

# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang

Kontrak Pengadaan barang dan jasa yang ada di sektor Hulu Minyak dan Gas (Migas) Indonesia sudah diatur secara ketat dengan dikeluarkannya Pedoman Tata Kerja (PTK) Nomor 007 mengenai proses pengadaan barang/jasa dari SKK Migas selaku perwakilan Pemerintah Indonesia dalam mengatur dan mengawasi kegiatan hulu migas.

SKK Migas atau Satuan Kerja Khusus Pelaksana Kegiatan Hulu Minyak dan Gas Bumi didirikan sebagai turunan dari Peraturan Presiden Nomor 9 Tahun 2013 tentang Penyelenggaraan Pengelolaan Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi dan Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 17 Tahun 2017 tentang Organisasi dan Tata Kerja Satuan Kerja Khusus Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi.

Dalam pertimbangannya, Pedoman Tata Kerja Nomor 007 SKK Migas setidaknya menitikberatkan pada tiga (3) hal penting yaitu:

1. Untuk meningkatkan investasi di Indonesia dan memberikan efek pengganda (*multiplier effect*) lebih besar serta menumbuhkembangkan kemampuan nasional agar lebih mampu bersaing di tingkat nasional, regional, dan internasional.
2. Untuk dapat mengantisipasi resiko yang lebih besar dikarenakan kegiatan operasi dan dinamika lingkungan usaha yang memiliki sensitivitas keekonomian yang tinggi.
3. Bahwa diperlukan kepastian usaha bagi kontraktor hulu migas dengan mempertimbangkan pembebanan biaya operasi yang objektif.

Ketiga hal tersebut merupakan pertimbangan utama dalam pengambilan keputusan dibandingkan dengan faktor administrasi yang ada di Pedoman.

Pedoman Tata Kerja Nomor 007 SKK Migas ini yang mau tidak mau menjadi acuan utama dalam proses pengadaan barang dan jasa seluruh pelaku usaha di sektor hulu migas Indonesia, tak terkecuali dengan PT Pertamina yang

beberapa kegiatan usahanya ialah di sektor hulu migas yang dijalankan oleh PT Pertamina Hulu Energi sebagai Sub Holding Pertamina.

Mundur sedikit ke belakang, dalam industri hulu minyak dan gas bumi (Migas) di Indonesia, kontrak kerja antara pelaku usaha eksplorasi dan eksploitasi Migas dengan Pemerintah Indonesia dinamakan *Production Sharing Contract* atau PSC. Dimana didalamnya diatur pembagian hasil produksi untuk Pemerintah dan Kontraktor dalam bentuk prosentase tertentu.

Di Indonesia, ada dua (2) bentuk kontrak Migas PSC yaitu *cost recovery* dan *gross split*. Dalam skema PSC model *cost recovery*, Kontraktor dalam menjalankan operasinya harus tunduk aturan yang dikeluarkan oleh Pemerintah (dalam hal ini Badan Pelaksana bernama SKK Migas). Dan khusus pada proses pengadaan barang/jasa, SKK Migas mengeluarkan Pedoman Tata Kerja nomor 007 tentang Pengelolaan Rantai Suplai. Bagi Kontraktor yang proses pengadaannya tidak sesuai PTK 007, maka ada bagian biaya yang tidak dapat ditanggung oleh pemerintah (*non-cost recovery*). Sedangkan dalam PSC model *Gross Split*, tidak ada mekanisme pembebanan biaya yang ditanggung oleh Pemerintah karena semua biaya operasi menjadi tanggung jawab Kontraktor.

Biaya operasi yang tidak ditanggung pemerintah atau *non-cost recovery* ini merupakan momok bagi Kontraktor dikarenakan biaya tersebut sangat sensitif terhadap nilai keekonomian proyek pengembangan lapangan migas yang padat modal. Sehingga apabila ada suatu proses pengadaan yang tidak sesuai dengan PTK 007 maka tidak akan mendapat penggantian biaya dari Pemerintah, dimana pada akhirnya suatu pengembangan lapangan menjadi tidak menguntungkan.

Di sisi lainnya, PT Pertamina sebagai salah satu Badan Usaha Milik Negara (BUMN) juga memiliki peraturan tersendiri dari Kementerian BUMN mengenai Sinergi BUMN.

Sinergi BUMN tunduk kepada beberapa peraturan yang menjadi pedoman dalam pengadaan barang dan jasa seperti Undang- undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara dan Permen BUMN PER-05/MBU/2008 dan Perubahannya pada PER-15/MBU/2012, lalu dimutakhirkan pada Peraturan Menteri BUMN Nomor PER-08/MBU/12/2019 tentang Pedoman Pelaksanaan

Pengadaan Barang dan Jasa BUMN (Permen BUMN 8/2019). Sinergi BUMN ini hadir untuk mendorong adanya fleksibilitas dalam melaksanakan pengadaan barang/jasa sehingga mampu mempersingkat waktu dan meningkatkan kesempatan bisnis perusahaan plat merah.

