

SINERGI BUMN DALAM PENGADAAN BARANG DAN/ATAU JASA DALAM PERSPEKTIF PERSAINGAN USAHA

Anna Maria Tri Anggraini*

Komisi Pengawas Persaingan Usaha,
Jalan Ir. H. Juanda 36, Jakarta 10120

Abstract

From the Competition Law perspective, the basic principles of procurement among others are transparency, non-discrimination and efficiency. For that purpose some regulations were established such as Law No. 5 of 1999 and Presidential Regulation regarding bid rigging prohibition. However, still there is a ministerial regulation regarding the synergy of State-Owned Enterprises that contravene with fair competition principles that enable to appoint a subsidiary of a State-Owned Enterprises directly without bidding. Such practice is violation to article 22 and article 19 d of Law No. 5 Year 1999 concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition.

Keywords: *synergy of state-owned enterprises, procurement.*

Intisari

Prinsip dasar sistem pengadaan barang/jasa dari perspektif Hukum Persaingan Usaha diantaranya transparansi, non diskriminasi, dan efisiensi. Untuk itu, dibentuk beberapa regulasi berupa undang-undang dan peraturan perundang-undangan seperti UU Nomor 5 Tahun 1999 dan Peraturan Presiden yang melarang persekongkolan tender. Namun demikian, terdapat peraturan yang bertentangan dengan prinsip persaingan yakni Peraturan Menteri tentang Sinergi BUMN, yang memberi peluang dilakukannya penunjukan langsung kepada anak perusahaannya, untuk melaksanakan proyek pengadaan barang/jasa. Hal ini merupakan pengingkaran terhadap prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat, khususnya Pasal 22 dan Pasal 19 huruf d UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Kata Kunci: sinergi BUMN, pengadaan barang/jasa.

Pokok Muatan

A. Pendahuluan.....	447
B. Pembahasan	448
C. Penutup	458

* Alamat korespondensi: anggraini1601@gmail.com

A. Pendahuluan

Regulasi pengadaan barang dan/atau jasa di lingkungan pemerintah telah beberapa kali mengalami penyempurnaan dengan tujuan untuk mendapatkan barang atau jasa yang berkualitas, sehingga memberikan manfaat optimal bagi negara dalam pembangunan.¹ Prinsip dasar yang dianut dalam proses pengadaan (tender) tersebut antara lain adalah keterbukaan (transparansi), non-diskriminatif, serta efektivitas dan efisiensi. Keterbukaan diartikan bahwa proses pengadaan dilakukan dengan memberikan informasi secara luas dan jelas kepada seluruh calon peserta yang berpotensi mengikuti proses tender tanpa terkecuali. Calon peserta juga harus diperlakukan secara adil dalam setiap tahapan, sehingga tidak terdapat perlakuan non-diskriminatif di antara para peserta. Dengan adanya proses tender yang adil, transparan, dan seimbang diharapkan akan diperoleh barang dan/atau jasa yang tepat dan terukur sesuai kebutuhan pembangunan negara.

Meskipun pemerintah berusaha meningkatkan sistem pengadaan yang adil melalui metode *e-procurement*, namun masih banyak ditemukan pengadaan barang dan/atau jasa secara kolusif, baik bersifat vertikal yang melibatkan panitia maupun horizontal di kalangan para peserta tender (*bidder*). Hal ini terlihat dari data laporan yang masuk ke Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) yang mana berdasarkan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 merupakan lembaga lembaga yang salah satu kewenangannya adalah menangani perkara persekongkolan tender, selain perjanjian/kegiatan anti persaingan lainnya.² Peningkatan laporan persekongkolan tender, baik melalui laporan masyarakat maupun surat tembusan dari proses sanggah dan/atau sanggah banding menunjukkan, bahwa pembentukan peraturan baru di bidang pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah belum membawa dampak

signifikan pada turunnya jumlah persekongkolan, sebagai salah satu wujud terbentuknya sistem pemerintahan yang bersih dan berwibawa.

Di lain pihak, muncul gagasan di lingkungan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) untuk melakukan sinergi dalam proses pengadaan barang dan/atau jasa, dengan cara melakukan penunjukan antar BUMN yang terafiliasi, antara anak dan induk perusahaan.³ Ketentuan ini didasarkan pada Surat Edaran Menteri BUMN No.SE-03/MBU.S/2009 (SE BUMN 03/2009) tanggal 15 Desember 2009 yang diterbitkan Kementerian BUMN berkaitan dengan upaya mendukung sinergi antar sesama BUMN dan/atau dengan anak-anak perusahaannya. Hal ini dilatarbelakangi oleh Peraturan Menteri Negara BUMN Nomor 05/MBU/2008 tanggal 3 September 2008 khususnya Pasal 2 ayat (4) dan Pasal 13 ayat (2) yang mengatur hal-hal sebagai berikut.

- 1) Pasal 2 ayat (4): Pengguna Barang dan Jasa mengutamakan sinergi antar BUMN dan/atau Anak Perusahaan sepanjang barang dan jasa tersebut merupakan hasil produksi BUMN dan/atau Anak Perusahaan yang bersangkutan, dan sepanjang kualitas, harga, dan tujuannya dapat dipertanggungjawabkan.
- 2) Pasal 13 ayat (2): Direksi BUMN wajib menyusun ketentuan internal (*Standard Operating and Procedure*) untuk penyelenggaraan Pengadaan Barang dan Jasa, termasuk prosedur sanggahan dengan berpedoman pada Peraturan Menteri Negara BUMN ini.

Adapun tujuan sinergi BUMN adalah melakukan proses pengadaan secara cepat, fleksibel, kompetitif, efisien dan efektif tanpa kehilangan momentum bisnis sehingga mengakibatkan kerugian perusahaan. Tujuan dan alasan hukum yang tampaknya filosofis tersebut ternyata menimbulkan dua kesimpulan yang berbeda, terutama berkaitan dengan penunjukan langsung. Di

¹ Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah *jo.* Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

² Periksa data Laporan Masuk di KPPU tiga (3) tahun terakhir (sejak ditetapkannya Perpres 54/2010) selalu mengalami peningkatan.

³ Surat Edaran Menteri BUMN No. SE-03/MBU.S/2009.

samping itu, berbagai alasan tersebut dapat menyimpang dari tujuan semula, jika penyelenggara di lapangan tidak memiliki pemahaman tentang maksud dan tujuan pembentukan regulasi tersebut. Bahkan, jika terjadi kesalahan dalam mengelola BUMN tersebut, akan mengakibatkan *multiplier effect*, baik terhadap perusahaan khususnya, dan kerugian negara secara luas.

