



**ANALISIS YURIDIS TERHADAP KERJASAMA PEMBANGUNAN INFRASTRUKTUR  
MELALUI POLA *PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP* (PPP)**

**Eric Tanaka  
Bismar Nasution, Suhaidi, Mahmud Siregar**

[erictanaka@gmail.com](mailto:erictanaka@gmail.com)

**Abstract**

The Indonesia Government can only meet 30% of infrastructure development fund that is needed, which are around 1.433 Trillion Rupiah from 4.796 Trillion Rupiah. Which means, there is a shortage of funding which the Indonesia Government is targeting around 36% of its infrastructure development fund us expected to be achieved by using of the one of the alternative funding sources and that is Public Private Partnership (PPP) which can be done which a private business entities in the country or foreign, state-owned enterprises or even union. PPP is not only expected to meet the shortage of funds, but it is also expected to provide knowledge and experience in development, operation, and management of the adequate infrastructure. However, in practice, PPP still encounters many hindrance. The technocratic work of PPP has not been fully able of penetrating the national infrastructure market and industry, and has not effectively overcome the hindrance in terms of regulation, institution and financing. This theses uses descriptive normative legal research, which prioritized primary data in the form of primary, secondary, and tertiary legal materials. This study refers to the main legal material by examining the theorises, concepts, legal principles, and legislation related to this research. The result show that law construction of PPP in Indonesia is generally regulated in Presidential Regulation 38/2015 concerning Government Cooperation with Business Entitites in Provision of Infrastructure in which regulate the types of infrastructure that are allowed to be built through the PPP. Generally, PPP financing scheme in Indonesia uses BOT concession contracts, which Government is obliged to provide land that are needed for infrastructure development and private parties who will spend funds to build the infrastructure. In case of dispute in the PPP agreement, the dispute resolution process will be conducted through mediation, conciliation, and arbitration.

Keyword: *Public Private Partnership (PPP), Build Operate Transfer (BOT)*.

**PENDAHULUAN**

**Latar Belakang**

Indonesia saat ini sedang gencar dalam melakukan pembangunan berskala nasional terutama dibidang infrastruktur di dalam negeri dengan tujuan untuk mempercepat pertumbuhan ekonomi. Infrastuktur seperti jalan raya, listrik, pelabuhan, irigasi, dan transportasi massal ini sangat diperlukan untuk mendorong pertumbuhan ekonomi. Namun demikian, pembangunan proyek infrastruktur tersebut membutuhkan biaya yang sangat besar. Sementara itu, kemampuan pemerintah Indonesia untuk mendanai pembangunan infrastruktur dengan menggunakan dana publik yang berasal dari anggaran negara sangat terbatas. Pemerintah Indonesia sadar akan pentingnya campur tangan pihak swasta dalam mempercepat pembangunan infrastruktur di Indonesia, hal ini disebabkan terbatasnya dana yang dimiliki oleh pemerintah untuk membangun infrastruktur yang diperlukan.

Badan Perencanaan dan Pembangunan Nasional (yang selanjutnya disebut Bappenas) memperkirakan untuk mencapai target-target pembangunan infrastruktur yang ditetapkan dalam RPJM Nasional tahun 2015-2019, Pemerintah Indonesia hanya mampu memenuhi 30% dari dana pembangunan infrastruktur yang diperlukan yaitu sekitar Rp. 1,433 triliun dari Rp. 4,796 triliun. Dengan demikian, ada terdapat kekurangan pendanaan yang dimana Pemerintah Indonesia menargetkan 36% dari dana pembangunan infrastruktur pemenuhannya diharapkan dapat dicapai dengan menggunakan salah satu sumber pendanaan alternatif yaitu Kerjasama Pemerintah Swasta (yang selanjutnya disebut KPS) atau *Public Private Partnership* (yang selanjutnya disebut PPP) yang dapat dilakukan dengan badan usaha swasta dalam negeri maupun asing, BUMN/BUMD, ataupun koperasi. KPS tidak hanya diharapkan untuk memenuhi kekurangan dana tersebut, melainkan KPS juga

diharapkan dapat memberikan pengetahuan dan pengalaman dalam pembangunan, operasional, dan manajemen infrastruktur yang memadai.<sup>1</sup>

Determinasi politik dari pemerintah untuk menggandeng investor swasta dalam pembangunan infrastruktur telah terbukti melalui penyelenggaraan *Infrastructure Summit I* dan *II* yang disambut dengan antusias oleh para investor baik nasional maupun global. Bappenas sebagai lembaga perencana pembangunan nasional juga telah menyusun *PPP Book* agar semakin menghidupkan radar investor swasta tentang potensi investasi infrastruktur nasional. Belanja infrastruktur pemerintah pun perlahan semakin ditingkatkan. Namun demikian, dalam pelaksanaannya KPS masih sering menemui hambatan. Pekerjaan teknokratik dari KPS belum sepenuhnya mampu menembus pasar dan industri infrastruktur nasional serta belum efektif mengatasi hambatan dari segi regulasi, kelembagaan, dan pembiayaan. Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur (KKPPI)<sup>2</sup>, sebagai "*Champion at The Top*" dengan KPS *Center Unit*-nya juga belum produktif dalam mempercepat penyediaan Infrastruktur dengan skema KPS ini.<sup>3</sup>