Jika dilihat dari konsideran pada PER-15/MBU/2012 perubahan, Sinergi BUMN dimaksudkan untuk menambah nilai perusahaan dengan berpedoman pada peningkatan efisiensi dan perekonomian, serta menciptakan kesetaraan dalam dunia usaha bagi BUMN dan memberi kesempatan bagi usaha kecil/mikro, perlu menyempurnakan ketentuan pelaksanaan pengadaan barang dan jasa BUMN.<sup>1</sup>

Bin Nahadi sebagai Asisten Deputi Bidang Keuangan Kementerian BUMN dalam webinar di KPPU, menjelaskan Sinergi BUMN diperlukan untuk mendukung akselerasi pertumbuhan dan *cross selling transaction*, serta memperkuat posisi BUMN dan meningkatkan pemerataan. Sinergi BUMN terbagi menjadi empat (4) level:

1. **Transaksional**; Kerjasama dari sisi transaksional terkait kebutuhan jasa keuangan untuk pembayaran, transaksi, dan kebutuhan telekomunikasi dan jaringan. Contohnya ialah pada BUMN non-keuangan dan non-telekomunikasi yang menjalin kerjasama dengan BUMN perbankan (seperti BRI, BNI, Bank Mandiri, BTN) dan BUMN Telekomunikasi (seperti Telkom Indonesia).
2. **Kolaborasi atau kerjasama**; Kerjasama dalam bentuk kontrak *Power Purchase Agreement* (PPA) antara PT Bukit Asam dan PLN untuk pasokan batu bara PLTU.
3. **Aliansi Strategis** dan/atau *Resource Sharing*; melalui skema *Joint venture* pengembangan smelter grade alumina di Menpawah dengan total kepemilikan sebesar 51% oleh INALUM dan PT Aneka Tambang.
4. **Konsolidasi** dalam bentuk asset atau saham; Seperti halnya pembentukan holding semen dalam rangka meningkatkan *capacity leverage* dan *operational efficiency*.

---

<sup>1</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), “Negara Dan Pasar Dalam Bingkai Kebijakan Persaingan”, 2011.

Sinergi BUMN dalam bentuk konsolidasi dalam suatu Holding ini yang akhir-akhir ini sedang gencar dilakukan oleh Kementerian BUMN dimana yang baru saja terjadi ialah Holding Pertambangan dengan dibawah konsolidasi PT INALUM, Holding Farmasi dibawah kendali PT Bio Farma, dan Holding Asuransi dibawah kendali PT Bahana. Sinergi BUMN ini butuh dilakukan karena amanat Kementerian untuk BUMN sebagai *Agent of Development* dan *Value Creator*.<sup>2</sup>

Namun jika dilihat dari potensi persaingan usaha yang tidak sehat, Sinergi BUMN dalam bentuk traksaksional dan kolaborasi tersebut memiliki potensi permasalahan hukum dalam operasional sehari-harinya. Selanjutnya, penulis akan mencoba menilai bentuk kontrak pengadaan hulu Migas dengan eksklusifitasnya disambungkan dengan konsep persaingan usaha yang ada di Indonesia.<sup>3</sup>

Persaingan Usaha di Indonesia diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 (UU 5/1999). Prinsip-prinsip utama dari sistem pengadaan barang/jasa dalam pandangan hukum persaingan usaha diantaranya ialah transparansi, non-diskriminasi, dan efisiensi.<sup>4</sup> Prinsip non-diskriminasi yang dimaksudkan ialah tidak adanya eksklusifitas atau keistimewaan dalam berusaha bagi semua pelaku usaha.<sup>5</sup>

Penulis mendapati hasil kajian dari beberapa karya ilmiah mahasiswa Pascasarjana yang bisa menjadi batu pijakan analisa. Yoga Tri Rizaldi pada tesisnya mengenai studi kasus persaingan usaha di Bandara Soekarno Hatta berkesimpulan bahwa pihak BUMN perlu mengkaji terlebih dahulu tentang ada atau tidaknya potensi pelanggaran terhadap prinsip persaingan usaha jika akan melakukan penunjukan langsung seperti Sinergi BUMN ini.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Bin Nahadi, "Monopoli Dan Sinergi BUMN", Materi Webinar Monopoli dan BUMN KPPU, September 2020.

<sup>3</sup> Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), "Analisa Dan Evaluasi Hukum Mengenai Peningkatan Peran Badan Usaha Milik Negara Sebagai Agen Pembangunan Di Bidang Pangan, Infrastruktur Dan Pembangunan". 2016.

<sup>4</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), "Pedoman Program Kepatuhan Terhadap Undang Undang No 5 tahun 1999", 2016.

<sup>5</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), "Pedoman Penggunaan Daftar Periksa Kebijakan Persaingan Usaha", 2016.

<sup>6</sup> Yoga Tri Rizaldi, "Implikasi Penunjukan Langsung Terhadap Persaingan Usaha Dalam Pengadaan Jasa E-POS (Electronic Point Of Sales) Di Bandara Udara Soekarno Hatta", Tesis Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2017.

Syarkawi Rauf yang pernah menjabat sebagai Ketua KPPU bahkan mewanti-wanti bahwa Sinergi BUMN ini harus mengutamakan unsur efisiensi. Jika dengan adanya sinergi BUMN ini justru membuat suatu kerjasama menjadi tidak efisien, maka KPPU bisa menjadi pengawas seperti halnya Putusan Perkara kepada PT Angkasa Pura II di Bandara Soekarno Hatta dalam hal penunjukkan langsung layanan *Electronic Point Of Sales* (e-POS) kepada PT Telekomunikasi Indonesia yang melanggar prinsip non-diskriminatif dan bukan merupakan cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak.<sup>7</sup>

Muhammad Hilmy Yachya Abidin memiliki kesimpulan yang tegas atas proses pengadaan di lingkungan PT PLN dengan menyatakan bahwa Sinergi BUMN merupakan pengingkaran terhadap prinsip yang terkandung dalam persaingan usaha yang sehat, terutama pada Pasal 22 dan Pasal 19 huruf d UU 5/1999 yang mengakibatkan ditutupnya kesempatan bagi anggota perdagangan lainnya untuk berpartisipasi dalam persaingan yang terlibat dalam pembelian barang dan/atau jasa tersebut.<sup>8</sup> Di sisi lain, Prasetyo Bayu Murty dalam tesisnya menyatakan bahwa secara legal formal kebijakan Sinergi BUMN tetap dapat dilakukan dan diperlukan beberapa perbaikan dalam aturan pelaksanaannya sehingga Kebijakan Sinergi BUMN menjadi tidak berpotensi merugikan persaingan secara luas.<sup>9</sup>

Sinergi BUMN yang diatur dalam Permen ialah diperbolehkannya adanya penunjukkan langsung kepada pihak terafiliasi dan/atau anak perusahaan BUMN. Transaksi dan kerjasama semacam itu menurut KPPU merupakan bentuk persekongkolan vertikal yang diatur dalam Pasal 22 UU No 5/1999, yaitu berupa fasilitasi/pengaturan panitia lelang terhadap salah satu peserta yang menang tender.