Pada tahun 2012, Kementerian BUMN kembali mengeluarkan Peraturan Menteri BUMN Nomor 15 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara Nomor 05/MBU/2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Badan Usaha Milik Negara (Permen Nomor 15 Tahun 2012). Latar belakang penerbitan Permen Nomor 15 Tahun 2012 ini adalah sebagai bentuk dukungan dilakukannya sinergi BUMN, anak perusahaan dan sinergi BUMN dengan anak perusahaan.⁴

Regulasi tentang pengadaan barang dan jasa di lingkungan BUMN ini menimbulkan polemik di kalangan dunia usaha, terutama berkaitan dengan aspek prinsip persaingan seperti tindakan diskriminatif berupa *barrier to entry* pelaku usaha non-BUMN dalam bentuk regulasi, serta in-efisiensi dalam hal tidak ditemukan barang atau jasa dengan harga yang wajar. Karena itu, diperlukan analisis singkat dari aspek asas-asas dan regulasi di bidang hukum persaingan berkaitan dengan penunjukan langsung dalam pengadaan barang atau jasa di lingkungan BUMN.

B. Pembahasan

Ketentuan tentang sinergi BUMN diawali dengan dibentuknya Peraturan Menteri Negara BUMN Nomor PER-05/MBU/2008 (Permen BUMN 05/2008) tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa BUMN. Permen BUMN 05/2008 tanggal 3 September 2008 ini mengatur bahwa pengadaan barang dan/atau jasa yang dilakukan oleh BUMN dan dibiayai

oleh dana APBN tunduk kepada Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dan perubahannya, sedangkan pengadaan barang dan/atau jasa yang dilakukan oleh BUMN dengan pendanaan diluar APBN termasuk Pinjaman/Hibah dari Luar Negeri (PHLN) baik yang dijamin maupun tidak dijamin oleh Pemerintah, memerlukan pedoman pengaturan tersendiri.

Setahun kemudian ditetapkan Surat Edaran Menteri BUMN Nomor SE-03/MBU.S/2009 (SE BUMN 03/2009) tanggal 15 Desember oleh Kementerian BUMN dalam rangka mendukung sinergi BUMN, anak perusahaan maupun sinergi antara BUMN dan anak perusahaan. Peraturan ini berdasarkan pada peraturan sebelumnya yakni Peraturan Menteri Nomor 5 Tahun 2008, khususnya Pasal 2 ayat (4) yang menyatakan bahwa “Pengguna Barang dan Jasa mengutamakan sinergi antar BUMN dan/atau Anak Perusahaan sepanjang barang dan jasa tersebut merupakan hasil produksi BUMN dan/atau Anak Perusahaan yang bersangkutan, dan sepanjang kualitas, harga, dan tujuannya dapat dipertanggungjawabkan.” Sementara itu, Pasal 13 ayat (2) menyatakan bahwa, “Direksi BUMN wajib menyusun ketentuan internal (*Standard Operating and Procedure*) untuk penyelenggaraan Pengadaan Barang dan Jasa, termasuk prosedur sanggahan dengan berpedoman pada Peraturan Menteri Negara BUMN ini.”

Selanjutnya, Pasal 9 Permen Nomor 15 Tahun 2012 menyatakan, bahwa penunjukan langsung hanya dapat dilakukan dengan persyaratan berikut:

- (a) Barang dan jasa yang dibutuhkan bagi kinerja utama perusahaan dan tidak dapat ditunda keberadaannya (*business critical asset*);
- (b) Penyedia barang dan jasa dimaksud hanya satu-satunya (barang spesifik);
- (c) Barang dan jasa yang bersifat *knowledge intensive* dimana untuk menggunakan dan memelihara produk tersebut

⁴ Bagian konsideran Peraturan Menteri BUMN Nomor 15 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara Nomor 05/MBU/2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Badan Usaha Milik Negara.

- membutuhkan kelangsungan pengetahuan dari penyedia barang dan jasa;
- (d) Bila pelaksanaan pengadaan barang dan jasa dengan menggunakan cara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (2) huruf (a) dan (b) telah dua kali dilakukan namun peserta pelelangan atau pemilihan langsung tidak memenuhi kriteria atau tidak ada pihak yang mengikuti pelelangan atau pemilihan langsung, sekalipun ketentuan dan syarat-syarat telah memenuhi kewajaran;
 - (e) Barang dan jasa yang dimiliki oleh pemegang hak atas kekayaan intelektual (HAKI) atau yang memiliki jaminan (*warranty*) dari *original equipment manufacture*;
 - (f) Penanganan darurat untuk keamanan, keselamatan masyarakat, dan aset strategis perusahaan;
 - (g) Barang dan jasa yang merupakan pembelian berulang (*repeat order*) sepanjang harga yang ditawarkan menguntungkan dengan tidak mengorbankan kualitas barang dan jasa;
 - (h) Penanganan darurat akibat bencana alam, baik yang bersifat lokal maupun nasional;
 - (i) Barang dan jasa lanjutan yang secara teknis merupakan satu kesatuan yang sifatnya tidak dapat dipecah-pecah dari pekerjaan yang sudah dilaksanakan sebelumnya;
 - (j) Penyediaan barang/jasa adalah BUMN, anak perusahaan BUMN atau perusahaan terafiliasi BUMN, sepanjang barang dan/atau jasa dimaksud adalah merupakan produk atau layanan dari BUMN, anak Perusahaan BUMN, Perusahaan Terafiliasi BUMN, dan/atau usaha kecil dan mikro, dan sepanjang kualitas, harga, dan tujuannya dapat dipertanggungjawabkan, serta dimungkinkan dalam peraturan sektoral;
 - (k) Pengadaan barang dan jasa dalam nilai tertentu yang ditetapkan Direksi dengan terlebih dahulu mendapatkan persetujuan Dewan Komisaris.