Salah satu akibat dari masalah pembiayaan di dalam KPS adalah kredit macet. Masalah pembiayaan di dalam KPS disebabkan oleh tidak matangnya perhitungan yang dilakukan pada awal pelaksanaan proyek. Masalah inilah yang sedang dihadapi pemerintah Indonesia saat ini sebagai contoh pembangunan rel kereta ringan Jakarta-Bogor dikerjakan sebelum jelas skema pembiayaannya, pembangunan jalan tol Sumatera berlangsung sebelum perhitungan ekonominya tuntas yang mengakibatkan pelaksanaan proyek ini kembang-kembris. Agar kredit bermasalah tidak terus meningkat, pemerintah perlu lebih bersikap realistis. Ambisi menciptakan pertumbuhan ekonomi baru dengan berbagai proyek infrastruktur seharusnya didukung dengan perhitungan yang rasional.<sup>4</sup>

Pelaksanaan KPS pada umumnya dilakukan dengan menggunakan kontrak konsesi. Yang dimana kontrak konsesi adalah suatu bentuk kemitraan pemerintah dengan swasta yang sudah sangat lama, dan didalamnya berbagai pengaturan didasarkan pada konsep konsesi yang jangkanya sudah ditetapkan. Dengan menggunakan berbagai kombinasi sumber daya yang dihasilkan sektor swasta untuk merancang, membangun, membiayai, merenovasi, mengoperasikan dan memelihara fasilitas yang dibangun. Pada konsesi, kepemilikan fasilitas dapat tetap berada di tangan pemerintah atau dipindahkan ke pemerintah pada saat penyelesaian konstruksi atau pada akhir masa konsesi yang diperjanjikan.<sup>5</sup>

Kontrak konsesi selalu memerlukan hukum yang khusus terkait dengan suatu proyek, atau memerlukan kerangka hukum terkait konsesi secara umum, untuk memperkenankan perusahaan-perusahaan swasta membayar atau mengumpulkan pendapatan dari para pengguna, dalam rangka menyediakan jasa layanan publik. Di beberapa negara, khususnya negara-negara *common-law* (yaitu dimana sistem hukumnya berasal dari Inggris) KPS model kontrak inisiatif pembiayaan swasta diperlakukan sebagai variasi pengadaan Pemerintah, untuk mana tidak ada pengaturan hukum yang khusus yang dibutuhkan. Di lain pihak, terutama di negara-negara *civil-law* (yaitu dimana sistem hukumnya berasal dari kitab undang-undang hukum Perancis), hukum-hukum KPS yang khusus diperlukan untuk suatu kerangka kontrak tipe ini, hal yang sama juga pada hukum-hukum konsesi. Negara-negara *civil-law* juga sering memiliki kerangka-kerangka hukum yang terpisah dan pengadilan-pengadilan untuk hukum administrasi publik, termasuk KPS.<sup>6</sup>

KPS merupakan kemitraan yang dijalin pemerintah dengan pihak swasta dalam bentuk kontrak kerjasama maka itu timbullah sebuah hubungan hukum antara dua pihak. Hal yang diperjanjikan dalam kontrak tersebut bersifat privat yang mengikat keduanya secara khusus sesuai dengan apa yang diperjanjikan. Sepanjang kontrak tersebut tidak bertentangan dengan syarat sahnya perjanjian maka kontrak itu sah menurut hukum. Di dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata disebutkan bahwa "Suatu perjanjian yang dibuat sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya". Ketentuan ini menyatakan bahwa perjanjian antara kedua belah pihak bersifat privat. Namun di sisi lain, kerjasama pemerintah swasta juga menyangkut kepentingan umum yang melibatkan pemerintah negara sebagai penyelenggara negara yang menggunakan fasilitas negara.

<sup>1</sup>PPP Book 2015, [http://pkps.bappenas.go.id/attachments/article/1302/PPP%20Book %202015.pdf](http://pkps.bappenas.go.id/attachments/article/1302/PPP%20Book%202015.pdf) hlm.3. (diakses pada tanggal 12 Februari 2017)

<sup>2</sup> Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur Prioritas (KKPPI) dibentuk dengan tujuan utama sebagai unit koordinasi dalam pengambilan keputusan untuk mendorong penyelesaian masalah yang muncul akibat kurang efektifnya koordinasi beragam pemangku kepentingan tersebut.

<sup>3</sup> *Indonesia Infrastructure Initiative* (IndII), *Background Paper Renstra Perhubungan 2015-2019, Australia Aid (AusAid)*, 2014

<sup>4</sup> Dikutip dari Majalah Tempo, *Awas Kredit Macet* Edisi 27 Maret- 2 April 2017. hlm.27.

<sup>5</sup> Darrin Grimsey & Mervyn K.Lewis, *Public Private Partnership The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, 2004, hlm.xi.

<sup>6</sup> E. R. Yescombe, *Public-Private Partnership Principals of Policy and Finances* (London: Yescombe Consulting Ltd, 2007), hlm.31.

Ensensi hukum publik juga diperlukan dalam mengakomodir dan memberikan perlindungan hukum bagi kedua belah pihak. Hal ini yang menyebabkan di dalam KPS terkandung hubungan hukum yang merupakan perpaduan antara prinsip-prinsip hukum privat dan prinsip hukum publik.

### Permasalahan

Berdasarkan uraian singkat latar belakang di atas, maka dapat dirumuskan beberapa permasalahan hukum mengenai KPS di Indonesia sebagai berikut:

1. Bagaimana hukum di Indonesia mengkonstruksikan KPS (*PPP*) dalam pembangunan infrastruktur?
2. Bagaimana pola pembiayaan dalam kerjasama pembangunan infrastruktur melalui pola KPS (*PPP*)?
3. Bagaimana perlindungan hukum terhadap pemerintah dan pihak swasta dalam kerjasama pembangunan infrastruktur melalui pola KPS (*PPP*)?

### Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan yang telah diuraikan diatas, maka dapat dirumuskan beberapa tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui dan menganalisa konstruksi hukum di Indonesia mengenai hubungan kerjasama pembangunan infrastruktur melalui metode yang dikenal dunia sebagai *Public Private Partnership (PPP)* atau yang di Indonesia dikenal sebagai KPS.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis pola pembiayaan didalam hubungan kerjasama pembangunan infrastruktur melalui metode KPS.
3. Untuk mengetahui dan menganalisis perlindungan hukum yang didapatkan oleh para pihak didalam hubungan kerjasama pembangunan infrastruktur yang dilakukan dengan pemerintah melalui metode KPS.

### KERANGKA TEORI

1. Teori Negara Kesejahteraan (*Welfare State*)  
Teori ini dipandang tepat digunakan dalam penelitian ini, dengan pertimbangan sebagai berikut:
  - 1) Teori ini mengajarkan tentang pentingnya peran aktif dari negara untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat. Peran aktif tersebut, bisa berupa bentuk pelaksanaan urusan-urusan pembangunan dan pembiayaannya. Teori ini menjadi relevan karena negara Indonesia yang merupakan negara kesejahteraan yang menuntut peran aktif dari negara dalam pelaksanaan upaya-upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat, termasuk upaya pengadaan infrastruktur.
  - 2) Peran serta negara dalam pembangunan untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat ini dilakukan oleh negara dalam hal ini pemerintah yang kedudukannya sebagai regulator (pembuat peraturan) maupun sebagai aktor (pelaku). Hukum menjadi instrumen yang digunakan untuk mengarahkan kegiatan pembangunan sehingga kesejahteraan rakyat dapat diwujudkan. Teori ini menjadi relevan karena Indonesia adalah negara hukum dan harus mampu menggunakan hukum untuk mempercepat upaya-upaya perwujudan kesejahteraan, termasuk dalam kegiatan pembangunan infrastruktur.
2. Teori Kebebasan Berkontrak (*Freedom of Contract*)  
Teori ini dipandang tepat digunakan dalam penelitian ini, dengan pertimbangan sebagai berikut:
  - 1) Teori ini mengajarkan tentang pentingnya kebebasan untuk membuat kontrak dengan siapapun, menentukan isi dan bentuk kontrak, dan memilih hukum yang berlaku bagi kontrak yang bersangkutan. Kebebasan ini adalah perwujudan dari kehendak bebas, pancaran dari hak asasi manusia. Teori ini menjadi relevan karena KPS merupakan hubungan kemitraan antara pemerintah dengan swasta dalam bentuk kontrak kerjasama yang bersifat privat sehingga kedua belah pihak memiliki kebebasan untuk menentukan isi perjanjian, pelaksanaannya, dan persyaratannya.
  - 2) Kebebasan berkontrak memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk membuat atau tidak membuat kontrak. Kebebasan ini diberikan sepanjang isi kontrak yang bersangkutan tidak bertentangan dengan hukum, ketertiban, dan kesusilaan. Teori ini menjadi relevan karena suatu kontrak tidak boleh melanggar prinsip kepentingan umum (*openbaar orde*) karena sesuai dengan prinsip hukum yang universal dan sangat mendasar bahwa kepentingan umum tidak boleh dikalahkan oleh kepentingan pribadi. Dalam pelaksanaan KPS terdapat kepentingan yang berbeda antara pemerintah dengan swasta. Dimana kepentingan pemerintah adalah untuk kepentingan umum sedangkan kepentingan swasta adalah bersifat pribadi yaitu untuk mencari keuntungan.

### 3. Teori Perlindungan Hukum

Teori ini dipandang tepat digunakan dalam penelitian ini, dengan pertimbangan sebagai berikut:

- 1) Teori ini mengajarkan tentang perlindungan hukum sebagai pengayoman terhadap hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan dengan tujuan agar pihak yang dirugikan dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum. Teori ini menjadi relevan karena di dalam KPS timbul hubungan hukum antara pemerintah dengan swasta yang tercantum dalam suatu kontrak kerjasama. Di karenakan kontrak merupakan suatu perbuatan hukum dimana para pihak mengikatkan dirinya maka hal ini menimbulkan akibat hukum dengan adanya prestasi-prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak.
- 2) Pada proses pembuatan kontrak harus dicantumkan klausula mengenai kejadian-kejadian yang tidak diduga yang mungkin terjadi di masa yang akan datang, termasuk juga penyelesaian sengketa apabila terjadi sengketa di kemudian hari, serta mengenai pilihan hukum yang dikehendaki bersama oleh kedua belah pihak. Teori ini mejadi relevan karena hal yang diatur didalam klausula tersebut merupakan perwujudan dari perlindungan hukum yang preventif.

## HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS (PEMBAHASAN)

### Konstruksi Hukum Mengenai Kerjasama Pemerintah Swasta Dalam Pembangunan Infrastruktur di Indonesia

*Public Private Partnership* (PPP) ini pertama kali muncul di Inggris pada era pemerintahan Perdana Menteri Margaret Thatcher (1987) melalui *Private Finance Initiative* (PFI), yang diimplemetasikan pada tahun 1992. Praktek ini secara cepat menyebar ke negara-negara lain hingga saat ini telah mendapat penerimaan yang luas di seluruh dunia dan menjadi fenomena baru pengadaan layanan infrastruktur publik di negara maju maupun negara berkembang. Dalam mekanisme PFI ini, pemerintah membayar swasta untuk menyediakan infrastruktur di sektor publik. Di Indonesia, istilah PPP mulai muncul ke permukaan sejak disebutkan dalam Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) sebagai salah satu sumber pembiayaan untuk mendanai rencana pembangunan. PPP semakin menyeruak setelah disebut-sebut dalam rancangan MP3EI<sup>7</sup> yang disusun pada Mei 2011.<sup>8</sup>

