



JURNAL HUKUM & PASAR MODAL

SURAT BERHARGA KOMERSIL (SBK)

ANA SOFA YUKING

ANALISIS PENERAPAN PRINSIP KETERBUKAAN INFORMASI DALAM PENERBITAN SURAT BERHARGA KOMERSIL DI INDONESIA

FRIDERICA WIDYASARI DEWI

PERAN PT KUSTODIAN SENTRAL EFEK INDONESIA DALAM PERKEMBANGAN PASAR SURAT BERHARGA KOMERSIAL

CHANDRA YUSUF

PERTANGGUNGJAWABAN PEMEGANG SAHAM PENDIRI ATAS ASET TETAP PERSEROAN YANG BERASAL DARI KEJAHATAN

WAHYU KURNIAWAN

STANDAR FORMAL DAN SUBSTANTIF DALAM MENGELOLA RISIKO PADA KERJASAMA PEMERINTAH SWASTA

M. NUR SHOLIKIN

PENATAAN KELEMBAGAAN UNTUK MENJALANKAN REFORMASI REGULASI DI INDONESIA

ISSN 0216-2288



3 770216 228857

ISI EDISI KELIMA BELAS

Jurnal Hukum dan Pasar Modal (JHPM) adalah jurnal hukum yang diterbitkan oleh Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM). Jurnal ini terbit sedikitnya dua kali dalam setahun. JHPM merupakan sarana diskusi, pengkajian, dan penyaluran pemikiran-pemikiran akademis di bidang Hukum Pasar Modal dan Perusahaan. Jurnal ini juga dilengkapi dengan *features* yang meliputi wawancara, serba serbi hukum, dan cermat teks/resensi yang berhubungan dengan kedua area hukum di atas. JHPM mengundang seluruh anggota HKHPM dan para pembaca pada umumnya turut berpartisipasi dalam rangka menjaga dan memelihara kesinambungan jurnal ini. JHPM mengundang pula para penulis untuk memberikan ide-idenya dalam tulisan di jurnal ini. Setiap naskah dapat dikirimkan kepada Redaksi melalui email atau pos dengan disertai biodata singkat penulisnya

Dewan Redaksi Edisi Kelima Belas

Indra Safitri

Ahmad Fikri Assegaf

Abdul Haris M. Rum

Sampurno Budisetianto

Harun Reksodiputro

Muhammad Faiz Aziz

Redaktur Pelaksana

Muhammad Faiz Aziz

Staf Redaksi

Miko Susanto Ginting

Alamat Redaksi Jurnal Hukum & Pasar Modal:

Sekretariat Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM), Menara Imperium GF 10, Jl. H.R. Rasuna Said Kav. I, Jakarta 12980.

Telp. 021-83783708. Fax. 021-83783709

Website: <http://www.hkhpm.com>

Email: jurnal@hkhpm.com

Penerbit:

Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM).

SURAT REDAKSI.....3

ARTIKEL UTAMA.....5

Analisis Penerapan Prinsip Keterbukaan Informasi dalam Penerbitan Surat Berharga Komersial di Indonesia

Ana Sofa Yuning..... 5

Peran PT. Kustodian Sentral Efek Indonesia dalam Perkembangan Pasar Surat Berharga Komersial

Friderica Widyasari Dewi 30

ARTIKEL UMUM.....43

Pertanggungjawaban Pemegang Saham Pendiri atas Aset Tetap Perseroan yang Berasal dari Hasil Kejahatan

Chandra Yusuf..... 43

Standar Formal dan Substantif dalam Mengelola Risiko pada Kerjasama Pemerintah Swasta

Wahyu Kurniawan 62

Penataan Kelembagaan Untuk Menjalankan Reformasi Regulasi Indonesia

M. Nur Sholikin 79

SERBA SERBI HUKUM.....96

Pengaturan Penerapan Tata Kelola Perusahaan

Efek 96

Penyampaian Pernyataan Pendaftaran dan

Pengajuan Aksi Korporasi secara Elektronik..... 98

Daftar Peraturan Terkait dengan Pasar Modal

Tahun 2017 (Agustus - Desember 2017) 101

CERMAT TEKS.....102

Pengantar Hukum Minyak dan Gas Bumi:

Bukan Sekedar Pengantar 102

KONTRIBUTOR..... 105

SURAT REDAKSI

Pembaca yang budiman,

Jurnal Hukum dan Pasar Modal (JHPM) kembali hadir ke hadapan para pembaca. Kali ini merupakan edisi ke-15. Dalam edisi kali ini, tema yang kami usung adalah **“Surat Berharga Komersial”**. Tema ini kami angkat seiring dengan kehadiran Peraturan Bank Indonesia Nomor 19/9/PBI/2017 tentang Penerbitan dan Transaksi Surat Berharga Komersial di Pasar Uang (PBI SBK). PBI menjadi dasar hukum bagi korporasi termasuk bank dan emiten serta perusahaan publik untuk menerbitkan surat berharga jangka pendek dengan tenor 1 (satu) tahun dengan mekanisme yang mirip dengan penerbitan Efek di Pasar Modal.

Penerbitan SBK tidak lepas dari kebutuhan pembiayaan ekonomi. SBK diperlukan untuk meningkatkan tata kelola pasar (*market governance*) dalam rangka menambah kepercayaan diri bagi investor untuk berinvestasi. SBK juga dapat menjadi alternatif sumber pendanaan jangka pendek dari pasar uang selain berupa kredit perbankan. Selain itu, kehadiran SBK juga diharapkan dapat mendorong akselerasi proses pendalaman pasar keuangan melalui variasi produk atau instrumen dalam rangka mendukung transmisi kebijakan moneter.

Untuk memperkaya opini sehubungan dengan SBK ini, kami mengundang sejumlah kandidat penulis untuk menyumbangkan tulisannya kepada jurnal ini. Tercatat, dua artikel utama yang mengulas SBK dikirimkan kepada redaksi. Ana Sofa Yuking mengulas mengenai analisis penerapan prinsip keterbukaan informasi atau *disclosure principle* dalam menerbitkan SBK di Indonesia. Sementara itu, Friderica Widyasari Dewi membahas mengenai peran PT

Kustodian Sentral Efek Indonesia (KSEI) dalam perkembangan pasar SBK di Indonesia.