Sebagai pelaksanaan dari ketentuan tersebut, Direksi Pertamina menetapkan Surat Keputusan Direksi PT Pertamina (Persero) Nomor Kpts-51/C00000/2010-S0 tanggal 29 November 2010 tentang Manajemen Pengadaan Barang/Jasa (SK-051). SK-051 memuat beberapa ketentuan berkaitan dengan penunjukan langsung anak perusahaan sebagai mitra bisnis Pertamina.⁵ Salah satu kebijakan umum yang berlaku di lingkungan Pertamina adalah mengutamakan sinergi dengan BUMN lain dan/atau Anak Perusahaan sepanjang barang dan jasa tersebut merupakan hasil produksi BUMN lain dan/atau Anak Perusahaan, dan sepanjang kualitas, harga, dan tujuannya dapat dipertanggungjawabkan.⁶ SK-051 mengalami perubahan melalui Revisi SK-051, dimana revisi ini mengatur ketentuan tentang metode pengadaan barang dan jasa, yang terdiri dari:⁷

1. Pelelangan

Pelelangan pada umumnya dilakukan untuk pengadaan jasa konstruksi yang bersifat kompleks yaitu yang memiliki teknologi tinggi dan/atau risiko tinggi terhadap kegagalan pekerjaan. Untuk pengadaan jasa lainnya diperlukan pendapat *professional judgment*, dimana apabila menurut penilainnya *bidder list* belum mencukupi persyaratan kompetisi atau apabila terdapat Penyedia Jasa yang mampu melaksanakan pekerjaan tersebut namun belum terdaftar di Perusahaan, maka perlu dilakukan lelang.
2. Pemilihan Langsung

Pemilihan langsung dilakukan untuk:

 - a) Pengadaan jasa konstruksi yang bersifat kompleks yang hanya dapat dilaksanakan dengan teknologi baru dan penyedia jasa yang mampu mengaplikasikannya sangat terbatas;
 - b) Pengadaan jasa konstruksi yang tidak bersifat kompleks;
 - c) Pengadaan jasa konsultan dan jasa lainnya;
 - d) Pengadaan barang;

⁵ Anak Perusahaan menurut SK 051 adalah anak perusahaan Pertamina dengan saham minimum 90% dimiliki Perusahaan dan dapat ditunjuk langsung untuk melaksanakan Pengadaan Barang/Jasa.

⁶ *Ibid.*

⁷ Surat Keputusan Direksi PT Pertamina (Persero) Nomor Kpts-51-C00000/2010-30 tanggal 29 November 2010 tentang Manajemen Pengadaan Barang/Jasa (SK-051).

- e) Pengadaan barang/jasa terkait *approved brand* dalam rangka standardisasi.
3. Penunjukan Langsung
 Penunjukan langsung dilakukan untuk pekerjaan-pekerjaan tertentu dengan syarat-syarat sebagai berikut:
- a) Penanganan keadaan darurat berdasarkan pernyataan dari Pejabat Tertinggi setempat;
- b) Barang dan jasa yang dibutuhkan bagi kinerja utama perusahaan dan tidak dapat ditunda keberadaannya (*business critical asset*);
- c) Pekerjaan yang bersifat spesifik karena alasan tertentu (kompleksitas, teknologi, *availability*) yang karena sifatnya tersebut, maka hanya dapat dilaksanakan oleh satu Penyedia Barang/Jasa;
- d) Barang dan jasa yang dimiliki oleh pemegang hak paten atau hak atas kekayaan intelektual (HAKI) atau yang memiliki jaminan (*warranty*) dari *Original Equipment Manufacture* (OEM) dan/atau untuk memenuhi kebutuhan standarisasi operasional sehingga dibutuhkan merek/*brand* tertentu;
- e) Bersifat *knowledge intensive* dimana untuk menggunakan dan memelihara produk tersebut membutuhkan kelangsungan pengetahuan dari penyedia barang dan/atau jasa serta diperlukan untuk transfer pengetahuan atau alih teknologi;
- f) Pekerjaan lanjutan/tambahan yang secara teknis merupakan satu kesatuan yang sifatnya tidak dapat dipecah-pecah dari pekerjaan yang sudah dilaksanakan sebelumnya dan sedapat mungkin menggunakan satuan harga menurut harga yang berlaku pada kontrak sebelumnya, sepanjang dapat dipertanggungjawabkan secara profesional;
- g) Bila pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa dengan menggunakan metode Pelelangan atau Pemilihan Langsung telah dua kali dilakukan namun peserta tetap tidak memenuhi kriteria atau tidak ada pihak yang mengikuti Pelelangan atau Pemilihan Langsung, sekalipun ketentuan dan syarat-syarat telah memenuhi kewajiban;
- h) Bila Penyedia Barang/Jasa adalah BUMN, sepanjang barang dan/atau jasa yang dibutuhkan merupakan produk atau layanan dari BUMN dimaksud dengan ketentuan apabila BUMN yang memproduksi atau memberi pelayanan yang dibutuhkan lebih dari satu, maka harus dilakukan Pemilihan Langsung terhadap BUMN tersebut. Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan dari sisi harga, kualitas dan ketersediaan pasokan yang dibutuhkan;
- i) Bila Penyedia Barang dan Jasa adalah Anak Perusahaan, sepanjang barang dan/atau jasa yang dibutuhkan merupakan produk atau layanan dari Anak Perusahaan dimaksud dengan ketentuan apabila Anak Perusahaan yang memproduksi atau memberi pelayanan yang dibutuhkan lebih dari satu, maka harus dilakukan Pemilihan Langsung terhadap Anak Perusahaan tersebut. Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan dari sisi harga, kualitas dan ketersediaan pasokan yang dibutuhkan;
- j) Kontrak Payung, jika merupakan perpanjangan waktu untuk kontrak tersebut, dengan syarat:
- (1) Harga masih sama dengan Kontrak Payung terdahulu; atau
 - (2) Harga lebih murah dibandingkan Kontrak Payung terdahulu; atau
 - (3) Kualitas pekerjaan lebih baik; atau
 - (4) Tidak ada kompetitor baru.
- k) Penyedia Barang/Jasa perguruan tinggi/unit usaha yang sahamnya dimiliki minimal 90% oleh perguruan tinggi untuk bidang usaha penelitian, desain dan engineering atau lembaga penelitian lainnya, baik dalam maupun luar negeri;
- l) Penyedia Barang/Jasa lembaga pemerintah;
- m) Barang/jasa yang merupakan pembelian berulang (*repeat order*) setelah melalui kajian yang komprehensif dengan ketentuan sebagai berikut:

- (1) Hasil kerja Penyedia Barang/Jasa sebelumnya dinilai baik;
- (2) Spesifikasi dan kualitas Barang/Jasa yang sama, apabila tidak dapat terpenuhi, dapat digantikan dengan Barang/Jasa sejenis dengan spesifikasi dan kualitas yang lebih baik dan/atau lebih tinggi;
- (3) Volume Barang/Jasa yang dibutuhkan kurang atau sama dengan volume pengadaan sebelumnya;
- (4) Harga Barang/Jasa lebih rendah atau paling tinggi sama dengan pengadaan sebelumnya, apabila tidak dapat terpenuhi harga.