KPS merupakan pola kerjasama yang diterapkan secara berbeda dari suatu negara ke negara lainnya. Faktanya, pola KPS terus berkembang dengan cara yang berbeda di masing-masing negara yang dimana pengaturannya sedang diterapkan. Beberapa negara memiliki sebuah badan yang berfungsi sebagai badan pusat yang mengatur pelaksanaan KPS (misalnya di Belanda), beberapa juga ada untuk penerapan khusus (misalnya di Inggris), sementara yang lainnya diserahkan pada negara secara individual atau pemerintahan daerah (*municipalities*) (misalnya di Australia, Amerika Serikat). Chili mencoba suatu sistem yang berbeda untuk melelang *franchises* (*the least-present-value-of-revenue or LPVR*). Perancis memiliki suatu kerangka kerja administratif yang mengatur KPS tipe *private concessions* (*delegation de service public*) berbeda dari yang dioperasikan berdasarkan hukum Inggris.<sup>9</sup>

Di Indonesia, pengaturan KPS dalam penyediaan infrastruktur secara umum diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 38 Tahun 2015 Tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur (Regulasi KPS). Regulasi KPS mengatur KPS untuk proyek-proyek infrastruktur tertentu, meliputi bandara, pelabuhan, jalur kereta api, jalan, penyediaan air bersih/sistem pengairan, air minum, air limbah, limbah padat, informatika dan telekomunikasi, ketenagalistrikan, serta minyak dan gas bumi.

Selain mengatur tentang jenis-jenis proyek apa saja yang diizinkan untuk dilaksanakan melalui pola KPS, Regulasi KPS juga mengatur tentang tujuan dan prinsip pelaksanaan KPS yang di Indonesia. Adapun tujuan dari pelaksanaan KPS di Indonesia diatur dalam Pasal 3 Regulasi KPS, yaitu:

- a. Mencukupi kebutuhan pendanaan secara berkelanjutan dalam Penyediaan Infrastruktur melalui penerahan dana swasta;
- b. Mewujudkan penyediaan infrastruktur yang berkualitas, efektif, efisien, tepat sasaran, dan tepat waktu;

<sup>7</sup> Dikenal sebagai Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia yang merupakan sebuah pola induk perencanaan ambisius dari pemerintah Indonesia untuk dapat mempercepat realisasi perluasan pembangunan ekonomi dan pemerataan kemakmuran agar dapat dinikmati secara merata di kalangan masyarakat. MP3EI pertama kali tercantum di dalam dokumen perencanaan negara, yakni dalam Nota Keuangan dan RAPBN 2012, setelah didahului tahap perumusan dan persiapannya yang mulai dicanangkan sejak 27 Mei 2011.

<sup>8</sup> Darwin Zahedy Saleh, *Mozaik Permasalahan Infrastruktur Indonesia* (Jakarta: Ruas, 2014), hlm.35.

<sup>9</sup> Darrin Grimsey & Mervyn K.Lewis, *Public Private Partnership The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, 2004, hlm. 12-13

- c. Menciptakan iklim investasi yang mendorong keikutsertaan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur berdasarkan prinsip usaha secara sehat;
- d. Mendorong digunakannya prinsip pengguna membayar pelayanan yang diterima, atau dalam hal tertentu mempertimbangkan kemampuan membayar pengguna; dan/atau
- e. Memberikan kepastian pengembalian investasi Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur melalui mekanisme pembayaran secara berkala oleh pemerintah kepada Badan Usaha.

Prinsip-prinsip yang digunakan dalam pelaksanaan KPS di Indonesia diatur Pasal 4 Regulasi KPS, yaitu:

- a. Kemitraan, yakni kerjasama antara pemerintah dengan Badan Usaha dilakukan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan persyaratan yang mempertimbangkan kebutuhan kedua belah pihak;
- b. Kemanfaatan, yakni Penyediaan Infrastruktur yang dilakukan oleh pemerintah dengan Badan Usaha untuk memberikan manfaat sosial dan ekonomi bagi masyarakat;
- c. Bersaing, yakni pengadaan mitra kerjasama Badan Usaha dilakukan melalui tahapan pemilihan yang adil, terbuka, dan transparan, serta memperhatikan prinsip persaingan usaha yang sehat;
- d. Pengendalian dan pengelolaan risiko, yakni kerja sama Penyediaan Infrastruktur dilakukan dengan penilaian risiko, pengembangan strategi pengelolaan, dan mitigasi terhadap risiko;
- e. Efektif, yakni kerja sama Penyediaan Infrastruktur mampu mempercepat pembangunan sekaligus meningkatkan kualitas pelayanan pengelolaan dan pemeliharaan infrastruktur; dan
- f. Efisien, yakni kerja sama Penyediaan Infrastruktur mencukupi kebutuhan pendanaan secara berkelanjutan dalam Penyediaan Infrastruktur melalui dukungan dana swasta.

Dasar Hukum KPS memang secara umum telah diatur dalam Regulasi KPS ini, namun bukan berarti KPS dapat dilaksanakan hanya dengan mengacu kepada Regulasi KPS. Peraturan yang menjadi dasar hukum dan peraturan pendukung pelaksanaan KPS sebenarnya sangat banyak, mulai dari dasar hukum untuk pengadaan tanah untuk kepentingan umum sampai dengan pengaturan mengenai syarat pemberian dukungan pembiayaan oleh pemerintah kepada pihak swasta sebagai mitranya. Pelaksanaan KPS merupakan proses yang rumit dan memerlukan waktu yang lama sehingga untuk melancarkan proses pelaksanaan KPS di Indonesia diperlukan regulasi-regulasi yang dibentuk secara eksplisit untuk mengatur tentang tata cara pelaksanaan KPS di Indonesia.