Selain artikel khusus yang mengulas mengenai SBK, terdapat juga artikel yang kami kategorikan sebagai artikel umum dimana pokok bahasannya adalah di luar SBK. Artikel pertama hadir dari Chandra Yusuf yang menggarisbawahi mengenai pertanggungjawaban pemegang saham pendiri atas aset tetap perseroan yang berasal dari kejahatan. Artikel kedua hadir dari Wahyu Kurniawan yang mengulas mengenai standar formal dan substantif dalam mengelola risiko pada Kerjasama Pemerintah dan Swasta dalam kaitan dengan pembangunan infrastruktur.

Kami mengucapkan terimakasih kepada para narasumber yang berkontribusi pada penulisan jurnal Edisi XV ini. Semoga apa yang tersaji dalam jurnal ini dapat membawa pemahaman baru bagi kita semua. Tak lupa, kami juga mengundang pihak-pihak lain agar dapat berkontribusi dalam penulisan Jurnal Hukum dan Pasar Modal berikutnya.

Redaksi

STANDAR FORMAL DAN SUBSTANTIF DALAM MENGELOLA RISIKO PADA KERJASAMA PEMERINTAH SWASTA

Wahyu Kurniawan
Kantor Hukum Kurniawan
kurniawan@khk.co.id

Abstrak

Pemerintah Indonesia telah mempercepat pembangunan infrastruktur. Tujuannya adalah untuk memenuhi kebutuhan sektor bisnis dan untuk meningkatkan investasi. Pemerintah menggunakan model Public Private Partnerships (PPP) atau Kerjasama antara Pemerintah dan Swasta (KPS) karena keterbatasan sumber daya keuangan yang berasal dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN). Model PPP ini memiliki risiko kepastian proyek. Penghentian proyek akan menciptakan dampak pada rencana berikutnya yang terkait dengan proyek dan juga pengembalian investasi serta hutang oleh investor dan kreditur. Artikel ini memberikan gambaran umum dan argumentasi perangkat hukum yang telah ditetapkan oleh pemerintah Indonesia untuk mengurangi risiko proyek KPBU berdasarkan peraturan formal dan substantif untuk diterapkan sebagai standar untuk objek, subjek, dan hubungan hukum di PPP.

Kata Kunci: infrastruktur, kerjasama pemerintah dan swasta, risiko, hukum substantif, hukum formal.

Abstract

The Indonesian government has been accelerating infrastructures development. The objective is to fulfil the need for the business sector and to increase investment. The government uses the Public Private Partnerships (PPP) model due to the limited financial resources derived from the State Budget (APBN). This PPP model, however, poses risks for the certainty of projects. The termination of projects would create the impact on subsequent plans related to the project and also return of the investments and debts by investors and creditors. This article provides overview and argumentation of the legal devices that have been established by the government of Indonesia to mitigate the risk of PPP project based on the formal and substantive rules to be applied as standards for the object, subject, and of legal relationships in PPP.

Keywords: infrastructure; public private partnership; risks; substantive law; formal law.

PENDAHULUAN

Ketersediaan infrastruktur sangat kondusif bagi masyarakat untuk memenuhi kebutuhan sosial dan ekonomi. Untuk kehidupan sosial, infrastruktur berguna untuk memenuhi kebutuhan dan meningkatkan mobilitas masyarakat. Infrastruktur juga sangat diperlukan dalam kegiatan ekonomi untuk mengurangi biaya investasi dan produksi.

Perekonomian global membutuhkan \$90 miliar untuk penyediaan infrastruktur untuk tahun 2016 sampai 2030, yang dialokasikan rata-rata \$5-6 miliar setiap tahunnya¹. Dari total investasi yang dibutuhkan, negara-negara berkembang di Asia akan menginvestasikan \$26 miliar². Dana tersebut diperlukan untuk menjaga pertumbuhan ekonomi, memberantas kemiskinan, dan merespons perubahan iklim.

Indonesia, sebagai salah satu negara di Asia, melakukan pembangunan infrastruktur secara masif. Menurut Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (Bappenas), skor kualitas infrastruktur Indonesia hanya 4.2, Skor ini di bawah rata-rata negara ASEAN, yaitu 4.4³. Ini membuktikan bahwa infrastruktur masih menjadi kendala untuk mendukung pembangunan nasional. Implikasi ketersediaan infrastruktur yang tidak mencukupi adalah meningkatkan biaya transportasi dan logistik. Biaya ini akan sangat besar jika terakumulasi secara nasional dan mempengaruhi daya saing produk nasional di tingkat internasional.

Dalam Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional 2015-2019 (RPJMN) menyatakan bahwa ketentuan infrastruktur didasarkan pada pemerataan pembangunan sebagai tujuan pembangunan nasional⁴. Implementasi pembangunan yang adil

1 Bhattacharya, Amar, Jeremy Oppenheim, dan Nicholas Stren, 2015, *Driving Sustainable Development Through Better Infrastructure: Key Elements of a Transformation Program*, Global Economy and Development Working Paper 91, hal. 8.

2 International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2017, *Mobilizing Islamic Finance For Infrastructure Public Private Partnerships*, Report 2017, hal. 10.

3 National Development Planning Agency, 2017, *Pubic Private Partnerships: Infrastructure Projects Plan in Indonesia*, hal. iv.

4 Peraturan Presiden No.2 Tahun 2015 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional 2015-2019, poin 6-85.

adalah pembangunan infrastruktur secara nasional di seluruh wilayah di Indonesia dan tidak terpusat di Pulau Jawa. Selanjutnya, tujuan pembangunan infrastruktur ini adalah untuk menghubungkan antar daerah di Indonesia.