Penunjukan langsung dilakukan dengan cara mengundang calon Penyedia Barang/Jasa terdaftar atau belum terdaftar sesuai dengan persyaratan kualifikasi, klasifikasi dan persyaratan CSMS yang telah ditentukan.⁸ Penunjukan langsung anak perusahaan merupakan salah satu bentuk sinergi BUMN yang merupakan program yang dikembangkan oleh Kementerian BUMN. Program sinergi merupakan program kerja yang terus dikembangkan di lingkungan Kementerian BUMN.⁹ Substansi yang diatur dalam revisi SK-051 khususnya yang berkaitan dengan penunjukan langsung berisi materi muatan yang memiliki pengertian multi interpretasi dan bersifat sangat subyektif atau relativitas tergantung pada pelaksanaan di lapangan. Kata-kata yang mengandung pengertian multi interpretasi seperti misalnya kata-kata keadaan darurat (3a), kompleksitas (3c); demikian juga kalimat “Pelaksanaan pengadaan barang/jasa tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan dari sisi harga, kualitas dan ketersediaan pasokan yang dibutuhkan”, yang bersifat relatif dan subyektif, sehingga seringkali masih memerlukan penjelasan lebih lanjut.

Terkait dengan adanya SK-051 tersebut, setidaknya terdapat 2 (dua) hal yang perlu dicermati, yakni: **Pertama**, aspek material; dan **Kedua**, aspek formal atas pembentukan aturan tersebut dari perspektif hukum persaingan. Secara substansial (material), SK-051 pada dasarnya bertentangan dengan Pasal 19 huruf (d) dan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.” Pasal tersebut menganggap adanya persekongkolan tender bergantung pada dua kondisi, yaitu para pihak tersebut harus berpartisipasi dan menyepakati kegiatan kolusi secara bersama-sama.¹⁰ Pihak yang berpartisipasi seperti dimaksud Pasal 22 dengan terminologi “pihak ketiga” adalah pihak yang tidak harus merupakan pesaing pihak pertama dan tidak harus pelaku usaha. Pengertian ini berdampak luas, sehingga memunculkan interpretasi bahwa larangan persekongkolan ini tidak hanya bersifat horizontal (antar para penawar) namun juga vertikal (antara panitia dan para penawar).

Dalam menyikapi pasal tersebut, KPPU mengeluarkan peraturan yang menyebutkan bahwa persekongkolan tender dapat terjadi melalui kesepakatan baik tertulis maupun tidak tertulis, yang terjadi baik antara sesama pelaku usaha, antara pemilik pekerjaan maupun antara kedua pihak tersebut. Tujuan persekongkolan ini adalah untuk membatasi pesaing yang potensial untuk berusaha (masuk) dalam pasar bersangkutan dengan cara menentukan pemenang tender. Persekongkolan ini dapat dilakukan di setiap tahapan proses tender mulai dari perencanaan, pembuatan persyaratan oleh pelaksana atau panitia tender, penyesuaian dokumen tender antara

⁸ Manajemen Pengadaan Barang dan Jasa berdasarkan SK 051 Revisi mendefinisikan *Contractor Safety Management System* (CSMS) adalah sistem pengelolaan aspek keselamatan, kesehatan kerja dan lingkungan lingkungan (K3LL/HSE) untuk kontraktor dalam pelaksanaan pekerjaannya.

⁹ NN, “Bangun Sinergi BUMN Melalui Obrolan Pagi”, <http://www.bisnis-jatim.com/index.php/2012/10/02/bangun-sinergi-bumn-melalui-obrolan-pagi/>, diakses 24 November 2012.

¹⁰ A. M. Tri Anggraini, 2003, *Undang Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Per se Illegal dan Rule of Reason*, Pusat Studi Hukum Ekonomi (PSHE), FH UI, Depok, hlm. 300.

peserta tender hingga pengumuman tender.¹¹

Berdasarkan Penjelasan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, tender merupakan tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang atau menyediakan jasa. Pengertian tender ini mencakup tawaran mengajukan harga untuk: a) memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan; b) mengadakan barang dan atau jasa; c) membeli suatu barang dan atau jasa; d) menjual suatu barang dan atau jasa. Adapun definisi ini mencakup tender yang dilakukan melalui: a) tender terbuka; b) tender terbatas; c) pelelangan umum; d) pelelangan terbatas; d) penunjukan langsung; e) pemilihan langsung.

Terdapat 3 (tiga) jenis persekongkolan tender, yaitu:¹²

- (a) Persekongkolan tender secara horizontal
Persekongkolan ini terjadi antara pelaku usaha dengan sesama pelaku usaha dengan cara menciptakan persaingan semu dinatara peserta tender.
- (b) Persekongkolan secara vertikal
Persekongkolan ini terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha dengan panitia tender atau pemilik atau pemberi pekerjaan.
- (c) Persekongkolan vertikal dan horizontal
Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau pemilik pekerjaan dengan pelaku usaha yang melibatkan dua atau tiga pihak terkait proses tender. Bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender pemberi pekerjaan, maupun pelaku usaha melakukan proses tender hanya secara administratif dan tertutup.

