa seluruh harapan yang dibentuk dari janji-janji para pihak dapat terlaksana dan dipenuhi; dan dalam hal terjadi pelanggaran timbul kompensasi yang harus dibayar. Kontrak dengan demikian merupakan sarana untuk memastikan bahwa apa yang hendak dicapai oleh para pihak dapat diwujudkan. **Atiyah** mengatakan bahwa isi kontrak pada umumnya berkaitan dengan pertukaran ekonomi (*economic exchange*) (P.S. Atiyah; 1996 : 3). Hukum kontrak dengan demikian merupakan instrumen hukum yang mengatur terjadinya pertukaran itu dan sekaligus memberikan bentuk perlindungan

bagi pihak yang dirugikan.

Menurut **Beatson** terdapat 2 fungsi penting dari kontrak, yaitu : pertama, untuk menjamin terciptanya harapan atas janji yang telah dipertukarkan, dan kedua, mempunyai fungsi konstitutif untuk memfasilitasi transaksi yang direncanakan dan memberikan aturan bagi kelanjutan ke depan (J. Beatson and Daniel Friedman; 1995 : 3). Semakin kompleks suatu transaksi akan semakin tinggi kebutuhan mengenai perencanaan dan semakin rinci pula ketentuan-ketentuan (dalam kontrak) yang dibuat. Dalam kaitan dengan fungsi kontrak bagi perencanaan transaksi, **Beatson** memberikan perhatian pada beberapa aspek, yaitu :

1. Kontrak pada umumnya menetapkan nilai pertukaran (*the value of exchange*);
2. Dalam kontrak terdapat kewajiban timbal balik dan standar pelaksanaan kewajiban;
3. Kontrak membutuhkan alokasi pengaturan tentang risiko ekonomi (*economic risk*) bagi para pihak; dan
4. Kontrak dapat mengatur kemungkinan kegagalan dan konsekuensi hukumnya. (J. Beatson and Daniel Friedman; 1995 : 3)

Dalam dunia bisnis, waktu dan kepastian merupakan faktor penting. Hukum kontrak dalam hal ini memberikan sarana yang memungkinkan para pihak mengakomodasi seluruh kepentingannya.

Secara fundamental terdapat 3 tujuan hukum

kontrak sebagaimana diutarakan oleh P.S. Atiyah, berikut ini :

First, it is inspired by the desire to enforce promises and to protect the reasonable expectation which are generated both by promises and by other forms of conduct. Secondly, contract law is strongly influenced by the underlying institutions of property law, so that, while it recognizes and enforces transactions for the transfer of property, it does not generally support or recognize transfer of property and money which one person has obtained without any exchange; transfer without exchange are widely thought to involve an unjust enrichment of one party at the expense of the other.

Thirdly, contract law is also designed to prevent certain binds of harm, particular harm of an economic nature, or at least to compensation those who suffer such harm. (P.S. Atiyah; 1996 : 35)

Kontrak tidak dapat dipisahkan dari kegiatan bisnis. Semakin berkembang ragam bisnis semakin berkembang pula jenis-jenis kontrak. Perkembangan hukum kontrak dewasa ini melalui proses yang cukup panjang mengikuti perkembangan dunia bisnis dan perdagangan. Pesatnya kemajuan ilmu dan teknologi juga mendorong berkembangnya hukum kontrak. Tingginya interaksi bisnis yang disertai dengan inovasi dan terobosan baru yang dilakukan oleh pelaku ekonomi banyak melahirkan jenis-jenis hubungan hukum baru. Juga karena semakin tingginya lalu lintas perekonomian antar negara berimbas pada interaksi antar sistem hukum. Perbedaan-perbedaan prinsip

antar sistem hukum semakin menipis dan justru yang banyak terbentuk adalah prinsip kontrak yang telah menjadi *ius commune*. (M.J. Bonell; 1992 : 629)

Negara-negara dengan sistem *civil law* dan *common law*, dua kelompok hukum (*legal family*) besar dan dominan dalam berbagai sistem di dunia, sekalipun berasal dari sejarah dan tradisi yang berbeda dalam kenyataannya saling mendekati satu terhadap yang lain. Batas antara kedua sistem ini sudah tidak terlalu tajam. Negara-negara dengan sistem *common law* banyak mengadopsi prinsip yang secara tradisional melekat pada sistem *civil law*, misalnya prinsip itikad baik (*good faith*) (Jack Beatson and Daniel Friedman; 1995 : 14). Prinsip ini secara gradual diterapkan di sejumlah pengadilan dalam sistem *common law* (Jack Beatson and Daniel Friedman; 1995 : 14).