<sup>7</sup>Bisnis.com, “KPPU: Sinergi BUMN Harus Berujung Efisiensi”, <https://kabar24.bisnis.com/read/20170122/15/621397/kppu-sinergi-bumn-harus-berujung-efisiensi>, diakses tanggal 19 Desember 2020.

<sup>8</sup>Muhammad Hilmy Yachya Abidin, “Analisis atas ketentuan sinergi BUMN dalam pengadaan barang dan/atau jasa di lingkungan PT PLN Persero ditinjau dari hukum persaingan usaha”, Tesis Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2015.

<sup>9</sup>Prasetyo Bayu Murty, “Kebijakan sinergi BUMN dalam perspektif kebijakan dan ekonomi persaingan usaha: studi kasus perusahaan terpilih BUMN di Industri Jasa Informasi”, Tesis Program Magister Perencanaan dan Kebijakan Publik Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 2015.

Penunjukan langsung ini dalam beberapa putusan KPPU dapat dianggap melanggar pasal 19 huruf d, khususnya tindakan diskriminatif.<sup>10</sup>

Anna Maria Tri Anggraini menjelaskan bahwa dilihat dari aspek yuridisnya, bentuk Permen BUMN mengenai sinergi BUMN bukanlah merupakan kewenangan yang diminta langsung oleh UU No 5/1999 Pasal 50 huruf a mengenai regulasi yang dikecualikan. Penunjukan langsung Sinergi BUMN tidak dapat dianggap sebagai pengecualian Pasal 51 UU 5/1999 karena sistem pembelian barang dan jasa bukan merupakan bidang kegiatan strategis yang memerlukan pengaturan tersebut.<sup>11</sup>

Dalam penulisan ini, fokus utama ialah pada bagaimana PT Pertamina sebagai BUMN Hulu Migas beradaptasi pada proses pengadaan yang sangat berpotensi memiliki konflik diantara pengadaan sinergi BUMN dan juga batasan yang ada di Pedoman pengadaan sektor hulu migas PTK 007.

PT Pertamina walau sebagai sebuah BUMN, namun kedudukannya merupakan suatu badan hukum mandiri (*separate legal entity*) sebagaimana Inda Rahadiyan dalam jurnalnya menyatakan bahwa berdasarkan hukum perseroan terbatas maka kemandirian suatu badan hukum melahirkan satu konsep yang jelas mengenai pemisahan antara kepemilikan suatu perseroan (*ownership*) dan pengendalian suatu perseroan (*control*). Dengan kata lain, pengelolaan suatu Perseroan Terbatas harus dilakukan secara mandiri, professional serta terlepas dari campur tangan para pemegang sahamnya tak terkecuali penegang saham pengendali.<sup>12</sup>

Seperti yang disampaikan sebelumnya, Sinergi BUMN memiliki landasan hukum yang jelas dalam pelaksanaannya namun secara konseptual ada sisi pelanggaran persaingan usaha tidak sehat apabila prinsip utama sinergi BUMN (yaitu efisiensi) tidak tercapai dan adanya diskriminasi kepada pelaku usaha lainnya. Khusus untuk proses pengadaan perusahaan BUMN yang bergerak di sektor hulu migas, ada potensi pelanggaran terhadap PTK 007 karena aturan yang

---

<sup>10</sup> Anna Maria Tri Anggraini, "Sinergi BUMN Dalam Pengadaan Barang Dan/Atau Jasa Dalam Perspektif Persaingan Usaha", *Mimbar Hukum* Vol 25 No 3, Oktober 2013.

<sup>11</sup> *Ibid*

<sup>12</sup> Inda Rahadiyan, "Kedudukan BUMN Persero sebagai *Separate Legal Entity* dalam Kaitannya dengan Pemisahan Keuangan Negara pada Permodalan BUMN", *Jurnal Hukum Lus Quia Iustum* No. 4 Vol. 20 Oktober 2013.

ada hanya terbatas pada penunjukan langsung kepada sesama Perusahaan Hulu Migas.

Penelitian ini juga mencoba melihat jika dibutuhkan adanya penguatan sistem tata kerja internal perusahaan BUMN hulu migas sebagai tuntunan panitia pengadaan dan juga perbaikan PTK 007 untuk mengakomodasi Sinergi BUMN tanpa dibatasi di sektor hulu migas karena memiliki landasan hukum yang kuat.<sup>13</sup>

Para panitia pengadaan yang ada di lingkungan migas Indonesia selalu berpatokan pada pedoman yang dikeluarkan oleh SKK Migas (i.e Pedoman Tata Kerja/PTK 007) dan selalu membutuhkan persetujuan dari SKK Migas sebelum penetapan pemenang lelang kepada vendor. Konsultasi secara intensif antara Kontraktor PSC dan SKK Migas selalu dilakukan jika menghadapi tantangan di dalam prosesnya, dan Sinergi BUMN sebagai perwujudan Permen BUMN No 05 Tahun 2008 bisa berpotensi besar memiliki masalah hukum dari penyedia barang/jasa swasta lainnya.

Dengan melihat penjabaran diatas yang menghubungkan konsep Sinergi BUMN khususnya di PT Pertamina sebagai BUMN Migas yang harus mengikuti peraturan yang dikeluarkan oleh SKK Migas sebagai Badan Pelaksana kegiatan hulu migas di Indonesia, maka penulis mencoba menganalisa jika memang ada permasalahan hukum dalam tataran operasional proses kontrak perjanjian pengadaan barang/jasa di Pertamina.