Penunjukan langsung di atas dikategorikan sebagai bentuk persekongkolan vertikal, artinya

persekongkolan yang difasilitasi oleh panitia/pelaksana tender untuk memenangkan salah satu peserta tender tanpa melalui prosedur standar yang harus dilakukan berdasarkan prinsip persaingan usaha yang sehat. Dari putusan perkara tentang persekongkolan tender yang telah diputus KPPU, sebagian besar terbukti bahwa persekongkolan horizontal menjadi semakin efektif dengan adanya persekongkolan vertikal. Apabila penyelenggaraan tender menggunakan anggaran APBN/APBD, biasanya panitia yang memfasilitasi pemenang akan direkomendasikan ke atasannya agar mendapat sanksi administratif. Sedangkan dalam hal terdapat persekongkolan vertikal dilakukan panitia tender dari kalangan pelaku usaha, baik BUMN/BUMD dan pelaku usaha swasta lainnya, maka KPPU akan menjatuhkan sanksi administratif berdasarkan Pasal 47 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Berkaitan dengan terdapat penunjukan langsung atau tindakan diskriminatif dalam tender yang dilakukan panitia terhadap pemenang tender, beberapa kali KPPU menjatuhkan denda terhadap panitia berdasarkan larangan pada Pasal 19 huruf (d) UU Nomor 5 Tahun 1999, yang menyatakan "Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu." Putusan-putusan tersebut antara lain melibatkan beberapa BUMN yang melakukan penunjukan langsung di bidang pengadaan barang/jasa, seperti PT Pertamina menunjuk langsung Landor untuk membuat logo baru Pertamina,¹³ serta PT PLN (Pusat) dan Disjaya menunjuk langsung PT Netway Utama di bidang pengadaan CIS RISI.¹⁴

¹¹ Peraturan Komisi Persaingan Usaha No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Undang Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

¹² *Ibid.*

¹³ Putusan KPPU Perkara Nomor 02/KPPU-L/2006 tentang Penunjukan Langsung dalam Proyek Logo Baru Pertamina, tanggal 13 September 2006.

¹⁴ Putusan Perkara Nomor 03/KPPU-L/2006 tentang Penunjukan Langsung dalam Proyek CIS-RISI PLN, tanggal 27 September 2006.

Ruang lingkup larangan kegiatan yang diatur oleh Pasal 19 huruf d mencakup praktek diskriminasi yang dilakukan secara sendiri oleh pelaku usaha maupun kegiatan yang dilakukan secara bersama-sama dengan pelaku usaha lain. Praktek diskriminasi sendiri adalah kegiatan menghambat atau bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat. Tindakan yang menghambat atau bertentangan dengan persaingan usaha tidak sehat berdasarkan Pasal 19 huruf d tersebut dapat berupa diskriminasi harga maupun non harga. Pasal 19 huruf d erat kaitannya dengan Pasal 22 yang melarang persekongkolan, khususnya tindakan penunjukan langsung. Kedua pasal ini dampaknya sama, yakni terjadinya hambatan masuk (*entry barrier*) namun aspek yang dilarang berbeda. Pasal 22 melarang kegiatan persekongkolannya, sedangkan Pasal 19 huruf d melarang diskriminasi yang diakibatkan persekongkolan tersebut. Pasal 19 huruf d diperlukan untuk menjerat praktek diskriminasi yang tidak disebabkan oleh persekongkolan.¹⁵

Analisis dari aspek formal atas SK-051 adalah, bahwa Surat Keputusan tersebut dibentuk oleh Direktur PT Pertamina. PT Pertamina (Persero) merupakan salah satu BUMN yang mengelola sebagian kekayaan negara di bidang migas. BUMN yang seluruh atau sebagian besar modalnya berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan merupakan salah satu pelaku ekonomi dalam sistem perekonomian nasional.¹⁶ Status badan hukum Pertamina yang kini berubah menjadi perusahaan persero membawa dampak pada kedudukan PT Pertamina sebagai pelaku usaha. Status BUMN ini ditinjau dari dua undang-undang yang berbeda akan menimbulkan kontradiksi yaitu antara UU Nomor 19 Tahun

2003 tentang BUMN dengan UU Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU Nomor 17 Tahun 2003).

UU Nomor 17 Tahun 2003 mengatur bahwa keuangan negara adalah semua hak dan kewajiban negara yang dapat dinilai dengan uang, serta segala sesuatu baik berupa uang maupun berupa barang yang dapat dijadikan milik negara yang salah satunya meliputi kekayaan negara/daerah yang dikelola sendiri atau oleh pihak lain berupa uang, surat berharga, piutang, barang, serta hak-hak lain yang dapat dinilai dengan uang, termasuk kekayaan yang dipisahkan pada perusahaan negara/daerah.¹⁷ Jadi berdasarkan UU Nomor 17 Tahun 2003, kekayaan yang dipisahkan pada perusahaan negara (BUMN) termasuk sebagai kategori kekayaan negara.

Sementara itu konsep pemisahan kekayaan lahir dari doktrin atau asas hukum yang terkait dengan pengertian badan hukum. Berdasarkan doktrin syarat-syarat atau ciri khas yang menentukan adanya kedudukan sebagai sebuah badan hukum ialah:¹⁸

1. Adanya harta kekayaan yang terpisah. Harta badan hukum didapati dari pemasukan para anggota atau dari suatu perbuatan pemisahan dari seseorang yang diberi tujuan tertentu yang sengaja diadakan dan diperlakukan sebagai alat untuk mengejar suatu tujuan tertentu dalam hubungan hukumnya. Oleh karena itu badan hukum mempunyai pertanggungjawaban tersendiri. Perbuatan hukum pribadi anggotanya dengan pihak ketiga tidak mempunyai akibat-akibat hukum terhadap harta kekayaan yang terpisah itu.

¹⁵ Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 3 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 19 huruf d (Praktek Diskriminasi) UU Nomor 5 Tahun 1999 Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

¹⁶ Said Didu (Sekretaris Kementerian Negara BUMN), "Implikasi Berlakunya Ketentuan Keuangan Negara terhadap Pengelolaan Aset Badan Usaha Milik Negara (BUMN): Optimalisasi Peran BUMN dalam Menunjang Perkembangan Perekonomian Indonesia", *Makalah*, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Jakarta, 5 Juli 2007.

¹⁷ Pasal 1 angka (5) Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003, "Perusahaan negara adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian modalnya dimiliki oleh pemerintah pusat sedangkan Perusahaan Daerah adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian modalnya dimiliki oleh Pemerintah Daerah".