Namun demikian, anggaran negara tidak memadai untuk penyediaan infrastruktur. Untuk mengatasi keterbatasan dana tersebut, pemerintah memberikan kesempatan kepada sektor swasta agar dilibatkan dalam penyediaan infrastruktur. Pemerintah menarik sektor swasta untuk terlibat dalam penyediaan infrastruktur dengan skema Kerjasama Pemerintah Swasta atau *Public Private Partnerships* (selanjutnya disingkat 'KPS'). Skema ini memiliki kelebihan bagi negara. Keuntungan pertama adalah pelaksanaan proyek dan fasilitas pembiayaan yang dilaksanakan dan disediakan oleh sektor swasta. Kedua, sektor swasta menanggung risiko yang terjadi pada tahap konstruksi dan pengoperasian fasilitas infrastruktur.

Hal ini tidak diartikan bahwa KPS sama sekali tidak memiliki risiko. Dalam kegiatan pembangunan infrastruktur yang menggunakan model KPS menghadapi tiga jenis risiko berdasarkan levelnya, yaitu makro, meso, dan mikro. Ditinjau dari fasenya, risiko dapat terjadi pada pra dan pasca penyelesaian dan mengakibatkan penghentian pembangunan atau pengoperasian fasilitas infrastruktur.

Pemberhentian ini berdampak langsung pada investor dan kreditur karena pihak swasta hanya membiayai 30% sampai 45% dari total proyek. Pembiayaan proyek lainnya berasal dari lembaga keuangan dalam bentuk penyertaan modal maupun hutang. Dampaknya akan lebih besar lagi pada keberlanjutan rencana pembangunan yang bergantung pada infrastruktur yang sedang dibangun. Seperti yang dipahami secara fundamental, pembangunan infrastruktur bertujuan untuk memberikan perhatian publik untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dan meningkatkan efisiensi. Kurangnya infrastruktur, wilayah dan masyarakat tidak akan berkembang. Oleh karena itu, kerangka hukum dan peraturan diharuskan mengelola risiko ini. Undang-undang dan peraturan ini mengandung tatanan hukum substantif atau formal sebagai standar pelaksanaan proyek model KPS.

Artikel ini akan dibagi menjadi lima bagian, Bagian pertama menggambarkan konsep dasar tentang KPS. Bagian kedua menyajikan karakteristik KPS untuk menggambarkan perbedaan

dengan model pengadaan dan privatisasi. Bagian ketiga menjelaskan undang-undang dan peraturan KPS yang berlaku di Indonesia. Bagian keempat menjelaskan jenis risiko di KPS. Bagian kelima menjelaskan hukum substantif dan hukum formal sebagai alat untuk mengurangi risiko yang akan timbul dalam pengembangan dan operasionalisasi proyek KPS melalui tiga aspek: aspek perencanaan dan persiapan, aspek pengadaan entitas bisnis proyek, dan kontrak untuk mengurangi ketidakpastian atas hubungan antara pemerintah dan swasta di KPS.

II. PEMBAHASAN

I. Konsep KPS

Konsep dasar KPS bisa dilihat dari definisi KPS itu sendiri. Bagian ini menunjukkan definisi dari organisasi internasional dan diikuti oleh definisi berdasarkan hukum Indonesia yang berlaku. Definisi ini akan diuraikan untuk menetapkan ruang lingkup dan kerangka konsep KPS.

Menurut *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD), KPS adalah suatu kesepakatan antara pemerintah dengan satu atau lebih pihak swasta. Dalam kesepakatan tersebut, sektor swasta menyediakan layanan untuk mendapatkan keuntungan di mana layanan tersebut termasuk dalam tujuan harapan pemerintah untuk menyediakan utilitas publik.

Definisi kedua adalah dari Bank Dunia yang menyatakan bahwa KPS adalah kontrak jangka panjang antara pemerintah dan swasta dalam hal membangun dan/atau mengelola fasilitas atau layanan kepada masyarakat⁵. Swasta menanggung risiko dan bertanggung jawab untuk mengelola sesuai dengan kesepakatan dan pihak swasta memperoleh hasil pengelolaan fasilitas infrastruktur.

International Monetary Fund (IMF) mendefinisikan KPS merupakan kesepakatan dimana sektor swasta menyediakan infrastruktur berupa aset dan layanan yang secara tradisional dilakukan oleh pemerintah. Di KPS, sektor swasta adalah pihak yang menyediakan dan menginvestasikan infrastruktur. Artinya, ada transfer risiko dari pemerintah ke sektor swasta mengingat pengelolaan investasi dan infrastruktur ada di sektor swasta.

⁵ World Bank, 2004, *Public-Private Partnership Reference Guide Version 2.0*, Washington.

Definisi KPS yang tercantum dalam undang-undang di Indonesia adalah dalam Pasal 1 Angka 6 Peraturan Presiden Nomor 38 Tahun 2015 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur (selanjutnya disingkat dengan "Perpres KPBU"), yang menegaskan bahwa:

"Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha yang selanjutnya disebut sebagai KPBU adalah kerjasama antara pemerintah dan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur untuk kepentingan umum dengan mengacu pada spesifikasi yang telah ditetapkan sebelumnya oleh Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah/Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, yang sebagian atau seluruhnya menggunakan sumber daya Badan Usaha dengan memperhatikan pembagian risiko diantara para pihak."

Menurut definisi di atas maka dapat dipilah-pilah unsur-unsur yang terdapat dalam KPS sebagai suatu konsep. Pertama, KPS mengandung kesepakatan jangka panjang antara pemerintah dan sektor swasta. Berdasarkan Perpres KPBU, ditetapkan bahwa Pemerintah adalah Kementerian, Kepala Lembaga, Kepala Daerah, Badan Usaha Milik Negara (BUMN), atau Badan Usaha Milik Daerah (BUMD). Pihak swasta memenangkan tender tahap pengadaan yang membentuk *Special Purpose Vehicle* (SPV) atau dalam Perpres KPBU juga disebut Badan Usaha Pelaksana (BUP). BUP adalah perseroan terbatas yang didirikan oleh badan usaha yang memenangkan tender atau ditunjuk secara langsung untuk melaksanakan proyek tersebut.