Sebaliknya negara dengan sistem *civil law* juga menerima pengaruh dari tradisi *common law*. Di Jerman misalnya, terdapat fenomena semakin banyaknya peningkatan perbedaan antara ketentuan dalam kondifikasi *German Civil Code* (BGB) dengan hukum yang aktual; dalam banyak bidang putusan hakim (*judge-made law*) menjadi hukum yang dominan. Situasi ini pada akhirnya mempercepat keinginan dilakukan pembaharuan terhadap BGB. (Konrad Zweigert and Hein Kotz; 1998 : 153)

Indonesia secara tradisi masuk ke dalam kelompok *civil law* karena BW Indonesia pada dasarnya sama dengan BW Belanda (yang sama).

Tetapi, kalau diperhatikan putusan-putusan pengadilan di negeri ini, terutama yang menyangkut sengketa kontrak, akan nampak jelas pengaruh sistem *common law*. Dalam berbagai *ratio decidendi* putusan pengadilan kita, akan dengan mudah terdeteksi bahwa konsep atau prinsip, juga terminologi hukum yang digunakan bersumber dari sistem *common law*. Dapat dicontohkan diantaranya kasus antara PT. Saprotan vs. Ny. R. A. Moniek Sriwidjajanti, dkk, dimana Mahkamah Agung menyatakan persetujuan batal demi hukum (*null and void*) karena adanya *economic duress*. (Putusan MA No. 1080/K/Pdt/1998; 1999 : 39-65)

Prinsip hukum mempunyai fungsi sangat penting dalam sistem hukum. Prinsip hukum itu mempengaruhi sistem hukum positif dan menjelma dalam sistem yang dibentuk. Tidak ada sistem tanpa prinsip didalamnya. Prinsip hukum membentuk sistem *cek dan balance* (J. H. Nieuwenhuis; 1979 : 4).

Dalam kaitan dengan hukum kontrak, dikenal sebagai macam jenis prinsip huku. **Asser-Rutten** mengajukan tiga prinsip dalam hukum kontrak, yakni : konsensualisme, kekuatan mengikat perjanjian dan kebebasan berkontrak. **Hoffman-Abas** mengajukan prinsip kepatutan (*billijkheids beginsel*), sedangkan **Nieuwenhuis** mengajukan tiga prinsip yaitu : otonomi para pihak (*autonomie-beginsel*), kepercayaan (*vertouwens beginsel*) dan prinsip causa (*causa-beginsel*) (J. H. Nieuwenhuis; 1979 : 5, 9). **Wery** mengedepankan prinsip itikad baik (*goege trouw*

beginsel)

(P. L. Werry; 1990 : 8). Prinsip kebebasan berkontrak dan itikad baik akan menjadi sentral dalam pengkajian ini dengan pertimbangan prinsip causa telah ditinggalkan oleh NBW, sekalipun dalam prospektif hukum kontrak Indonesia masih berlaku; prinsip kepatutan (*billijkheid*) esensi terkandung dalam itikad baik (P. L. Werry; 1990 : 9), prinsip otonomi dan *pacta sunt servanda* erat kaitannya dengan kebebasan berkontrak sedangkan prinsip kepercayaan relevansinya hanya menyangkut situasi dalam hal terjadi diskrepansi antara kehendak (*willatheorie*) dan pernyataan (*verklaringstheorie*) (J. H. Nieuwenhuis; 1985 : 8).

Disamping kebebasan berkontrak dan itikad baik, prinsip transparansi juga akan disorot mengingat urgensinya dalam kontrak pengadaan oleh pemerintah.

Kebebasan Berkontrak

Prinsip ini merupakan topik dalam setiap kajian hukum yang berkaitan dengan kontrak. Ini mungkin menjadi domain terpenting dalam kontrak tetapi dalam perkembangannya mengalami pasang surut. Tidak seperti prinsip itikad baik yang menunjukkan fungsi yang lebih menguat, kebebasan berkontrak justru mengalami penurunan secara fungsional karena kuatnya intervensi negara membatasi individu dalam menciptakan dan mengatur hubungan kontraktual.