¹⁸ *Ibid.*

2. Mempunyai kepentingan sendiri. Kepentingan badan hukum untuk mengelola kekayaannya sendiri merupakan hak-hak subyektif yang timbul dari peristiwa-peristiwa hukum, oleh karenanya kepentingan tersebut dilindungi oleh hukum. Karena badan hukum mempunyai kepentingan sendiri, ia dapat menuntut dan mempertahankannya terhadap pihak ketiga dalam pergaulan hukum.
3. Adanya organisasi yang teratur. Badan hukum merupakan bentuk/konstruksi hukum yang diterima sebagai *persoon* disamping manusia merupakan suatu kesatuan sendiri yang hanya dapat bertindak hukum dengan organnya. Anggaran Dasar, peraturan atau keputusan rapat anggota tidak lain adalah suatu pembagian tugas untuk mengatur sampai dimana organ yang terdiri dari manusia-manusia dapat bertindak hukum sebagai perwakilan dari badan hukum dan dengan jalan bagaimana manusia-manusia yang duduk dalam organ terpilih, diganti dengan sebagainya.

kekayaan negara yang terpisahkan yang merupakan ciri kedudukan mandiri BUMN dalam konteks apabila tindakan suatu kelompok mendatangkan keuntungan atau hak maka dianggap sebagai keuntungan dan hak kelompok. Demikian pula apabila mendatangkan kerugian atau utang yang menjadi beban kelompok. Konsep pemisahan kekayaan negara inilah yang dianut oleh UU Nomor 19 Tahun 2003 sehingga kekayaan BUMN bukanlah dianggap sebagai kekayaan negara.

Ketentuan tentang pelaku usaha juga diatur dalam Pasal 1 angka (5) UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa pelaku usaha adalah orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.¹⁹ Berdasarkan definisi ini maka Pertamina selaku BUMN juga termasuk dalam kategori pelaku usaha sehingga ketentuan tentang UU Nomor 5 Tahun 1999 ini juga berlaku terhadapnya.

Terkait dengan aspek formal, apakah SK-051 yang mendasarkan pada Peraturan Menteri Negara BUMN Nomor Per-05/MBU/2008 (yang diubah oleh Permen Nomor 15 Tahun 2012) termasuk kategori “pengecualian” dalam perspektif UU Nomor 5 Tahun 1999. Pengecualian terkait aspek yuridis formal dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 diatur dalam Pasal 50 huruf (a) dan Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999.²⁰ Ditinjau dari dasar hukum dibentuknya SK-051 adalah:²¹

1. UU Nomor 18 Tahun 1999 tanggal 7 Mei 1999 tentang Jasa Konstruksi;
2. PP Nomor 29 Tahun 2000 tanggal 30 Mei 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi;
3. Peraturan Menteri Negara BUMN Nomor Per-05/MBU/2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa BUMN (yang diubah oleh Permen 015/2012).

Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 huruf (a) UU Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa setidaknya terdapat dua alasan yang mendasari pengecualian pemberlakuan UU Nomor 5 Tahun

¹⁹ Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 33 Tahun 1999, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3817).

²⁰ Pasal 50 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menyatakan, bahwa “[...] yang dikecualikan dari ketentuan undang-undang ini adalah a. perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, [...]”. Pasal 51 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menyatakan, bahwa “Monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah”.

²¹ Surat Keputusan Direksi PT Pertamina (Persero) No.Kpts-51/C00000/2010-S0 tentang Pengadaan Barang/Jasa Terkait Penyedia Barang/Jasa di Lingkungan Pertamina.

1999, yakni alasan hukum dan alasan ekonomi. **Pertama**, alasan hukum, mengenai alasan hukum ini dimaksudkan bahwa terhadap pelaku usaha yang melakukan kegiatan yang sama, atau yang dapat disamakan, akan mendapat perlakuan yang sama menurut prinsip dan standar hukum persaingan usaha yang berlaku, antara lain adalah memberikan jaminan adanya keadilan (*fairness*), kesamaan kesempatan (*equality*), dan perlakuan yang sama atau non diskriminasi. Pendekatan berdasarkan alasan hukum diharapkan dapat menjamin konsistensi dalam penafsiran dan penerapan hukum, serta meningkatkan transparansi, akuntabilitas, dan kepercayaan terhadap institusi penegak hukum yang bertanggung jawab dalam mengimplementasikan hukum persaingan usaha. Di samping itu, pendekatan tersebut juga akan mendorong proses penegakan hukum (*due process of law*) dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²²

Kedua, alasan ekonomi, mengenai alasan ekonomi ini dapat dikemukakan bahwa pengecualian penerapan hukum persaingan usaha di suatu sektor dapat memicu distorsi yang berdampak pada efisiensi ekonomi di sektor lain. Namun di sisi lain, pengecualian penerapan hukum persaingan usaha dapat dan perlu dilakukan oleh negara untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat pada umumnya. Bagi Negara Republik Indonesia, pengecualian tersebut secara tegas diatur dalam Pasal 33 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi sebagai berikut:²³

- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-

besarnya kemakmuran rakyat.

- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Pelaksanaan ketentuan Pasal 33 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) tersebut tidak hanya diatur dalam UU Nomor 5 Tahun 1999, tetapi juga diatur dalam berbagai undang-undang sektoral. Berdasarkan kenyataan tersebut, penetapan kebijakan adanya ketentuan pengecualian (dalam Pasal 50 huruf a) dimaksudkan agar tidak terjadi saling kontradiksi kebijakan yang diatur dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 dan yang diatur dalam Undang-Undang sektoral tersebut.

Pedoman Pasal 50 huruf a UU Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa dalam hal terdapat peraturan perundang-undangan yang tidak secara langsung diamanatkan sebagai peraturan pelaksana dari suatu Undang-Undang, maka peraturan tersebut tidak dapat mengesampingkan UU Nomor 5 Tahun 1999. Dengan demikian, apabila materi peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tersebut bertentangan dengan UU Nomor 5 Tahun 1999 maka tidak dapat diterjemahkan sebagai pengecualian sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf a UU Nomor 5 Tahun 1999.²⁴

Sebaliknya, walaupun peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar bagi pelaku usaha untuk melakukan perbuatan dan atau perjanjian misalnya dituangkan dalam bentuk Peraturan Menteri, tetapi jika Peraturan Menteri tersebut ditetapkan atas delegasi langsung dari Undang-Undang, maka perbuatan dan atau perjanjian tersebut walaupun akibatnya tidak sejalan dengan ketentuan UU Nomor 5 Tahun 1999, pelaku

²² Peraturan KPPU Nomor 5 Tahun 2009 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

²³ Pasal 33 ayat (2), (3), dan (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

²⁴ Pedoman pelaksanaan Pasal 50 huruf a) UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm. 15.

usaha yang bersangkutan tidak dapat dikenakan sanksi hukum. Hal tersebut karena tindakan hukum pelaku usaha adalah untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Jadi, hal tersebut termasuk dalam kategori pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf a.²⁵

Pengertian Peraturan Perundang-undangan harus mengacu pada UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 2 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-undangan diartikan sebagai Peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga Negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Selanjutnya, berdasarkan Pasal 7 ayat (1) ditentukan bahwa jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan mencakup:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;
- e. Peraturan Daerah Propinsi;
- f. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Selanjutnya Pasal 8 Undang-Undang *a quo* menyatakan:

- 1) Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas **perintah undang-undang**, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/ Wali-

- kota, Kepala Desa atau yang setingkat;
- 2) Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang **diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi** atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Frasa “bertujuan melaksanakan” dapat diartikan bahwa pelaku usaha melakukan sesuatu tindakan **bukan atas otoritas sendiri** tetapi berdasarkan perintah dan kewenangan yang secara tegas diatur dalam Undang-Undang atau dalam peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari Undang-Undang. Dengan demikian “perbuatan dan atau perjanjian” yang dikecualikan dalam ketentuan Pasal 50 huruf a, adalah perbuatan dan atau perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha karena berdasarkan **perintah dan kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang atau oleh peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang**.