Kedua, pihak swasta melakukan pembangunan dan pengelolaan fasilitas. Pihak swasta melaksanakan semua kegiatan mulai dari perencanaan, konstruksi, perawatan, dan pengoperasian fasilitas untuk durasi yang telah disepakati. Ketiga, terjadinya transisi risiko dari pemerintah ke pihak swasta. Dengan pelaksanaan perencanaan sampai pengoperasian infrastruktur, risikonya melekat pada pihak swasta. Pemerintah tidak menanggung risiko apalagi kerugian finansial bagi pelaksanaan pembangunan dan pengoperasian infrastruktur.

Keempat, pihak swasta bertanggung jawab untuk membiayai pembangunan dan pemeliharaan fasilitas. Pembiayaan proyek bisa didapat dari beberapa sumber, terutama pasar modal dan

perbankan. Kelima, pihak swasta memperoleh keuntungan dari pengoperasian fasilitas infrastruktur. Keterlibatan swasta di bidang infrastruktur adalah untuk mencari keuntungan dengan membangun dan mengelola infrastruktur publik. Sistem penjualan dan pembayaran di PPP dilakukan melalui dua sistem: pembayaran berdasarkan ketersediaan atau pembayaran dalam bentuk tarif tergantung kesepakatan antara pemerintah dan sektor swasta.

2. Karakteristik KPS

Penyediaan infrastruktur identik dengan tindakan negara dalam menyediakan fasilitas umum kepada publik. Namun saat ini, pemerintah tidak lagi mendominasi penyediaan infrastruktur dengan melibatkan pihak swasta dalam pengembangan dan operasionalisasi fasilitas bagi masyarakat dengan model KPS. Model ini berbeda dengan model pengadaan atau *procurement* dan privatisasi.

Perbedaan antara KPS dan pengadaan adalah sebagai berikut: (1) hubungan hukum antara pemerintah dan sektor swasta dalam pengadaan tradisional terbatas pada implementasi perancangan dan pembangunan infrastruktur yang diatur oleh kesepakatan *Design-Build (DB)*⁶; (2) Pada model pengadaan, pihak swasta sebatas membangun dan pemerintah yang membiayai sekaligus mengoperasikan fasilitas infrastruktur. Hal ini berbeda dengan model KPS dimana sektor swasta melaksanakan seluruh kegiatan yang terdiri atas *Design-Build-Finance-Operate-Maintain (DBFOM)*. Fasilitas tersebut akan dikembalikan ke pemerintah dalam jangka waktu tertentu sesuai dengan kesepakatan.

KPS juga memiliki perbedaan dengan privatisasi. Privatisasi adalah proses pengalihan aset atau ekuitas dari Badan Usaha Milik Negara (BUMN) ke pihak swasta⁷. Definisi privatisasi dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara. Pada Pasal 1 angka 12 menegaskan bahwa privatisasi sebagai hasil penjualan saham BUMN baik sebagian atau seluruhnya kepada pihak swasta. Tujuan privatisasi dengan proses pengalihan saham adalah untuk meningkatkan kinerja atau nilai perusahaan, meningkatkan manfaat bagi negara dan masyarakat, dan berbagi kepemilikan kepada publik.

⁶ Grimsey, Darrin, and Mervyn Lewis, 2007, *Public Private Partnerships and Public Procurement*, Agenda, Volume 14, Number 2, pp. 171-188.

⁷ Yecombe, E. R., 2007, *Public-Private Partnership*, Elsevier, Great Britain.

Privatisasi sebagai pengalihan aset diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara jo. Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah. Peraturan Pemerintah ini mengatur bahwa pengalihan harta negara atau pemerintah daerah diklasifikasikan privatisasi. Harta tersebut meliputi properti yang dibeli atau diperoleh dengan menggunakan anggaran negara atau daerah dan dari sumber lainnya yang diperoleh secara sah dari hibah atau sejenisnya, harta yang diperoleh sebagai pelaksanaan perjanjian, properti yang diperoleh sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, atau harta yang diperoleh berdasarkan putusan pengadilan yang memiliki kekuatan hukum tetap. Dalam skema KPS, tidak terjadi proses pengalihan baik ekuitas maupun harta dari pemerintah kepada swasta. Fasilitas tetap menjadi milik pemerintah yang dikelola dalam kurun waktu tertentu berdasarkan kesepakatan dan fasilitas tersebut.

3. Risiko pada KPS

Risiko selalu ada di setiap penyediaan fasilitas infrastruktur. Risiko ini tidak dapat dihindari namun dikelola dan diminimalkan untuk mengurangi kerugian dalam proses pembangunan dan operasional fasilitas infrastruktur. Risiko proyek KPS dibagi menjadi dua jenis risiko, yaitu risiko berdasarkan tingkatannya dan risiko berdasarkan pada tahapannya.

Berdasarkan tingkat tersebut, risiko dalam proyek dibagi menjadi tiga tingkatan, yaitu makro, meso, dan mikro⁸. Risiko makro adalah faktor eksternal yang dapat mempengaruhi proyek KPS seperti perubahan politik, negara, hukum, ekonomi, sosial. Bentuk-bentuk dari risiko ini antara lain pemerintahan yang tidak stabil, pengambilalihan atau nasionalisasi, proses pengambilan keputusan publik yang buruk, dan oposisi politik yang kuat. Faktor alam juga dikategorikan dalam risiko tingkat makro seperti perubahan cuaca dan bencana alam yang dapat terjadi dan dapat mempengaruhi kegiatan proyek KPS.