Titik tolak perkembangan prinsip ini berawal dari abad 18 dan 19 dalam situasi dimana ajaran Hukum Alam dan filosofi *laissez faire* begitu dominan. Bagi para hakim pada masa itu dengan teori hukum alam dipahami bahwa setiap orang mempunyai hak untuk memiliki (*right to own property*) dan karenanya berhak untuk melakukan perbuatan hukum menjual atau membeli atau jenis yang lain yang menyangkut harta mereka serta membuat kontrak mereka sendiri (P. S. Atiyah; 1996 : 8). Campur tangan pemerintah ditolak sebaliknya individu harus diberi kebebasan, yaitu kebebasan untuk mengejar kebahagiaan dan kebebasan untuk mengadakan hubungan sesuai dengan yang dikehendaki (Peter Mahmud Marzuki; 2003 : 194). Dalam era ini, konsep klasik kebebasan berkontrak meliputi dua hal, yaitu kontrak didasarkan pada persetujuan dan kontrak merupakan hasil dari pilihan kebebasan. (P. S. Atiyah; 1996 : 13)

Memasuki awal abad 19 terjadilah perubahan sosial dan ekonomi di Inggris yang membawa implikasi pada praktek peradilan dalam mana kebebasan berkontrak telah berubah maknanya dari yang semula dipahami. Pada masa ini dipahami bahwa kebebasan berkontrak hanya dapat diterima dalam situasi dimana para pihak mempunyai persamaan dalam posisi tawar (*equality in bargaining power*). Dalam abad 20 prinsip ini semakin berkurang nilainya karena dianggap tidak sesuai lagi dengan dunia modern. Lebih jauh Atiyah menyatakan :

Much of this change was influenced by a

widespread belief that the classical law of contract no longer accorded with the facts of the modern world in many situations ... But even here the law had change a good deal, and by 1980 classical contract law appeared to be crumbling fast. (P. S. Atiyah; 1996 : 15)

Sekalipun terdapat beberapa limitasi terhadap berlakunya prinsip kebebasan berkontrak, tetapi dalam konteks hubungan dagang internasional prinsip ini masih dipandang sebagai yang terpenting (*paramount importance*). Article 1.1 PICC menyatakan, "*The parties are free to enter into a contract and to determine its content*". Juga dalam *the Principle of European Contract Law (PECL)* prinsip ini ditempatkan sebagai yang pertama. Article 1.102 ayat (1) PECL menentukan sebagai berikut :

Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and mandatory rules established by these principles. (Evan McKendrick; 2003 : 371)

Prinsip Itikad Baik

Prinsip itikad baik yang dalam sistem kita tertuang dalam Pasal 1138 (3) BW ini menekankan adanya keharusan bagi para pihak untuk melaksanakan kontrak dengan itikad baik. Sejalan dengan perkembangan jaman, ketentuan ini ditafsir secara luas (*extensive interpretation*) yang kemudian menghasilkan ketentuan bahwa itikad baik tidak saja berperan pada tahap pelaksanaan, tetapi juga pada

tahap penandatanganan dan tahap sebelum ditutupnya perjanjian (*precontractual fase*). (P. L. Wery; 1995 : 375)

Terdapat dua makna itikad baik. Pertama dalam kaitannya dengan pelaksanaan kontrak sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1338 (3) BW. Dalam kaitan ini itikad baik atau *bona fides* diartikan perilaku yang patut dan layak antar kedua belah pihak (*redelijkheid en billijkheid*). Pengujian apakah suatu tingkah laku itu patut dan adil didasarkan pada norma-norma objektif yang tidak tertulis. Kedua, itikad baik juga diartikan sebagai keadaan tidak mengetahui adanya cacat, seperti misalnya pembayaran dengan itikad baik sebagaimana diatur dalam pasal 1386 BW. Dalam tahap negoisasi masing-masing pihak mempunyai kewajiban berdasar itikad baik, yaitu kewajiban untuk memeriksa (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan (*medelingsplicht*). Misalnya dalam negoisasi tentang jual beli rumah, calon pembeli wajib memeriksa apakah terdapat rencana resmi pencabutan hak milik. Sanksi atas kewajiban itu ialah pembeli tidak dapat mengajukan pembatalan atas dasar kesesatan manakala hak milik atas rumah dicabut. (P. L. Wery; 1995 : 16)