## **1.2. Perumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang yang telah dijabarkan sebelumnya maka penulis berusaha untuk menjawab pertanyaan sebagai berikut:

1. Apakah proses Pengadaan Barang dan Jasa di industri Hulu Migas sudah sesuai dengan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang Jasa Pemerintah serta perubahannya dan Permen BUMN 8/2019 tentang Sinergi BUMN?

---

<sup>13</sup> Teddy Anggoro, "Monopoli Dan BUMN", Materi Webinar Monopoli dan BUMN KPPU, September 2020.

2. Apakah eksklusifitas proses Pengadaan Barang dan Jasa di Pertamina dalam rangka Sinergi Inkorporasi bertentangan dengan UU Persaingan Usaha Yang Tidak Sehat?

### **1.3. Tujuan Penelitian**

Dalam suatu penelitian sudah barang tentu mempunyai tujuan yang hendak dicapai. Begitu pula penelitian tesis ini mempunyai tujuan yang terdiri dari tujuan umum dan tujuan khusus sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis atau mengkaji proses Pengadaan Barang dan Jasa di industri Hulu Migas sudah sesuai dengan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang Jasa Pemerintah serta perubahannya dan Permen BUMN 8/2019 tentang Sinergi BUMN.
2. Untuk menganalisis atau mengkaji eksklusifitas proses Pengadaan Barang dan Jasa di Pertamina dalam rangka Sinergi Inkorporasi bertentangan dengan UU Persaingan Usaha Yang Tidak Sehat.

### **1.4. Manfaat Penelitian**

Penelitian tesis ini mempunyai dua manfaat yaitu manfaat teoritis dan manfaat praktis sebagai berikut:

1. Manfaat teoritis, adalah untuk memberikan manfaat dan kontribusi bagi pengembangan ilmu hukum pada umumnya dan hukum bisnis pada khususnya.
2. Manfaat praktis, adalah untuk memberikan masukan dan saran dalam upaya sinkronisasi terhadap pengaturan yang berkaitan dengan proses pengadaan barang dan jasa di sektor Hulu Migas Indonesia yang pada akhirnya sekaligus dapat juga memberi masukan kepada Kementerian ESDM dan SKK Migas dalam melaksanakan bisnis Migas di Indonesia yang lebih menarik investor.

### **1.5. Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual**

Dalam meneliti atau mengkaji permasalahan yang diajukan maka diperlukan suatu teori baik itu hukum maupun non hukum yang relevan sebagai pisau analisis untuk membantu penulis guna memecahkan isu hukum penulisan ini.



Begitu juga diperlukan adanya kerangka konseptual yang jelas sehingga dapat menghindarkan penafsiran yang berbeda mengenai pengertian, istilah, atau definisi yang digunakan dalam penulisan ini.

### 1.5.1. Kerangka Teoritis

Penulisan haruslah menggunakan kerangka teoritis guna menjadi dasar hubungan timbal balik antara satu teori dengan kegiatan pengumpulan data, analisis data, konstruksi dan pengolahan data. Sedangkan data adalah berdasarkan fakta-fakta yang ada di lapangan. Teori ini nantinya digunakan untuk menguraikan pola berpikir sesuai dengan kaidah-kaidah logis yang sesuai dengan masalah penelitian yang dirumuskan dalam kerangka teoritis yang memiliki relevansi, serta mampu menjelaskan masalah tersebut.<sup>14</sup> Sebelum melihat pada pengertian asas hukum yang didasarkan oleh pendapat para ahli hukum, akan dilihat terlebih dahulu pengertian asas hukum dalam beberapa kamus hukum. Menurut Sudarsono yang dimaksud dengan asas hukum dasar, dasar (sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat) dan dasar cita-cita (perkumpulan atau organisasi).<sup>15</sup> Asas-asas hukum ialah prinsip-prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum. Asas-asas itu dapat disebut juga pengertian-pengertian dan nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum. Asas-asas itu merupakan titik tolak juga bagi pembentukan undang-undang dan interpretasi undang-undang tersebut.<sup>16</sup>

Dalam penulisan ini setidaknya ada dua teori yang dipakai. Yang pertama ialah Teori Kepastian Hukum untuk menganalisa apakah Panitia Pengadaan di lingkungan Pertamina sebagai BUMN memiliki kepastian hukum yang paripurna sehingga membuat kenyamanan dalam bertindak.<sup>17</sup> Teori lainnya yang menjadi acuan analisa ialah tentu saja dari sisi Hukum Persaingan Usaha dimana Penulis akan menganalisa proses pengadaan barang dan jasa dari segi peraturan yang ada dimulai dari tataran UU Persaingan Usaha dan UU

<sup>14</sup>Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta : Universitas Indonesia Press, 1984).

<sup>15</sup>Sudarsono, *Kamus Hukum Edisi Baru*, (Jakarta : Rineka Cipta, 2007).

<sup>16</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta : Liberty, 2009).

<sup>17</sup> I Dewa Gede Atmadja, "Teori-Teori Hukum", Setara Press, 2018.

BUMN, hingga ke skala lebih mikro di Peraturan Menteri BUMN dan Pedoman Badan Pelaksana Kegiatan Hulu Migas Indonesia dan Internal Pertamina.

### A. Teori Kepastian Hukum

Dalam pembentukan aturan hukum, terbangun asas yang utama agar tercipta suatu kejelasan terhadap peraturan hukum, asas tersebut ialah kepastian hukum. Gagasan mengenai asas kepastian hukum ini awalnya diperkenalkan oleh Gustav Radbruch dalam bukunya yang berjudul “*einführung in die rechtswissenschaften*”. Radbruch menuliskan bahwa di dalam hukum terdapat 3 (tiga) nilai dasar, yakni<sup>18</sup>: (1) Keadilan (*Gerechtigkeit*); (2) Kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*); dan (3) Kepastian Hukum (*Rechtssicherheit*).