Risiko tingkat *meso* adalah risiko yang muncul dalam proyek KPS. Jenis risiko berhubungan dengan lokasi, desain, konstruksi,

⁸ Bing, Li, A. Akintoye, P. J. Edwards, dan C. Hardcastle, 2005, *The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Projects in The UK*, *International Journal of Project Management* 23, pp. 25-35.

dan teknologi proyek KPS dan permintaan atau penggunaan produk proyek. Bentuk konkret dari tingkat risiko meso adalah pembebasan lahan, ketersediaan keuangan dan daya tarik investor terhadap proyek, persetujuan proyek dan penundaan perizinan, biaya konstruksi yang tinggi, penundaan konstruksi, ketersediaan bahan baku dan tenaga kerja, perubahan desain yang menyebabkan penundaan, buruknya kualitas kerja, pailit atau kegagalan kontrak subkontraktor atau pemasok, pembangunan aset bernilai tinggi atau biaya perawatan, pendapatan yang rendah, dan faktor lain yang dapat mempengaruhi pelaksanaan proyek KPS.

Risiko tingkat mikro berkaitan dengan hubungan antara pihak-pihak yang terlibat dalam proyek. Bentuk-bentuk risiko ini terkait dengan organisasi dan koordinasi antara pihak pemerintah dan pihak swasta, pengalaman pembangunan proyek yang tidak memadai, distribusi tanggung jawab atas risiko, perbedaan metode bekerja dan pengetahuan antar pihak yang terlibat, dan kurangnya komitmen dari kedua belah pihak baik pemerintah maupun swasta.

Risiko KPS berdasarkan fase dibagi menjadi dua tahap: risiko pra-penyelesaian (*pre-completion*) dan risiko pasca-penyelesaian (*post-completion*)⁹. Risiko pra-penyelesaian adalah risiko yang dihadapi dalam tahap pembangunan fasilitas infrastruktur. Sementara itu, risiko pasca penyelesaian adalah risiko yang mungkin terjadi selama fase operasional fasilitas infrastruktur atau setelah tahap pembangunan tersebut berakhir.

Risiko pra-penyelesaian meliputi risiko perencanaan, risiko teknologi, dan risiko konstruksi. Risiko kegiatan perencanaan adalah risiko yang terjadi saat pembangunan infrastruktur tidak sesuai dengan jadwal yang direncanakan karena ketersediaan dana. Risiko teknologi adalah perubahan teknologi konstruksi risiko yang dihadapi kontraktor akibat adanya perubahan teknologi dalam membangun fasilitas infrastruktur. Risiko konstruksi adalah penundaan penyelesaian yang disebabkan dari beberapa faktor diantaranya biaya konstruksi yang membengkak, keterlambatan penyelesaian, penyelesaian akibat inefisiensi kinerja, dan kondisi memaksa.

Risiko utama yang dihadapi dalam tahap pasca-penyelesaian berkaitan dengan pasokan bahan baku, risiko produksi, dan risiko

⁹ Gatti, Stefano, 2008, *Project Finance in Theory and Practice*, Elsevier, USA.

pasar. Permasalahan bahan baku akibat kurangnya kuantitas atau kualitas yang mempengaruhi produksi fasilitas. Masalah lainnya adalah naiknya harga bahan baku dari perkiraan sebelumnya yang mempengaruhi biaya produksi dan harga jual produk. Risiko produksi terjadi manakala buruknya kinerja fasilitas yang tidak sesuai dengan proyeksi awal dan berakibat pada penurunan produksi. Risiko lainnya adalah risiko pasar dengan tersedianya pilihan fasilitas infrastruktur lainnya yang dapat digunakan oleh masyarakat.

4. Standar Substantif dan Formil dalam Regulasi KPS

Rencana strategis nasional dalam pembangunan infrastruktur yang masif di Indonesia untuk memenuhi ketersediaan infrastruktur yang masih tertinggal dibandingkan dengan negara-negara lain di Asia Tenggara. Keterbatasan anggaran belanja negara mendorong keterlibatan swasta untuk turut serta dalam penyediaan fasilitas publik. Pentingnya pembangunan infrastruktur ini membutuhkan pengaturan yang komprehensif untuk menekan terjadinya risiko baik dalam fase pembangunan maupun operasional fasilitas infrastruktur.

Secara umum, hukum memiliki peran untuk mengelola risiko dengan menetapkan standar secara obyektif dengan menetapkan tata aturan yang bersifat substantif dan formil¹⁰.

Hukum substantif dalam mengelola risiko PPP adalah sebagai standar untuk menilai subjek pelaksanaan pembangunan dan pengelolaan infrastruktur, objek fasilitas infrastruktur, serta hubungan hukum antara pemerintah dengan pihak swasta berdasarkan kajian ilmiah. Dalam melakukan kajian ilmiah tersebut, ilmu pengetahuan sendiri memiliki lebih dari satu metode penilaian dan hukum harus mengadopsi salah satu metode ini. Di samping kajian ilmiah, hukum substantif juga menetapkan kajian atas kemanfaatan dari fasilitas infrastruktur.

Hukum substantif dipadukan dengan hukum formil yang mengatur prosedur pengambilan keputusan. Terdapat beberapa prosedur yang diimplementasikan dalam beberapa tahap terhadap objek dan subyek yang terlibat dalam KPS, serta hubungan hukum antar para pihak. Berdasarkan aturan formal yang berlaku, terdapat

¹⁰ Taylor, Michael R., 1984, *The Role of Law in Risk Management: A Framework for Managing Uncertainty*, *Fundamental and Applied Toxicology* 4, pp.408-417, p. 410.

tiga tahap yang harus dipenuhi. Tahap-tahap yang harus diambil dalam PPP adalah: (i) merencanakan dan menyiapkan proyek-proyek KPS; (ii) pengadaan BUP; dan (iii) kontrak untuk kepastian hukum antara pemerintah dan sektor swasta. Pelaksanaan ketiga tahap formil ini dilekati standar hukum substantif dan harus dipenuhi.

4.1. Perencanaan dan Penyusunan Proyek KPS

Tahap pertama dari proses KPS adalah identifikasi awal dan kelayakan yang dilakukan oleh pemerintah. Tahapan ini berguna untuk mengetahui layak atau tidaknya rencana pembangunan infrastruktur. Kelayakan tersebut terdiri dari kelayakan investasi, pengembalian investasi, dan proses pengembangan proyek.