Kontrak KPS harus yang dirancang dengan baik jelas, komprehensif, dan menciptakan kepastian bagi pihak-pihak yang melakukan kontrak. Hal ini dikarenakan KPS adalah kontrak berjangka panjang, berisiko, dan kompleks, yang tentu tidak lengkap yakni, mereka tidak dapat sepenuhnya menentukan apa yang harus dilakukan di masa depan. Maka itu, kontrak KPS perlu memiliki fleksibilitas yang dibentuk, untuk memungkinkan perubahan keadaan dapat ditangani sejauh mungkin dalam kontrak, daripada melakukan negosiasi ulang atau penghentian.<sup>10</sup>

Oleh karena itu, tujuan rancangan kontrak KPS adalah untuk menciptakan kepastian dan fleksibilitas yang diperlukan. Dengan demikian dapat mempertahankan kejelasan dan membatasi ketidakpastian bagi kedua belah pihak. Hal ini biasanya dilakukan dengan menciptakan proses dan batasan yang jelas untuk perubahan. Untuk menerapkan gaya kontrak dalam praktik ini, dibutuhkan institusi manajemen kontrak yang kuat. Bila memungkinkan, melibatkan manajer kontrak masa depan dalam merancang atau mengkaji ulang kontrak KPS dapat membantu memastikan bahwa apabila terdapat perubahan manajemen, KPS tetap dapat dilaksanakan dalam praktik.<sup>11</sup>

Kerjasama antara pemerintah dengan swasta dalam penyediaan infrastruktur tersebut memunculkan banyaknya model kontrak kerjasama, salah satunya yang paling banyak digunakan di Indonesia adalah model kontrak kerjasama *Build, Operate, and Transfer* (BOT). Kerjasama dengan model BOT di Indonesia telah di atur dalam Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara atau Daerah, yang menjelaskan bahwa BOT atau Bangun Serah Guna adalah Pemanfaatan Barang Milik Negara/Daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

### **Pola Pembiayaan Dalam Kerjasama Pemerintah Swasta Dalam Pembangunan Infrastruktur**

Pemerintah dalam melaksanakan KPS memiliki kewajiban untuk menyediakan tanah yang diperlukan untuk pembangunan infrastruktur. Namun, bukan berarti Pemerintah dapat dengan semena-mena melakukan pengadaan tanah walaupun ini adalah untuk kepentingan umum. Proses

<sup>10</sup> World Bank Group, *Public-Private Partnerships Reference Guide v.2.0*, 2014, hlm.156.

<sup>11</sup> *Ibid.*

pengadaan tanah harus melalui prosedur-prosedur yang telah diatur oleh undang-undang yang berlaku.

Pemerintah Indonesia dalam rangka melaksanakan KPS telah menyusun kebijakan pemberian fasilitas *land revolving fund* yang diatur dalam Peraturan Menteri Keuangan Nomor 58/02/2008. Mekanisme fasilitas ini adalah pemerintah menyediakan semacam dana bergulir untuk pembebasan lahan yang akan digunakan oleh investor dan pengembaliannya akan digulirkan kembali kepada investor lainnya. Fasilitas ini khusus diperuntukan bagi percepatan pembangunan jalan tol melalui skema KPS.<sup>12</sup>

Proses pengadaan tanah untuk kepentingan umum juga dapat dilakukan oleh pihak swasta juga diatur di dalam Pasal 121A Peraturan Presiden Nomor 148 Tahun 2015 Tentang Perubahan Keempat atas peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum yang menyebutkan bahwa dalam rangka pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum yang dilaksanakan oleh badan usaha swasta, proses pengadaan tanah dilakukan dengan cara jual beli, tukar menukar, atau cara lain yang disepakati oleh pihak yang berhak dengan badan usaha swasta.

KPS di Indonesia pada umumnya menggunakan tipe perjanjian BOT, yang merupakan bentuk perjanjian kerja sama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah (dalam hal ini Pemerintah) memberikan hak kepada investor (pihak swasta) untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian BOT dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah jangka waktu perjanjian berakhir. Dengan demikian, perjanjian BOT merupakan suatu konsep di mana proyek dibangun atas biaya sepenuhnya dari perusahaan swasta, beberapa perusahaan swasta atau kerjasama dengan BUMN dan setelah dibangun, dioperasikan oleh kontraktor dan setelah tahapan pengoperasian selesai sebagaimana ditentukan dalam perjanjian BOT, kemudian dilakukan pengalihan proyek kepada pemerintah selaku pemilik proyek.

Seperti negara-negara berkembang lainnya, untuk melakukan pembangunan seperti proyek infrastruktur yang sungguh-sungguh sangat mendesak dan penting sekali diperlukan dalam rangka pelayanan masyarakat, seperti misalnya pembangunan proyek jalan tol, pembangunan proyek jaringan telekomunikasi, dan pembangunan proyek sarana prasarana dan prasarana Pemerintah lainnya, Negara Indonesia menghadapi banyak hambatan karena dana yang tersedia sangat terbatas. Oleh karenanya, Pemerintah dalam melaksanakan pembangunan proyek-proyek infrastrukturnya selain dilakukan dengan suatu skala prioritas ketat, maka tersedianya dana dari pihak ketiga dalam hal ini pihak swasta sangat diharapkan. Demikian pula sebaliknya dimungkinkan kepada pihak swasta, bahwa dalam membiayai pembangunan proyek infrastrukturnya bisa dilakukan dengan sistem BOT kepada swasta lainnya. Hal itu terlihat dari adanya pembangunan *cottage* atau hotel di Bali dengan suatu pembiayaan sistem BOT.<sup>13</sup>

Dalam pelaksanaan KPS dengan konsesi BOT, diperlukan untuk mendirikan atau membentuk *special purpose vehicle* (SPV) untuk pelaksanaan dan pengoperasian proyek. SPV dapat dibentuk sebagai perusahaan patungan dengan penyertaan saham dari berbagai pihak sektor swasta dan sektor publik. Selain penyertaan modal, pemerintah juga dapat memberikan hibah modal atau insentif keuangan lainnya untuk sebuah proyek BOT. BOT adalah bentuk umum dari KPS di semua sektor di negara-negara Asia. *Bangkok Mass Transit System* (BTS) adalah sebuah contoh proyek BOT. Proyek ini dilaksanakan di bawah perjanjian konsesi 30 tahun yaitu BOT antara *concessionaire* atau operator dengan *Bangkok Metropolitan Administration*.