Sejatinya keberadaan asas ini dimaknai sebagai suatu keadaan dimana telah pastinya hukum karena adanya kekuatan yang konkret bagi hukum yang bersangkutan. Keberadaan asas kepastian hukum merupakan sebuah bentuk perlindungan bagi yustisiabel (pencari keadilan) terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.<sup>19</sup> Pernyataan tersebut sejalan dengan apa yang dikatakan oleh Van Apeldoorn bahwa kepastian hukum memiliki dua segi, yaitu dapat ditentukannya hukum dalam hal yang konkret dan keamanan hukum. Hal memiliki arti bahwa pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apa yang menjadi hukum dalam suatu hal tertentu sebelum ia memulai perkara dan perlindungan bagi para pencari keadilan.

Lebih lanjut terkait kepastian hukum, dari pandangan Lord Lloyd<sup>20</sup> dapat dipahami bahwa tanpa adanya kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbulah ketidakpastian (*uncertainty*) yang pada akhirnya akan menimbulkan kekerasan (*chaos*) akibat ketidaktegasan sistem hukum. Sehingga dengan demikian kepastian hukum menunjuk kepada

---

<sup>18</sup> Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti: Bandung, 2012.

<sup>19</sup> Sudikno Mertokusumo, Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum, Citra Aditya Bakti: Bandung, 1993.

<sup>20</sup> Mirza Satria Buana, Hubungan Tarik-Menarik Antara Asas Kepastian Hukum (Legal Certainpi) Dengan Asas Keadilan (Substantial Justice) Dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi, Yogyakarta: Tesis Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, 2010.

pemberlakuan hukum yang jelas, tetap dan konsisten dimana pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif.<sup>21</sup>

Menurut Jan Michiel Otto, kepastian hukum diartikan sebagai kemungkinan dalam kondisi tertentu: 1) Adanya aturan yang jelas (*clear*), konsisten dan mudah diakses, diterbitkan dan disetujui pejabat berwenang; 2) Pemerintah menerapkan peraturan perundangan secara konsisten; 3) Warga Negara dapat menyesuaikan perilaku mereka menurut aturan-aturan ini; 4) Peradilan yang menegakkan aturan hukum secara konsisten dalam menyelesaikan sengketa hukum; dan 5) Putusan peradilan dilaksanakan dengan cara konkrit.<sup>22</sup>

Menurut Sudikno Mertokusumo, kepastian hukum adalah untuk memastikan bahwa hukum harus diterapkan dengan benar. kepastian hukum memerlukan pihak yang berwenang untuk melakukan pekerjaan pengawasan hukum di perundang-undangan, membuat aturan menjadi legal dan dapat menjamin keberadaan kepastian, yaitu hukum berperan sebagai aturan yang harus dipatuhi.<sup>23</sup>

## B. Teori Hukum Persaingan Usaha

Pada hukum persaingan usaha, pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu kegiatan maupun perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha telah atau berpotensi untuk melanggar UU Antimonopoli. Kedua pendekatan ini pertama kali tercantum dalam beberapa suplemen terhadap *Sherman Act* 1980<sup>24</sup>, yang merupakan UU

<sup>21</sup> R. Tony Prayogo, “Penerapan Asas Kepastian Hukum Dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2011 Tentang Hak Uji Materiil Dan Dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/Pmk/2005 Tentang Pedoman Beracara Dalam Pengujian Undang-Undang”, Jurnal Legislasi Indonesia, Volume 13, Nomor 2, 2016.

<sup>22</sup> Soeroso. “Pengantar Ilmu Hukum”, PT. Sinar Grafika, Jakarta, 2011.

<sup>23</sup> Asikin zainal, “Pengantar Tata Hukum Indonesia”, Rajawali Press, Jakarta. 2012.

<sup>24</sup> Pada tahun 1914, “*The Sherman Act 1890*” disempurnakan dengan dikeluarkannya “*Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies*” yang dikenal dengan sebutan “*the Clayton Act*”. Pada tahun yang sama diterbitkan “*Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes*” yang lebih dikenal dengan “*the Federal Trade Commission Act*”. Kemudian pada tahun 1936, “*the Clayton Act*” disempurnakan dengan “*the Robinson-Patman Act*”, di mana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 “*the Clayton Act*” yang mengatur tentang Diskriminasi Harga (Stephen F. Ross, Principles of Antitrust Law).

Antimonopoli AS, dan pertama kali diimplementasikan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat pada 1899 (untuk *per se illegal*) dan pada 1911 (untuk *rule of reason*) dalam putusan atas beberapa kasus *antitrust*. Sebagai pionier dalam bidang persaingan usaha, maka pendekatan-pendekatan yang diimplementasikan di AS juga turut diimplementasikan oleh negara-negara lainnya sebagai praktik kebiasaan (*customary practice*) dalam bidang persaingan usaha.

**a) Pendekatan *per se illegal***

Salah satu keuntungan besar menggunakan metode *per se illegal* adalah kemudahan dan kejelasan proses administrasi. Selain itu, pendekatan ini memiliki ketahanan yang lebih luas daripada larangan yang bergantung pada penilaian dampak kondisi pasar yang kompleks.

Oleh karena itu, penggunaan metode ini sampai batas tertentu dapat mempersingkat proses penerapan peraturan persaingan dagang. Proses ini dianggap relatif sederhana dan mudah, karena hanya melibatkan identifikasi perilaku ilegal dan bukti perilaku ilegal. Dalam hal ini, tidak perlu mempelajari situasi dan karakteristik pasar.