Tahap identifikasi penyediaan infrastruktur harus mempertimbangkan lima hal. Pertama, proyek sesuai dengan rencana pembangunan nasional atau daerah dan rencana strategis sektor infrastruktur. Kedua, proyek harus berdasarkan rencana tata ruang. Ketiga, proyek infrastruktur memiliki keterkaitan antara infrastruktur dengan hubungan sektoral antar daerah. Keempat, proyek tersebut harus diperiksa dengan *Benefit-Cost Analysis*. Kelima, infrastruktur yang akan dibangun harus ditinjau berdasarkan *Value for Money Analysis*.

Dari kelima tahap tersebut di atas tahap pertama sampai ketiga didasarkan pada kebijakan nasional dan regional mengenai pembangunan infrastruktur. Sedangkan tahap keempat dan kelima lebih fokus pada pendekatan risiko mikro yang terkait langsung dengan proyek infrastruktur. Tujuan studi objektif dengan metodologi ilmiah adalah untuk mengetahui manfaat, pengaruh sosial, dan *Value for Money* atas proyek pembangunan fasilitas infrastruktur.

Aspek manfaat dan sosial ini dilakukan dengan metode *Benefit-Cost Analysis* (BCA). BCA memprediksi kelayakan proyek berdasarkan perbandingan antara manfaat yang diperoleh dengan biaya yang harus dikeluarkan oleh masyarakat. Berbeda dengan *Value for Money Analysis* (VfM) sebagai metode kuantitatif untuk menilai kelayakan secara finansial. Tujuan dari penelitian ini adalah untuk memperkirakan keseluruhan dampak finansial proyek, pertimbangan biaya operasi dan biaya risiko, dan *Net Present Value* (NPV).

Hasil kelayakan awal menghasilkan tujuh standar. Tujuh standar tersebut diatur dalam Pasal 30 ayat (2) Perpres 38/2015 yaitu: (i) sumber pembiayaan; (ii) identifikasi kerangka kontrak, peraturan dan kelembagaan; (iii) desain teknis; (iv) proposal dukungan dan jaminan pemerintah; (v) identifikasi rekomendasi risiko dan mitigasi, dan alokasi risiko; dan (vi) pengembalian investasi BUP.

4.2. Pengadaan Badan Usaha Pelaksana

Tahap kedua dari prosedur formil adalah proses pengadaan BUP. Secara umum, pengadaan ini bertujuan untuk memilih BUP yang memiliki kemampuan dalam melaksanakan pembangunan fasilitas infrastruktur. Selain itu, dalam proses pengadaan terjadi komunikasi antara pemerintah sebagai PJKK dengan BUP guna menentukan titik temu mengenai pelaksanaan pembangunan dan operasional fasilitas¹¹.

Standar formil dan substantif mengenai pengadaan diatur dalam Peraturan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2015 tentang Tata Cara Pelaksanaan Pengadaan Badan Usaha Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur (selanjutnya disebut sebagai 'PKLKPP 19/2015').

Di dalam PKLKPP 19/2015 ditetapkan bahwa sistem pengadaan dapat dilakukan melalui penunjukan langsung ataupun pelelangan. Baik BUP yang ditunjuk langsung maupun melalui proses pelelangan berkewajiban memenuhi standar minimal yang diatur pada Pasal 22 PKLKPP 19/2015. Adapun standar substantif yang harus dipenuhi antara lain badan usaha memiliki kelengkapan formil dalam melaksanakan kegiatan atau usaha, serta memiliki pengalaman dan kemampuan baik dalam hal pelaksanaan maupun pembiayaan. Tujuan dari standar tersebut adalah adanya jaminan kepastian bahwa BUP sebagai subyek berkompeten dalam melaksanakan pembangunan dan pengoperasian fasilitas infrastruktur.

Proses pengadaan dilakukan oleh panitia pengadaan yang ditetapkan oleh pemerintah sebagai PJKK. Panitia ini berperan dalam mempersiapkan dan melaksanakan proses pengadaan pemilihan BUP.

¹¹ Lamb, Douglas, Tony Merna, 2004, *A Guide to the Procurement of Privately Financed Projects: an Indicative Assessment of the Procurement Processes*, Thomas Telford Publishing, London, hal. 16.

Langkah yang dilakukan oleh panitia pelaksana dibagi menjadi dua yaitu persiapan dan pelaksanaan. Pada tahap persiapan ini, panitia pengadaan melakukan lima kegiatan penting. Pertama, panitia pengadaan harus memastikan kesiapan proyek KPS dengan meninjau kelengkapan dokumen atau kesiapan proyek KPS untuk melanjutkan ke tahap pengadaan. Kedua, panitia pengadaan mengidentifikasi minat pasar untuk memastikan minat pasar terhadap proyek tersebut dengan meninjau kembali hasil peninjauan pasar yang telah dilakukan sebelumnya oleh pemerintah atau melakukan diskusi di forum badan usaha. Ketiga, panitia pengadaan mempersiapkan jadwal pengadaan badan usaha dan rancangan pengumuman. Keempat, panitia pengadaan menyiapkan dan menetapkan dokumen pengadaan badan usaha yang terdiri dari Dokumen Prakualifikasi dan Dokumen Permintaan Permintaan. Terakhir, panitia pengadaan mengelola data dan ruang informasi untuk keperluan *due diligence*. Peserta yang lolos prakualifikasi diberi akses ke ruang data yang berisi dokumen yang berkaitan dengan proyek KPS, dokumen pengadaan, dan fotokopi dokumen yang berkaitan dengan pengadaan badan usaha yang dibagikan kepada peserta.