Badan usaha kerjasama yang dibentuk khusus (*special purpose vehicle*) ini merupakan suatu perusahaan proyek yang dananya berasal dari kombinasi ekuitas dari pemberian sponsor oleh pemegang saham perusahaan proyek dan hutang yang diberikan oleh bank, atau melalui obligasi atau instrumen keuangan lainnya.<sup>14</sup> Perusahaan proyek ini merupakan pusat dari semua hubungan kontrak dan keuangan dalam sebuah proyek KPS. Namun, pada perusahaan proyek yang merupakan suatu *Special Purpose Vehicle* (SPV) tidak dapat lagi menjalankan bisnis lain yang tidak terkait dengan proyek yang dilakukan.<sup>15</sup>

*Special Purpose Vehicle* (SPV) sederhananya merupakan sebuah badan hukum yang terpisah, yang pada umumnya merupakan perusahaan yang didirikan untuk menjalankan kegiatan yang diatur dalam kontrak antara SPV dan kliennya (dalam hal ini adalah perusahaan pengadaan publik).

<sup>12</sup> Bambang Susantono, *Memacu Infrastruktur Di Tengah Krisis*, (Jakarta: Pustaka Bisnis Indonesia, 2009), hlm.154.

<sup>13</sup> Andjar Pachta Wirana, *Penelitian Tentang Aspek Hukum Perjanjian Build, Operate And Transfers BOT* (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, 1995), hlm.8.

<sup>14</sup> World Bank Group, *Public-Private Partnerships Reference Guide v.2.0*, 2014, hlm.50.

<sup>15</sup> E. R. Yescombe, *Op.Cit.*, hlm.109.

Pelaksanaan kerjasama kemitraan melalui pola KPS biasanya membutuhkan keterlibatan sejumlah pihak, dan badan usaha kerjasama mengikatkan diri dengan sub-kontrak dengan sejumlah organisasi untuk melaksanakan kegiatan-kegiatan tersebut. Badan usaha kerjasama khusus digunakan dalam KPS untuk alasan-alasan sebagai berikut:<sup>16</sup>

- a. Memperkenankan peminjaman dana bagi proyek menjadi *non-recourse* kepada sponsor berdasarkan sifat tanggung jawab terbatas dari *special purpose vehicle* (SPV)
- b. Memungkinkan aset dan hutang piutang (*liabilities*) proyek untuk tidak muncul di neraca (*balance sheets*) dari sponsors, karena tidak ada sponsor yang memiliki lebih dari 50 persen saham dalam *special purpose vehicle* (SPV) dan penerapan prinsip-prinsip konsolidasi normal saat menyiapkan pembukuan grup
- c. Untuk kepentingan pemberi pinjaman proyek, yakni untuk membantu mengisolasi proyek dari potensi pailit dari salah satu sponsor (*bankruptcy remoteness*).

Tingginya kebutuhan infrastruktur di Indonesia, mengakibatkan keberadaan lembaga pembiayaan pembangunan dengan permodalan kuat, sehat dan dapat mengemban misi pemerintah dalam pembangunan terutama penyediaan infrastruktur merupakan suatu keharusan. Indonesia perlu mendirikan sebuah lembaga seperti lembaga pembiayaan pembangunan. Lembaga ini dikonsepsikan sebagai lembaga yang didirikan secara khusus untuk melakukan pembiayaan dalam bentuk penyediaan dana pada proyek infrastruktur. Secara umum, lembaga pembiayaan merupakan lembaga pemerintah yang berbadan hukum yang melakukan kegiatan pembiayaan dalam bentuk penyediaan dana atau barang modal. Dalam konteks ini, lembaga pembiayaan pembangunan mempunyai ruang lingkup kegiatan usaha pokok yang meliputi sebagai berikut:<sup>17</sup>

1. Pemberian pinjaman langsung (*direct lending*) untuk pembiayaan infrastruktur.
2. *refinancing* atas infrastruktur yang telah dibiayai pihak lain, dan atau pemberian pinjaman subordinasi (*subordinated loans*) yang berkaitan dengan pembiayaan infrastruktur.

Dalam hal dengan kegiatan usaha pokok tersebut, lembaga pembiayaan pembangunan dapat pula melakukan kegiatan usaha yang meliputi:<sup>18</sup>

1. Pemberian dukungan kredit (*credit enhancement*), termasuk penjaminan untuk Pembiayaan Infrastruktur.
2. Pemberian jasa konsultasi (*advisory services*).
3. Penyertaan modal (*equity investment*).
4. Upaya mencari *swap market* yang berkaitan dengan Pembiayaan Infrastruktur.
5. Kegiatan atau pemberian fasilitas lain yang terkait dengan Pembiayaan Infrastruktur setelah memperoleh persetujuan dari Menteri.