Perilaku yang ditentukan oleh pengadilan secara *per se illegal* akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit. Jenis perilaku yang secara *per se illegal* hanya akan berlaku jika pengadilan memiliki pengalaman yang cukup dengannya, yaitu hampir selalu bersifat anti-persaingan dan hampir tidak menguntungkan secara sosial. Menentukan suatu kasus *per se illegal* dari sudut pandang proses administrasi mudah. Memang metode ini memungkinkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan mendalam yang seringkali memakan waktu dan mahal untuk menemukan fakta pasar yang relevan.

Jadi pada prinsipnya ada dua syarat untuk melakukan pendekatan *per se illegal*, yaitu di satu sisi harus lebih pada “perbuatan bisnis” daripada situasi pasar, karena suatu keputusan yang melawan hukum misalnya adalah dibuat tanpa memperhatikan konsekuensi dan masalah lainnya. hal-hal yang mengelilinginya. Pendekatan ini dianggap adil jika tindakan ilegal tersebut merupakan “tindakan yang disengaja” dari perusahaan yang seharusnya

dihindari. Kedua, ada identifikasi cepat atau mudah dari jenis praktik atau batasan perilaku yang dilarang. Dengan kata lain, penilaian atas tindakan pelaku bisnis, baik di pasar maupun dalam proses peradilan, harus mudah ditentukan. Namun, diakui bahwa ada perilaku yang berada dalam garis kabur antara perilaku terlarang dan perilaku hukum.

Contoh tindakan yang dilarang secara *per se illegal* dalam UU No. 5/1999 adalah perjanjian penetapan harga (*price fixing*) yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) yang menyatakan:

*“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”*

Berikut disampaikan beberapa perbuatan bisnis yang dianggap melanggar Pasal 5 ayat (1) UU No. 5/1999 yang telah diputuskan KPPU:

1. Putusan Perkara Inisiatif No. 05/KPPU-I/2003: *“Perjanjian penetapan harga yang dilakukan oleh beberapa pengusaha Bus Kota Patas AC, yang tergabung dalam suatu asosiasi angkutan jalan raya (Organda). Kesepakatan bersama tersebut diakomodasi melalui DPD Organda DKI Jakarta melalui Surat DPD Organda tentang Penyesuaian Tarif Angkutan Umum Bus Kota Patas AC di wilayah DKI Jakarta tanggal 5 September 2001.”*
2. Perkara No. 03/KPPU-I/2003: *“Perkara di bidang angkutan laut, di mana 7 (tujuh) perusahaan pelayaran di jalur pelayaran Surabaya-Makassar melakukan kesepakatan untuk menetapkan tarif dan kuota jalur Surabaya-Makassar yang dibuat dan ditandatangani pada tanggal 23 Desember 2002.”*
3. Putusan KPPU No. 26/KPPU-L/2007: *“Perjanjian kartel SMS (Short Message Service) yang dilakukan oleh para operator penyelenggara jasa telekomunikasi.”*
4. Perkara No. 08/KPPU-I/2014: *“Kesepakatan para produsen ban di Indonesia untuk tidak melakukan banting harga dan warranty claim.”*

5. Perkara No. 14/KPPU-I/2014: “*Perjanjian penetapan harga untuk produk Liquefied Petroleum Gas (LPG) oleh beberapa perusahaan distributor produk tersebut yang terjadi pada awal tahun 2015 di wilayah Bandung dan Sumedang.*”

Penyelidikan apakah telah terjadi pelanggaran ketentuan hukum persaingan dengan pendekatan *per se illegal* dianggap dapat memberikan kepastian hukum tambahan. Artinya dengan adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pelaku usaha bahwa suatu tindakan adalah sah. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan mengelola bisnis mereka tanpa harus khawatir tentang tuntutan hukum di masa depan, yang mengakibatkan kerusakan besar. Dengan kata lain, pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku bisnis di tempat pertama terhadap tindakan terlarang dan mencoba untuk mencegah mereka dari mencoba melakukannya.

**b) Pendekatan *rule of reason***

Berbeda dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memaksa pengadilan untuk menafsirkan aturan persaingan usaha. Dalam kasus itu, Mahkamah Agung Amerika Serikat, misalnya, menetapkan aturan penalaran standar yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor persaingan dan menentukan kecukupan penghalang perdagangan. Ini berarti mencari tahu apakah hambatan tersebut mengganggu, mempengaruhi atau bahkan menghambat proses persaingan.

Masing-masing pendekatan tersebut, dengan kelebihan dan kekurangannya, dapat digunakan sebagai pendekatan pemikiran untuk menerapkan pendekatan terhadap tindakan pelaku usaha yang diduga melanggar undang-undang antimonopoli. Keuntungan dari *rule of reason* adalah bahwa ia menggunakan analisis ekonomi untuk mengetahui secara efektif apakah tindakan pelaku usaha berdampak pada persaingan. Dengan kata lain, suatu tindakan yang dianggap menghambat atau mendorong persaingan ditentukan oleh: “...*economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources...*” Di

sisi lain, jika diterapkan secara *per se illegal*, tindakan beberapa badan usaha masih dianggap ilegal.

Namun, pendekatan *rule of reason* juga memiliki kelemahan, dan mungkin yang paling penting, yaitu bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh hakim dan juri memerlukan pengetahuan teori ekonomi dan data ekonomi tertentu dan kompleks, yang mereka belum tentu cukup kompeten. Untuk memahaminya untuk membuat keputusan yang rasional. Keterbatasan kemampuan dan pengalaman hakim untuk menangani proses litigasi yang kompleks sering menimbulkan masalah sepanjang sejarah sistem peradilan AS.