Tahap kedua adalah proses pengadaan BUP KPS. Tahapan ini terbagi menjadi dua tahap, yaitu prakualifikasi dan pemilihan. Prakualifikasi meliputi kegiatan pengumuman prakualifikasi, pendaftaran dan pengambilan dokumen prakualifikasi, penjelasan tentang proyek KPS, lingkup kegiatan pelaksana proyek KPS dan dokumentasi prakualifikasi, peserta prakualifikasi termasuk dokumen kualifikasi, evaluasi kualifikasi, penetapan dan pengumuman hasil kualifikasi dan bantahan kualifikasi. Peserta prakualifikasi akan dinilai berdasarkan persyaratan administratif, keterampilan teknis, dan kemampuan finansial. Jika badan usaha melewati prakualifikasi lebih dari satu maka tahap pengadaan dilakukan dengan lelang. Jika hanya satu peserta yang lolos penilaian akan diikuti dengan penunjukan langsung.

Lelang pemilihan badan usaha PPP tergolong dalam dua bentuk: lelang satu tahap dan lelang dua tahap. Perbedaan antara kedua bentuk lelang tersebut adalah sebagai berikut. Pelelangan satu tahap ketika: (i) spesifikasi penyediaan infrastruktur dapat didefinisikan secara jelas; atau (ii) tidak memerlukan pembahasan optimasi teknis agar dapat mencapai hasil yang optimal. Berbeda dengan pelelangan

dua tahap yang: (i) spesifikasi penyediaan infrastruktur tidak bisa dirumuskan dengan pasti karena ada variasi inovasi dan teknologi; dan (ii) memerlukan optimalisasi penawaran teknis untuk mencapai hasil optimal.

Penunjukan langsung juga dapat dilakukan jika KPS berada dalam kondisi tertentu atau hanya ada satu peserta yang lolos tahap prakualifikasi. Kriteria kondisi tertentu yang mendasari penunjukan langsung adalah: (i) pengembangan infrastruktur yang telah dibangun dan/atau dioperasikan oleh entitas bisnis yang sama; (ii) pekerjaan yang hanya dapat dilakukan dengan penggunaan teknologi baru dan penyedia layanan yang mampu menerapkan solusinya; atau (iii) badan usaha menguasai sebagian besar atau seluruh lahan yang dibutuhkan untuk pelaksanaan KPS.

4.3 Perjanjian KPS

Setiap KPS diwajibkan membuat perjanjian kerjasama antara pemerintah dan pihak swasta. Sebagaimana diatur dalam Pasal 32 ayat (1) Perpres KPBU, pemerintah berkewajiban menyusun rancangan perjanjian kerjasama.

Perjanjian KPS adalah perjanjian jangka panjang yang berlaku dalam kurun waktu lima belas sampai dua puluh lima tahun. Mengacu pada *international best practice* yang termuat dalam *soft law* dan ketentuan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, karakteristik perjanjian KPS bersifat umum. Substansi perjanjian dibuat umum, menghindari sifat yang rigid dan tidak menetapkan ketentuan spesifik dan teknis. Hal ini terjadi karena perjanjian KPS merupakan kesepakatan jangka panjang. Karakteristik perjanjian jangka panjang tidak bisa dibuat secara detail.

Kinerja kesepakatan akan menghadapi keadaan dan perubahan yang tak terduga yang akan mempengaruhi pelaksanaan kesepakatan itu sendiri. Oleh karena itu, perjanjian akan dibuat tidak lengkap (*incomplete*) yang berbeda dengan kontrak lengkap dimana para pihak menentukan secara rinci hak dan kewajiban yang melekat pada masing-masing pihak.

Perjanjian jangka panjang ini akan menghadapi perubahan keadaan, terutama kondisi eksternal yang mempengaruhi pelaksanaan kontrak. Oleh karena itu, perjanjian KPS perlu dibuat untuk mengantisipasi kondisi masa depan yang tidak dapat

diprediksi. Meski dibuat pada umumnya namun perjanjian tersebut tidak kehilangan kandungan analitik hak dan kewajibannya. Aspek analitik yang menjadi alat untuk mewujudkan kepastian hukum dalam perjanjian KPS dibingkai dalam sebuah komitmen yang memuat prestasi yang wajib dilakukan.

Konsekuensi dari karakter yang melekat dalam perjanjian KPS sebagai kontrak yang tidak lengkap digunakan sebagai pendekatan teoritis dalam perancangan dan pelaksanaan perjanjian. Dalam ilmu hukum kontrak, teori janji mendominasi kerangka pemikiran dalam menciptakan dan menganalisa suatu perjanjian. Namun, teori ini tidak sesuai menjadi fondasi perjanjian jangka panjang karena terjadinya penyederhanaan makna dari perjanjian itu sendiri. Teori janji memiliki kelemahan dan tidak tepat untuk diterapkan pada perjanjian KPS karena alasan bahwa janji adalah penyederhanaan hubungan hukum yang kompleks. Perjanjian KPS tidak mengatur hubungan hukum yang spesifik dan dapat diprediksi akibat dari risiko-risiko yang mempengaruhi pelaksanaan perjanjian baik risiko makro, meso, maupun mikro.

Oleh karena itu, perjanjian KPS lebih tepat menggunakan teori hubungan pertukaran atau *exchange relationship theory*. Berdasarkan teori ini, pelaksanaan perjanjian dibangun berdasarkan hubungan antara pemerintah dan sektor swasta dan bukan hanya hak dan kewajiban yang harus dilaksanakan secara kaku. Hubungan pertukaran didefinisikan secara luas termasuk kehendak dan hal-hal yang tidak diatur tetapi menjadi bagian dari komitmen dan kemauan para pihak dalam rangka tujuan yang terkandung dalam kontrak.