Kontrak pada umumnya berisi klausula-klausula yang mencerminkan janji atau syarat yang berlaku bagi para pihak. Pembuatan rancangan kontrak lazimnya diserahkan pada salah satu pihak atas kesepakatan kedua pihak. Sesudahnya akan

dilakukan perundingan untuk mencapai rancangan akhir (*final draft*) yang akan ditandatangani. Pada tahap ini juga terdapat kewajiban hukum atas itikad baik yaitu kewajiban untuk mencermati seluruh aspek yang terkandung dalam kontrak yang akan ditandatangani. Ini yang biasa disebut "*the obligation to exercise due diligence*". (Kartini Mulyadi; 1994 : 22)

Pelaksanaan kontrak merupakan pelaksanaan hak dan kewajiban para pihak sesuai dengan klausula yang telah disepakati dalam kontrak. Fungsi itikad baik dalam tahap ini terutama menyangkut fungsi membatasi dan meniadakan kewajiban kontraktual. Fungsi ini tidak boleh dijalankan begitu saja, melainkan hanya apabila terdapat alasan yang amat penting. Pembatasan itu hanya dapat dilakukan apabila suatu klausula tidak dapat diterima karena tidak adil (P. L. Wery; 1995 : 13). Itikad baik bahkan juga mempunyai fungsi menambah kewajiban kontraktual. Dengan demikian terdapat tiga fungsi itikad baik dalam hubungan kontraktual. Tiga fungsi ini berikut ketentuan tentang kewajiban untuk menafsir isi kontrak berdasar itikad baik telah diatur dalam NBW sebagaimana dikemukakan oleh **Hartkamp** :

The principle of bona fides or good faith has three functions. First, all contracts must be interpreted according to good faith. Second, good faith has a "supplementing function" : supplementary rights and duties, not expressly provided for in the agreement or in statue law, may arise

between the parties. Third, it has a "drogating" or "restrictive" function, expressed in article 6 : 248 paragraph 2, stating that a rule binding upon the parties does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to criteria of reasonableness and equity. (Arthur S. Hartkamp II; 554-555)

Di Inggris prinsip itikad baik telah diterima tidak saja dalam praktek peradilan tetapi juga dalam legislasi sekalipun secara tradisional prinsip ini tidak dikenal (Jill Pole; 2001 : 22-23; Jack Beatson and Daniel Friedman; 1995 : 14-15). Bagi para praktisi hukum, prinsip itikad baik dalam banyak hal masih dikaitkan dengan fungsinya dalam tahap pelaksanaan. Sedangkan legislasi yang dengan tegas mengadopsi prinsip ini adalah *Unfair Terms In Consumer Contracts Regulations 1999*.

Sementara itu, prinsip itikad baik juga telah menjadi bagian integral dalam memecahkan persoalan perlindungan konsumen di Eropa. Termasuk juga dalam konteks kontak komersial sebagaimana terlihat dalam PECL dan PICC. Dengan demikian prinsip ini bekerja tidak saja pada kontrak konsumen, tetapi juga kontrak komersial dan diterima secara luas bahwa penerapannya tidak saja pada fase pembentukan (*formation*), pelaksanaan (*performance*) tetapi juga pada fase penegakannya (*enforcement*). (Jill Pole; 2001 : 23)

Prinsip Transparansi

Dalam konteks pengadaan barang dan jasa secara internasional, terdapat enam tujuan dibentuknya model hukum oleh UNCITRAL dan satu diantaranya adalah "*achieving transparency in the procedures relating to procurement*" (Lihat Preamble (f) dari UNCITRAL Model Law On Procurement of Good' Construction and Services). Dengan prinsip transparansi diharapkan terdapat kemudahan bagi publik dalam mengakses perundang-undangan dan jenis-jenis dokumen hukum lain yang terkait dengan pengadaan. Publikasi atas dokumen hukum yang diperlukan oleh para pemasok / kontraktor, termasuk dari negara lain harus dibuat dan dilakukan dengan cara-cara yang patut. Sebelum kelahiran model hukum ini, perundingan putaran Uruguay (Uruguay Round) di tahun 1993 memunculkan gagasan tentang perlunya pembentukan *Plurilateral Agreement* yang satu diantaranya adalah *the Agreement On Government Procurement (AGP)* yang dikemudian menjadi bagian integral dari The WTO Agreement. AGP selanjutnya ditandatangani dalam pertemuan Marrakesh pada 14 April 1994. (Lihat Annex 4 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)