Selain itu, tidak mudah membuktikan kekuatan pasar tergugat ketika penggugat harus menghadirkan saksi ahli di bidang ekonomi dan banyak bukti dokumenter dari lawan lainnya. Pada kenyataannya, penggugat biasanya hanya memiliki peluang yang sangat kecil untuk memenangkan kasus tersebut. Sehingga sering kali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality*.

Menentukan definisi pasar dapat berfungsi sebagai alasan untuk menilai apakah tindakan perusahaan anggota yang diselidiki menghambat atau bahkan membunuh pesaing di pasar di area yang relevan atau tidak. Dalam beberapa putusannya, KPPU telah melakukan pemeriksaan terhadap sejumlah kasus dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*, antara lain:

1. Perkara tentang Cineplex 21: Pemeriksaan KPPU menyimpulkan bahwa mereka tidak melanggar pasal 17 UU 5/1999, meskipun mengontrol distribusi film impor, tingkat kontrol ini kurang dari 50% dari jumlah total film yang diimpor. Alasan yang sama juga digunakan sebagai pembuktian, bahwa para Terlapor tidak melanggar ketentuan Pasal 25 tentang posisi dominan. Satu-satunya dugaan yang terbukti adalah mengenai kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan perbioskopian di pasar terkait, sehingga salah satu terlapor dianggap melanggar Pasal 27 UU No. 5/1999.
2. Penguasaan pasar dan penyalahgunaan posisi dominan dalam penjualan batu baterai yang diproduksi PT Artha Boga Cemerlang (ABC). Untuk

menentukan pasar bersangkutan dalam perkara tersebut, Komisi menetapkan PGK sebagai pasar produk yang meliputi wilayah (geografis) Jawa dan Bali. Penentuan pasar bersangkutan didahului dengan menghitung pangsa pasar, di mana ABC memiliki pangsa sebesar 88,73%. Melalui posisi dominannya, ABC melakukan *abuse* dengan cara melakukan PGK untuk menyingkirkan pesaingnya.

3. Perkara No. 28/KPPU-I/2007: yakni pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan tentang praktik monopoli, pembagian dan penguasaan pasar oleh sekelompok pelaku usaha yang tergabung dalam koperasi-koperasi di beberapa wilayah pelabuhan dan bandar udara Hang Nadim, Batam. Dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5/1999 berawal dari adanya layanan jasa taksi di wilayah Batam yang dilakukan oleh pelaku usaha taksi dan pengelola wilayah pelabuhan maupun bandara. Pelaku usaha taksi yang tergabung dalam koperasi-koperasi tersebut mengatur dan membagi wilayah beroperasinya taksi di tujuh wilayah pelabuhan dan bandara. Mereka juga melakukan pengaturan dengan cara menetapkan harga dari pelabuhan/bandara ke tempat-tempat tujuan. Penetapan harga ini antara lain disebabkan belum diberlakukannya sistem argo meter yang seharusnya diberlakukan oleh pemerintah daerah setempat berdasarkan Surat Keputusan Walikota Batam. Pengaturan dan pembagian wilayah ini mengakibatkan taksi-taksi yang tidak mendapat ijin dan menjadi anggota di wilayah-wilayah tersebut tidak dapat mengangkut penumpang dari wilayah. Penetapan harga, pembagian dan pengaturan wilayah operasi taksi tersebut dianggap sebagai pelanggaran terhadap Pasal 5, Pasal 9, Pasal 17, dan Pasal 19 UU No. 5/1999.
4. Perkara No. 10/KPPU-I/2015 tentang “*Dugaan Pelanggaran Pasal 11 dan Pasal 19 huruf c UU No. 5/1999 terkait dengan kartel daging sapi impor yang telah dilakukan oleh 32 Terlapor, antara lain, PT Andini Karya Makmur, PT Andini Persada Sejahtera, PT Agro Giri Perkasa, PT Agrisatwa Jaya Kencana, PT Andini Agro Loka, PT Austasia Stockfeed, PT Bina Mentari Tunggal, dan lain-lain.*” Dengan



menggunakan pendekatan *rule of reason*, KPPU menyatakan bahwa tindakan pihak yang dilaporkan sebagai kartel dilarang berdasarkan Pasal 11 UU No. 5/1999. KPPU menganalisis pasar produk dan pasar geografis serta menganalisis dampak negatif kartel. Tindakan penghentian pasokan karena tidak terpenuhinya Kuota Impor Ternak yang telah disetujui pemerintah dan penjualan terjadwal berdampak negatif karena mengakibatkan kenaikan harga yang tidak wajar yang merugikan kepentingan konsumen dan/atau kepentingan umum.

### 1.5.2. Kerangka Konseptual

Berikut ini akan diuraikan kerangka konseptual yang digunakan sehingga diharapkan bisa lebih mempertajam analisa dalam penulisan ini.

#### a) Kebijakan Persaingan Usaha,

Dari asas dan tujuan dibuatnya Kebijakan Persaingan Usaha ini, ada 2 (dua) hal yang menjadi unsur penting bagi penentuan kebijakan (*policy objectives*) yang ideal dalam pengaturan persaingan di negara yang memiliki undang undang persaingan, yakni kepentingan umum (*public interest*) dan efisiensi ekonomi (*economic efficiency*). Di Indonesia, kebijakan ini terdapat pada UU 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.<sup>25</sup>

#### b) Sinergi BUMN,

Merupakan bentuk keistimewaan yang diatur oleh Menteri BUMN agar penyediaan barang/jasa bisa dilakukan penunjukkan langsung kepada BUMN lainnya beserta afiliasinya, dalam rangka meningkatkan efisiensi usaha dan perekonomian.<sup>26</sup>

#### c) Sinergi Inkorporasi,

Merupakan turunan dari Sinergi BUMN yang lingkup kerjanya di internal grup BUMN yang memiliki afiliasi dengan Perseroan, sebagai

<sup>25</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), "Hukum Persaingan Usaha: Buku Teks", Edisi Kedua 2017.