Pemerintah Indonesia telah mengambil kebijakan untuk memungkinkan adanya penjaminan infrastruktur yang bertujuan meningkatkan kelayakan kredit (*credit worthiness*) dari proyek-proyek infrastruktur, sebagai bagian dari upaya mendorong partisipasi swasta dalam pembangunan infrastruktur di Indonesia. Penjaminan infrastruktur dapat diberikan kepada proyek infrastruktur yang dilaksanakan sesuai skema KPS (PPP) sebagaimana diatur di dalam Regulasi KPS. Regulasi KPS tersebut memuat ketentuan penjaminan infrastruktur oleh Kementerian Keuangan yang dapat diimplementasikan melalui Badan Usaha Milik Negara yang diberi mandat untuk melakukan proses dan penyediaan penjaminan infrastruktur (Badan Usaha Penjaminan Infrastruktur/BUPI).

Untuk itu, Pemerintah Indonesia telah membentuk *Indonesia Infrastructure Finance* (IIF)<sup>19</sup> yang merupakan sebuah lembaga pembiayaan infrastruktur yang bertujuan untuk mendorong percepatan penyediaan pembiayaan infrastruktur melalui kemitraan dengan pihak swasta dan/atau lembaga keuangan multilateral. Dalam kaitan dengan hal tersebut, Pemerintah telah menyertakan modal negara pada perusahaan perseroan (Persero) dibidang pembiayaan infrastruktur yang dananya bersumber dari Anggaran Pendapatan Belanja Negara (APBN) sebesar Rp. 1 Triliun, yang tercantum dalam Peraturan Pemerintah Nomor 75 Tahun 2008 tentang Penyertaan Modal Negara Untuk Pendirian Perusahaan Perseroan (Persero) Di Bidang Pembiayaan Infrastruktur.<sup>20</sup>

Salah satu kunci sukses dari suatu proyek KPS adalah adanya alokasi resiko dan upaya mitigasi yang tepat. Resiko yang ada akan dialokasikan kepada pihak yang paling mampu untuk mengelolanya. Setiap proyek KPS memiliki karakteristik dan tingkat resiko yang berbeda satu sama

<sup>16</sup> Darrin Grimsey & Mervyn K.Lewis, *Op.Cit.*, hlm.109

<sup>17</sup> Biro Riset BUMN, *Model Pembiayaan Infrastruktur: Indonesia dan Negara Lain*, 2016, hlm.7.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Pada Februari 2009, IIF telah beroperasi dengan nama PT Sarana Multi Infrastruktur (SMI).

<sup>20</sup> Bambang Susantono, *Op.Cit.*, hlm.149.

lain. Oleh karena itu, penting bagi PJKP<sup>21</sup> untuk melakukan analisis terhadap kemungkinan resiko yang dapat terjadi dan langkah-langkah mitigasinya. Sebagian besar dari investor yang akan berinvestasi khususnya di bidang infrastruktur berskala besar tidak jarang menanyakan kepada PJKP apakah proyek tersebut akan mendapatkan jaminan pemerintah atau tidak. Jaminan pemerintah bagi Badan Usaha Swasta ini dimaksudkan untuk lebih memberikan kenyamanan dan meningkatkan keyakinan bagi investor untuk melakukan investasi.

Untuk mengurangi resiko dalam pembangunan infrastruktur berskala besar dengan pola KPS saat ini Pemerintah Indonesia telah mempersiapkan institusi penjaminan *Guarantee Fund* (GF). Keikutsertaan lembaga penjaminan seperti ini akan dapat menurunkan *risk profile* dari sebuah proyek infrastruktur yang pada akhirnya dapat menurunkan *cost of money* pembiayaannya.<sup>22</sup>

*Guarantee Fund* (GF) merupakan dana penjaminan dari pemerintah untuk melindungi investasi yang dilakukan di sektor infrastruktur. Berdasarkan *policy paper* tentang pendirian GF yang telah diselesaikan pada tahun 2007, Menteri Keuangan telah memutuskan bahwa lembaga GF yang akan dibentuk akan memiliki modal sendiri dan terpisah dari Departemen Keuangan. Lembaga ini akan dijalankan berdasarkan prinsip komersial dan dikelola secara profesional, mempunyai aturan yang jelas dan tegas tentang persetujuan pemberian jaminan, dalam operasinya akan memerlukan fasilitas penunjang dari lembaga pendanaan multilateral, dan mempunyai hak subrogasi<sup>23</sup> untuk melakukan penagihan (*recourse*) kembali kepada Pemerintah.<sup>24</sup>

Pemerintah dalam hal ini Kementerian Keuangan, juga memiliki kebijakan fiskal berupa alokasi *Viability Gap Fund* (VGF) yang diatur dalam PMK No.223/PMK.011/2012. VGF ini bertujuan untuk membuat suatu proyek lebih *viable*, lebih menarik di mata investor swasta, dan mengurangi resiko ketidakpastian sebuah proyek. Dana pendukung ini sekaligus melengkapi kebijakan-kebijakan fiskal pendukung infrastruktur terdahulu seperti *Land Fund*, dana penjaminan (*Guarantee Fund*) melalui PT PII, dan *Infrastructure Fund* melalui PT SMI. Sebuah proyek boleh mendapatkan VGF dengan syarat proyek tersebut secara ekonomi dapat dilaksanakan (*feasible*) tetapi secara finansial tidak dapat dilaksanakan (*not-viable*), nilai investasi minimal Rp. 100 Miliar, dan berskema KPS. Dalam APBN 2013 lalu, pemerintah mengalokasikan dana sebesar Rp. 314 Miliar untuk VGF ini. VGF dapat digunakan untuk mendanai proyek selama masa konstruksi atau setelah proyek memasuki masa operasional komersial.<sup>25</sup>

Dengan adanya pemberian dana dukungan (VGF) tersebut oleh pemerintah, biaya konstruksi dari proyek infrastruktur diproyeksikan akan turun. Dengan demikian, pengembalian dana investasi yang dikeluarkan oleh pihak swasta untuk biaya konstruksi, yang seharusnya seluruhnya merupakan tanggungan pihak swasta tentunya harus kembali sesuai dengan ekspektasi keuntungan yang diharapkan oleh pihak swasta. Oleh karena itu, diharapkan dengan pemberian dana VGF tersebut, minat swasta untuk berinvestasi akan tumbuh sehingga proyek-proyek KPS infrastruktur akan banyak terbangun dan dapat melayani kebutuhan masyarakat, serta mendukung pertumbuhan ekonomi di Indonesia.