Ruang lingkup kewajiban yang lahir dari penerapan prinsip transparansi meliputi dua hal, yaitu : isi (*substantie*) dan prosedur (*procedure*) (www.WTO.org/English/traptop-e/9proc-e, p. 303). Diantara kewajiban-kewajiban yang bersifat

substantive itu adalah keharusan badan-badan pemerintah menerapkan prinsip *the Most Favour Nation* (MFN) dan *nation treatment* dalam kontrak pengadaan barang dan jasa. Tujuannya adalah untuk mencegah adanya preferensi bagi pemasok / kontraktor domestik. Sedangkan kewajiban prosedural meliputi :

- a. Prosedur, baik yang bersifat terbuka selektif maupun terbatas harus dilakukan secara terbuka dan transparan dan memberi kesempatan bagi seluruh peserta asing yang berminat.
- b. Transparansi dalam *post-aware information*.
- c. Penyediaan prosedur upaya hukum bagi pemasok / kontraktor domestik dan asing yang terkait dengan kontrak yang melanggar AGP. (www.WTO.org/English/traptop-e/9proc-e, p. 301)

Prinsip transparansi terutama dipergunakan sebagai mekanisme perlindungan bagi pemasok dari tindakan diskriminasi pada tahap pra-kontrak. Dengan demikian prinsip ini bekerja terutama pada tahap menuju pembentukan kontrak. Namun demikian tidak berarti pada tahap selanjutnya prinsip ini kehilangan fungsinya sebab syarat-syarat kontrak pada umumnya secara pokok telah dituangkan dalam proses tender. Bagi keuangan negara prinsip ini juga sangat penting untuk mencegah praktek kolusi yang merugikan dan dalam hal tertentu justru dapat membahayakan keselamatan umum. Dalam kontrak

pengadaan, transparansi mempunyai fungsi kontrol terhadap pembentukan dan pelaksanaan kontrak sekalipun berfungsi sebagai perlindungan. Dalam fungsi kontrol, transparansi tidak saja berlaku bagi pemasok / kontraktor tetapi juga bagi agen pemerintah.

PENUTUP

Kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah merupakan salah satu jenis dari kontrak pemerintah (*government contract*). Jenis kontrak ini mempunyai fungsi penting dalam lapangan perekonomian suatu negara karena disamping melibatkan jumlah dana yang sangat besar juga bersifat rutin.

Dalam jenis kontrak ini kedudukan pemerintah selalu dalam posisi yang lebih tinggi dan pihak swasta selalu dihadapkan pada situasi *take it or leave it contract*. Studi tentang kontrak pemerintah khususnya kontrak pengadaan karenanya diarahkan pada tersedianya instrumen hukum yang dapat memberikan perlindungan yang seimbang antara kepentingan perlindungan keuangan negara di satu sisi dan perlindungan kepentingan pihak swasta di pihak yang lain.

Prinsip hukum kontrak khusus kebebasan berkontrak dan itikad baik yang merupakan prinsip terpenting dalam kontrak privat perlu disertai dengan prinsip transparansi baik dalam pembentukan maupun pelaksanaan kontrak.

DAFTAR PUSTAKA

- Atiyah, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford University Press, New York, 1996.
- Black, Campbell Henry, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul Minn, 1990.
- Harris, Donald and Tallon, Denis (ed.), *Contract Law Today (Anglo-French Comparisons)*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- Keyes, W. Noel, *Government Contract in A Nutshell*, West Publishing Co., St. Paul Minn, 1990.
- Nieuwenhuis, J.H., *Hoofstukken Verbintennissenrecht*, Terjemahan D. Saragih, Surabaya, 1985.
- , *Drie Beginselen Van Contractenrecht*, Kluwer, Deventer, 1979.
- Poole, Jill, *Textbook on Contract Law*, Blackstone Press, London, 2001.
- Turpin, Colin, *Government Contract*, Penguin Books, Baltimore, 1972.
- Zweigert, Konrad and Kotz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998.