<sup>26</sup> Pasal 2 ayat 4 Permen BUMN PER-05/MBU/2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa BUMN.

contoh PT Pertamina yang memiliki hingga 211 perusahaan afiliasi dan memiliki kebijakan tersendiri dalam proses pengadaan barang/jasanya.

d) Pengadaan Barang dan Jasa,

Menurut Pedoman Tata Kerja 007 pada bagian istilah: *“adalah kegiatan untuk memperoleh barang/jasa yang prosesnya mulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh barang dan jasa.”*<sup>27</sup>

e) *Production Sharing Contract* (PSC),

Ialah suatu bentuk Kontrak Kerja Sama antara Badan Usaha (atau biasa disebut Kontraktor) dengan Pemerintah (dengan SKK Migas sebagai Badan pelaksanaanya). Secara umum, bentuk Kontrak Kerja Sama yang ada di Indonesia ialah *Production Sharing Contract* (PSC) dimana Pemerintah dan Kontraktor setuju untuk mengambil bagian produksi, yang diukur dalam bentuk pendapatan, berdasarkan persentase yang telah disetujui pada Kontrak.<sup>28</sup>

f) *PSC Cost Recovery*,

Bentuk Kontrak PSC dengan mekanisme perhitungan biaya operasi selama kegiatan hulu migas yang dikeluarkan oleh Kontraktor KKS bisa diambil sebagai pengurang produksi yang ada.<sup>29</sup>

g) *PSC Gross Split*,

Kontrak Bagi Hasil *Gross Split* adalah suatu Kontrak Bagi Hasil dalam Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi berdasarkan prinsip pembagian gross produksi tanpa mekanisme pengembalian biaya operasi.<sup>30</sup>

h) Pedoman Tata Kerja (PTK) 007,

Mengutip dari penjelasan di dokumen tersebut yang dimaksudkan *“Pedoman yang memberikan landasan hukum tata laksana, pedoman pelaksanaan teknis serta administratif yang terintegrasi dan jelas, serta*

<sup>27</sup> Pedoman Tata Kerja Nomor 007 Pengelolaan Rantai Suplai Buku Kedua Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Revisi 04, pada bagian pengertian Istilah.

<sup>28</sup> PriceWaterhouseCooper (PwC) Indonesia, “Oil and Gas in Indonesia: Investment and Taxation Guide”, 9<sup>th</sup> Edition, May 2018.

<sup>29</sup> Ibid

<sup>30</sup> Pasal 1 angka 7 Permen Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 8 Tahun 2017.

*menyamakan pola pikir dan pengertian seluruh pengelola kegiatan usaha hulu minyak dan gas bumi di Indonesia dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa, sehingga dapat merealisasikan prinsip dasar pengelolaan rantai suplai.*"<sup>31</sup>

## **1.6. Sistematika Penulisan**

Sistematika penulisan dari tesis ini terdiri dari 5 (lima) Bab untuk memastikan adanya runutan pembahasan yang terkait satu sama lain.

### **BAB I PENDAHULUAN**

Dalam Bab ini membahas tentang latar belakang masalah yang dihadapi dalam proses pengadaan barang/jasa BUMN hulu migas, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, metode penelitian, kerangka teoritis dan konseptual, serta sistematika penulisan.

### **BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG PENGADAAN BARANG JASA PEMERINTAHAN, SINERGI BUMN, DAN PERSAINGAN USAHA**

Bagian kedua, penulis akan membahas mengenai Persaingan Usaha, Sinergi BUMN, Kontrak Kerja Sama Kegiatan Hulu Migas Indonesia, serta pembahasan mengenai Pedoman Tata Kerja/PTK 007 mengenai pengelolaan pengadaan barang dan jasa di sektor hulu migas Indonesia.

### **BAB III METODE PENELITIAN**

Bab ini merupakan bahasan lebih lanjut dari Bab I yang salah satunya menguraikan tentang metode penelitian dalam menganalisa permasalahan yang diidentifikasi dalam proses pengadaan barang/jasa BUMN hulu migas Indonesia. Fokus bahasan dalam Bab III ini akan menyoroti bagaimana penggunaan pisau analisa dari kerangka teori dan konseptual terhadap bahan primer dan bahan sekunder penulisan ini.

---

<sup>31</sup> Pedoman Tata Kerja Nomor 007 Pengelolaan Rantai Suplai Buku Kedua Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Revisi 04, pada bagian Maksud dan Tujuan.

#### **BAB IV ANALISA KONSISTENSI PERATURAN MENGENAI PENUNJUKAN LANGSUNG PADA PEDOMAN TATA KERJA 007 DENGAN PERATURAN PERUNDANGAN-UNDANGAN YANG BERLAKU**

Membahas hasil dari analisa penelitian untuk menjawab pertanyaan kunci apakah Sinergi BUMN bertentangan dengan prinsip hukum persaingan usaha yang tidak sehat karena prinsip eksklusifitasnya dan apakah Sinergi BUMN memiliki tantangan tersendiri pada proses pengadaan barang/jasa dengan PTK 007 yang sudah menjadi acuan perusahaan Migas di Indonesia.

Penulis juga mendalami peraturan-peraturan internal salah satu perusahaan BUMN Hulu Migas dalam proses pengadaan barang dan jasa agar bisa dianalisa dan dievaluasi perbaikannya.

#### **BAB V PENUTUP**

Membahas kesimpulan akhir dari permasalahan yang diangkat dalam proses pengadaan barang dan jasa di industri hulu migas Indonesia dengan keterkaitannya dengan Sinergi BUMN yang sudah memiliki landasan hukum yang solid.

Saran-saran konstruktif kedepannya juga akan disampaikan untuk memastikan adanya kemanfaatan dari penulisan Tesis ini.