Melaksanakan peraturan perundang-undangan tidak dapat ditafsirkan sama dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan. “Melaksanakan” selalu dikaitkan dengan kewenangan yang secara tegas diberikan pada subyek hukum tertentu oleh Undang-Undang (peraturan perundang-undangan) sedangkan “berdasarkan” tidak terkait dengan pemberian kewenangan, tetapi semata-mata hanya **menunjukkan untuk suatu hal tertentu diatur dasar hukumnya**.

Peraturan Menteri BUMN Nomor 15 Tahun 2012 yang menjadi acuan SK-051 bukanlah peraturan yang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Peraturan yang lebih tinggi tersebut seperti PP Nomor 41 Tahun 2003 dan PP Nomor 45 Tahun 2005 yang menjadi acuan Peraturan Menteri BUMN Nomor 15 Tahun 2012, maupun UU Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi dan PP Nomor 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi

²⁵ *Ibid.*

yang menjadi dasar acuan SK-051. Beberapa undang-undang maupun peraturan perundang-undangan yang menjadi acuan tidak menyebutkan secara eksplisit tentang pemberian kewenangan yang tidak didasarkan pada prinsip persaingan usaha yang sehat. Namun sebaliknya, kementerian (BUMN) selaku pengawas dan regulator dari BUMN seharusnya melakukan upaya optimalisasi kinerja BUMN baik melalui regulasi maupun pengawasan eksternal, sehingga terwujud efisiensi dan peningkatan daya saing usaha diantara para pelaku bisnis lainnya.

Terkait dengan sinergi BUMN sebagaimana diatur dalam Surat Edaran BUMN Nomor SE-03/MBU.S/2009, beberapa proyek pekerjaan di lingkungan Pertamina telah menerapkan prinsip sinergi dengan anak perusahaan. Salah satunya adalah proyek pengadaan tenaga kerja jasa keamanan (*security*) di lingkungan Pertamina seluruh Indonesia. Pertamina menunjuk secara langsung anak perusahaannya yaitu Pertamina *Training and Consulting* (PTC). Dasar penunjukan langsung ini adalah bahwa:

1. Pertamina memiliki 91% saham di PTC;
2. Surat Edaran Menteri BUMN terkait dengan pengadaan jasa pengamanan yang dilakukan.

Ketentuan tersebut memberi peluang PT Pertamina untuk mengalihkan proyek pengadaan jasa keamanan di lingkungannya pada anak perusahaannya. Peraturan tersebut mengacu pada khususnya Pasal 9 tentang syarat dan ketentuan tentang pekerjaan yang dapat dilakukan dengan metode penunjukan langsung, yaitu salah satunya adalah penyedia barang dan jasa adalah anak perusahaan BUMN. Adapun pengertian anak perusahaan adalah perusahaan yang sahamnya minimum dimiliki oleh BUMN yang bersangkutan sebanyak 90%.

Penunjukan langsung yang dilakukan oleh Pertamina kepada PTC memang sesuai Permen

BUMN tersebut, namun apabila dilihat dari dimensi persaingan usaha, penunjukan langsung ini dapat menciptakan *unfairness* dan bertentangan dengan prinsip-prinsip persaingan usaha sehat, seperti diskriminatif dan larangan *barrier to entry*, bahkan dapat menjurus mematikan pesaing di pasar bersangkutan.²⁶

Apabila konsep dan penjabaran metode sinergi BUMN terus dipertahankan, akan membawa dampak baik internal maupun eksternal. Secara internal dapat berakibat menurunnya kinerja BUMN itu sendiri, karena BUMN tidak perlu melakukan usaha keras guna mencapai produktivitas secara optimal. Selain itu, secara eksternal dapat menghambat masuk (*barrier to entry*) di bidang usaha sejenis bagi pelaku usaha lainnya, dimana hal ini bertentangan dengan salah satu tujuan UU Nomor 5 Tahun 1999 yakni “memberi kesempatan yang sama kepada setiap warga negara atau pelaku usaha untuk menjalankan kegiatan usaha” serta “menciptakan iklim usaha yang sehat, kondusif dan kompetitif”.²⁷

Ketentuan pengecualian bagi BUMN diatur pula dalam Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan:

Monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara diatur dengan Undang-undang dan diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah.

Ketentuan ini memberi pengertian bahwa monopoli atas suatu barang atau pemasarannya masih diperbolehkan jika diatur melalui suatu Undang-Undang.²⁸ Pada prinsipnya Pasal 51 UU 5 Tahun 1999 membenarkan BUMN untuk menguasai sektor strategis sebagai monopoli alamiah yang dihormati sepanjang tidak menyalahgunakannya. Hal serupa dilakukan bilamana

²⁶ Lihat Pedoman Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

²⁷ Hermansyah, 2008, *Pokok Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 15.

²⁸ Udin Silalahi, “Tender Ulang PLTGU Cilegon”, *Koran Tempo*, 9 Maret 2004.

undang-undang atau pemerintah mengeluarkan batas atas harga produk atau bahkan pengaturan sektor tertutup pada pemilikan asing, KPPU selalu menghormatinya sepanjang diatur secara konsisten. Jika hal ini terjadi justru KPPU yang akan menjamin adanya persaingan sehat antar pelaku usaha domestik tanpa diskriminasi. Jadi, persaingan yang diperjuangkan KPPU bukan persaingan liberal tapi persaingan sehat sebagai jati-diri bangsa Indonesia, dimana terkandung stimulan untuk bersaing menuju struktur usaha yang tidak monopolistik.²⁹

Berkaitan dengan sistem pengadaan barang/jasa di lingkungan BUMN, maka sistem pengadaan barang/jasa di lingkungan BUMN tidak masuk kategori sebagai yang dikecualikan berdasar Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999. Hal ini disebabkan bahwa pengadaan barang/jasa bukan termasuk bidang industri strategis yang memerlukan Undang-undang sebagai dasar pengaturan, misalnya bidang pertambangan, sumber daya air, ketenagalistrikan, angkutan umum, perkebunan, kepelabuhanan, telekomunikasi, dan sebagainya.