Meskipun berlaku prinsip kebebasan berkontrak namun terdapat pedoman utama dalam pembuatan perjanjian KPS. Pasal 32 Ayat (2) Perpres KPBU menetapkan klausul-klausul dasar yang diatur dalam perjanjian. Klausul-klausul yang tercantum dalam perjanjian minimal mengatur hal-hal sebagai berikut: lingkup pekerjaan; jangka waktu; jaminan pelaksanaan; tarif dan mekanisme penyesuaiannya; hak dan kewajiban termasuk alokasi risiko; standar kinerja pelayanan; pengalihan saham sebelum KPBU beroperasi secara komersial; sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi ketentuan perjanjian; pemutusan atau pengakhiran perjanjian; status kepemilikan aset; mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur secara berjenjang, yaitu musyawarah mufakat, mediasi, dan

arbitrase/pengadilan; mekanisme pengawasan kinerja Badan Usaha Pelaksana dalam melaksanakan pengadaan; mekanisme perubahan pekerjaan dan/atau layanan; mekanisme hak pengambilalihan oleh Pemerintah dan pemberi pinjaman; penggunaan dan kepemilikan aset infrastruktur dan/atau pengelolaannya kepada PJPK; pengembalian aset infrastruktur dan/atau pengelolaannya kepada PJPK; keadaan memaksa; pernyataan dan jaminan para pihak bahwa perjanjian KPBU sah dan mengikat para pihak dan telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan; penggunaan bahasa dalam Perjanjian, yaitu Bahasa Indonesia atau apabila diperlukan dapat dibuat dalam Bahasa Indonesia dan Bahasa Inggris (sebagai terjemahan resmi/*official translation*), serta menggunakan Bahasa Indonesia dalam penyelesaian perselisihan di wilayah hukum Indonesia; dan hukum yang berlaku, yaitu hukum Indonesia.

Selain itu, dalam hukum Indonesia juga mengatur klausul yang terkandung dalam kontrak terutama yang berkaitan dengan aset, hak dan kewajiban yang timbul sehubungan dengan aset, yaitu: (i) tujuan pemanfaatan aset dan larangan untuk memanfaatkan aset untuk tujuan selain yang memiliki telah disepakati; (ii) tanggung jawab operasional dan pemeliharaan, termasuk pembayaran pajak dan kewajiban lainnya yang timbul dari penggunaan aset; (iii) hak dan kewajiban pihak yang mengendalikan aset untuk mengawasi dan memelihara kinerja aset selama penggunaannya; (iv) larangan badan usaha untuk menjaminkan aset sebagai jaminan kepada pihak ketiga; (v) prosedur pengiriman dan/atau pengembalian aset; dan (vi) hal-hal lain sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.

Perjanjian kerjasama tersebut juga mengatur hal-hal yang berkaitan dengan aset. Klausul yang mengatur aset adalah: (i) kondisi aset yang akan ditransfer; (ii) prosedur pengalihan aset; (iii) status aset bukan sebagai jaminan; (iv) status aset bebas dari klaim pihak ketiga; dan (v) pembebasan pemerintah dari klaim yang timbul setelah pengalihan aset.

Dalam hal proyek tersebut menggunakan Hak Atas Kekayaan Intelektual (HKI) maka ini juga harus diatur dalam kesepakatan. Ada tiga hal yang harus diatur sehubungan dengan Hak Kekayaan Intelektual. Pertama, kekayaan intelektual yang digunakan benar-benar bebas dari segala bentuk pelanggaran hukum. Kedua, pemerintah dikecualikan dari klaim pihak ketiga manapun sehubungan

dengan penggunaan (HKI) dalam penyediaan infrastruktur. Ketiga, penyediaan infrastruktur masih bisa dilaksanakan dan penggunaan (HKI) bisa berlanjut meski ada tuntutan atau tuntutan (HKI).

III. KESIMPULAN DAN SARAN

KPS adalah skema pembangunan infrastruktur yang melibatkan pihak swasta. Tujuannya adalah untuk memenuhi kebutuhan fasilitas infrastruktur baik yang bersifat sosial maupun ekonomi akibat keterbatasan dana negara.

Dalam pembangunan dan pengelolaan infrastruktur tersebut akan berhadapan dengan berbagai macam risiko mulai dari level mikro, meso, maupun makro. Oleh karena itu, hukum berperan dalam menetapkan standar untuk menurunkan terjadinya risiko-risiko yang timbul baik pada tahap pelaksanaan pembangunan maupun pengoperasionalan fasilitas infrastruktur.

Pemerintah membentuk sistem hukum yang mengatur KPS dengan menetapkan syarat formil dan substantif sebagai alat menilai secara obyektif atas obyek infrastruktur, subyek pelaksana pembangunan dan pengelola infrastruktur, serta hubungan hukum antara pemerintah sebagai prinsipal dan BPU selaku pelaksana.

DAFTAR PUSTAKA

- Bhattacharya, Amar, Jeremy Oppenheim, dan Nicholas Stren, 2015, *Driving Sustainable Development Through Better Infrastructure: Key Elements of a Transformation Program*, Global Economy and Development Working Paper 91, hal. 8.
- Bing, Li, A. Akintoye, P.J. Edwards, dan C. Hardcastle, 2005, *The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Projects in The UK*, International Journal of Project Management 23, pp. 25-35.
- Gatti, Stefano, 2008, *Project Finance in Theory and Practice*, Elsevier, USA
- Grimsey, Darrin, and Mervyn Lewis, 2007, *Public Private Partnerships and Public Procurement*, Agenda, Volume 14, Number 2, pp. 171-188.
- International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2017, *Mobilizing Islamic Finance For Infrastructure Public Private Partnerships*, Report 2017, hal. 10.
- Lamb, Douglas, Tony Merna, 2004, *A Guide to the Procurement of Privately Financed Projects: an Indicative Assessment of the Procurement Processes*, Thomas Telford Publishing, London, hal. 16
- National Development Planning Agency, 2017, *Public Private Partnerships: Infrastructure Projects Plan in Indonesia*, hal. iv.
- Taylor, Michael R., 1984, *The Role of Law in Risk Management: A Framework for Managing Uncertainty*, Fundamental and Applied Toxicology 4, pp.408-417, p. 410.
- World Bank, 2004, *Public-Private Partnership Reference Guide Version 2.0*, Washington
- Yecombe, E. R. ,2007, *Public-Private Partnership*, Elsevier, Great Britain.