C. Penutup

Sistem pengadaan barang dan jasa di lingkungan BUMN dengan cara penunjukan langsung kepada pihak terafiliasi dan/atau anak perusahaan bertentangan dengan prinsip persaingan usaha sehat. Hal ini mengingat bahwa pengadaan barang/jasa merupakan sebuah pasar yang seharusnya dikompetisikan guna mendapatkan barang/jasa yang kompetitif dan efisien dari sisi harga maupun kualitas. Pengaturan tentang sistem pengadaan barang/jasa berikut larangannya diatur dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 beserta pedoman pelaksanaannya, yang pada hakikatnya menganggap penunjukan langsung merupakan salah satu bentuk persekongkolan vertikal, yakni berupa fasilitasi/pengaturan oleh panitia/penyelenggara tender

terhadap salah satu peserta untuk menjadi pemenang tender. Praktik penunjukan langsung dalam beberapa putusan perkara di KPPU dapat dikategorikan sebagai pelanggaran Pasal 19 huruf d tindakan diskriminatif. Beberapa putusan KPPU yang menerapkan Pasal 19 huruf d UU Nomor 5 Tahun 1999 untuk tindakan penunjukan langsung bahkan sudah dikuatkan di tingkat pengadilan dan telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht*).

Dari aspek yuridis bentuk Permen BUMN Nomor 15 Tahun 2012 yang memberi peluang BUMN melakukan sinergi dengan cara penunjukan langsung bukanlah merupakan kewenangan (Menteri) yang diminta langsung oleh UU atau peraturan perundang-undangan. Tidak ada satupun undang-undang maupun peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dari Permen BUMN Nomor 15 Tahun 2012 yang memberikan amanat/delegasi langsung pada Menteri BUMN untuk menerbitkan peraturan di bidang pengadaan barang/jasa. Oleh karena itu, meskipun bentuk regulasinya adalah Peraturan, namun regulasi ini bukan termasuk yang dikecualikan dari Pasal 50 huruf a UU Nomor 5 Tahun 1999, sehingga diperlukan peninjauan kembali eksistensinya, karena pada hakekatnya sistem penunjukan langsung bertentangan dengan prinsip persaingan usaha sehat. Penunjukan langsung juga tidak dapat dikategorikan ke dalam pengecualian berdasarkan Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999, karena sistem pengadaan barang/jasa bukan merupakan bidang usaha strategis yang memerlukan sebuah pengaturan khusus dalam bentuk undang-undang. Namun tidak tertutup kemungkinan apabila masyarakat luas memandang perlunya sistem pengadaan barang/jasa dalam bentuk undang-undang seperti halnya di Jepang dengan Undang-Undang Sub Kontrak, maka pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat mulai menciptakannya, guna menghasilkan sistem pengadaan yang didasarkan prinsip persaingan usaha sehat.

²⁹ A. Junaidi, "Menguji Kebenaran Hukum Persaingan dan KPPU", <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol23174/menguji-kebenaran-hukum-persaingan-dan-kppu>, diakses 2 Desember 2012.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Anggraini, A. M. Tri, 2003, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Perse Illegal dan Rule of Reason*, Pusat Studi Hukum Ekonomi (PSHE), FH UI, Depok.

Hermansyah, 2008, *Pokok Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Kencana Prenada Media Group, Jakarta.

B. Makalah/Pidato

Didu, Said, "Implikasi berlakunya Ketentuan Keuangan Negara terhadap Pengelolaan Aset Badan Usaha Milik Negara (BUMN): Optimalisasi Peran BUMN dalam Menunjang Perkembangan Perekonomian Indonesia", *Makalah*, Seminar Nasional, Jakarta, 5 Juli 2007.

C. Internet

Junaidi, Ahmad, "Menguji Kebenaran Hukum Persaingan dan KPPU", <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol23174/menguji-kebenaran-hukum-persaingan-dan-kppu>, diakses 2 Desember 2012.

NN, "Bangun Sinergi BUMN Melalui Obrolan Pagi", <http://www.bisnis-jatim.com/index.php/2012/10/02/bangun-sinergi-bumn-melalui-obrolan-pagi/>, diakses 24 November 2012.

Silalahi, Udin, "Tender Ulang PLTGU Cilegon", *Koran Tempo*, 9 Maret 2004, <http://www.csis.or.id/Publications-OpinionsDetail.php?id=133>, diakses 1 Desember 2012.

D. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3817).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang

Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 82 Tahun 2011, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 3 Tahun 2009 tentang Pedoman Pasal 1 angka 10 UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 5 Tahun 2009 Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Peraturan Komisi Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 3 Tahun 2010 Pedoman Pelaksanaan Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 3 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 19 huruf d (Praktik Diskriminasi) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Peraturan Menteri Negara BUMN Nomor 05/MBU/2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Badan Usaha Milik Negara.

Peraturan Menteri BUMN Nomor 15 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara Nomor 05/MBU/2008 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Badan Usaha Milik Negara.

Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang

Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
Pedoman Nomor A-001/I10100/2008-S0 yang dibuat berdasarkan SK Nomor 075/C00000/2008-S0 (SK 075) perihal Tata Cara Pengadaan Barang dan Jasa di Lingkungan Pertamina.
Surat Edaran Menteri BUMN No.SE-03/MBU.S/2009 tanggal 15 Desember 2009.
Surat Keputusan Direksi PT Pertamina (Persero)

No.Kpts-51/C00000/2010-S0 tentang Pengadaan Barang/Jasa Terkait Penyedia Barang/Jasa di Lingkungan Pertamina.

E. Putusan

Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Perkara Nomor 02/KPPU-L/2006 tentang Penunjukan Langsung dalam Proyek Logo Baru Pertamina, tanggal 13 September 2006.
Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Perkara Nomor 03/KPPU-L/2006 tentang Penunjukan Langsung dalam Proyek CIS-RISI PLN, tanggal 27 September 2006.