### **Perlindungan Hukum Terhadap Pemerintah dan Pihak Swasta Dalam Kerjasama Pembangunan Infrastruktur**

Perjanjian BOT selain melibatkan banyak pihak, juga mengandung banyak aspek. Perjanjian BOT tidak bisa hanya dipandang dalam aspek hukum perjanjian atau hukum keperdataan saja, akan tetapi juga harus dipandang dari aspek hukum pertanahan, hukum pemerintahan daerah, hukum investasi, hukum keuangan negara, hukum lingkungan, hukum adat bahkan hukum pidana. Oleh karena itu, pembahasan mengenai perjanjian BOT merupakan suatu pembahasan yang memerlukan suatu pemikiran yang komprehensif, tanpa hal ini maka perjanjian BOT akan sulit untuk memberikan manfaat bagi masyarakat. Perjanjian BOT dilaksanakan dalam jangka waktu yang sangat lama sehingga dalam prosesnya dapat menimbulkan berbagai risiko.

Pelaksanaan suatu perjanjian BOT harus menggunakan asas keseimbangan dalam kontrak yang menempatkan para pihak baik pemerintah maupun investor dalam kedudukan seimbang, dimana tidak ada satu pihak pun yang mendominasi pihak lainnya, baik pada fase prakontrak, fase isi kontrak,

<sup>21</sup> PJKP (Penanggung Jawab Proyek Kerjasama) merupakan instansi/institusi yang mewakili Pemerintah dalam penyediaan proyek KPBU, seperti, Kementerian, Lembaga, Pemerintah Daerah atau Badan Usaha Milik Negara (BUMN)/Badan Usaha Milik Daerah (BUMD).

<sup>22</sup> Bambang Susantono, *Op.Cit.*, hlm.148.

<sup>23</sup>Hak Subrogasi ini diatur dalam Pasal 1400 KUHPerdata. Disebutkan dalam pasal tersebut subrogasi adalah penggantian hak-hak oleh seorang pihak ketiga yang membayar kepada kreditur. Subrogasi dapat terjadi baik melalui perjanjian maupun karena ditentukan oleh undang-undang.

<sup>24</sup> *Ibid.*, hlm.150-151

<sup>25</sup> Darwin Zahedy Saleh, *Op.Cit.*, hlm 292-293

maupun fase pascakontrak dan perjanjian BOT merupakan perjanjian timbal balik yang meletakkan hak-hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak secara timbal balik. Jika terdapat pihak yang wanprestasi sehingga mengakibatkan adanya ketidakseimbangan kedudukan di antara para pihak, maka undang-undang membebani tanggung jawab kepada pihak yang melakukan wanprestasi untuk memberikan suatu ganti rugi, sehingga kedudukan keseimbangan para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah/BOT dapat terwujud.

Konsep keseimbangan begitu penting dalam penyusunan suatu kontrak karena tahapan inilah yang menjadi dasar dalam pemenuhan prestasi. Konsep keseimbangan dituangkan menjadi suatu asas hukum dalam hukum kontrak yakni asas keseimbangan. Asas hukum berfungsi sebagai pondasi yang memberikan arah, tujuan serta penilaian fundamental, mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis.<sup>26</sup>

Asas keseimbangan dalam kontrak KPS dapat dilihat pada bagian menimbang dalam kontrak tersebut. Bagian menimbang ini merupakan representasi dari adanya *offer* atau penawaran dan *acceptance* atau penerimaan. Penjabaran asas keseimbangan dalam kontrak KPS terdapat klausul-klausul yang menunjukkan implementasi dari asas keseimbangan sebagai berikut : a) Klausul masa pemeliharaan. Pencantuman klausul masa pemeliharaan dimaksudkan untuk memberikan jaminan kepada pengguna jasa penggunaan jasa mengenai keadaan objek setelah selesainya pekerjaan. b) Klausul kenaikan harga. Pencantuman klausul kenaikan dimaksudkan untuk menyelesaikan perbedaan pendapat terkait dengan perubahan-perubahan harga, khususnya terkait dengan kenaikan harga barang, baik yang disebabkan oleh kebijakan pemerintah, maupun sebab lain, c) Klausul risiko. Klausul ini senantiasa dicantumkan dalam kontrak kerja konstruksi, mengingat proses pelaksanaan pekerjaan konstruksi mempunyai tingkat risiko yang tinggi.<sup>27</sup>

Hubungan kontraktual yang dilakukan oleh para pihak dalam Perjanjian BOT telah memiliki kedudukan yang proporsional. Namun dalam praktek, hubungan kontraktual dalam Perjanjian BOT yaitu pihak pemerintah (PJP) sebagai memiliki kedudukan yang lebih dominan dibanding dengan pihak pelaksana proyek (swasta). Pada umumnya kontrak KPS adalah hubungan antara pemerintah dengan mitranya tidak berada dalam kedudukan yang sama (*nebergerdnet*). Pemerintah selalu mempunyai kedudukan yang lebih tinggi (*untergeordnet*).<sup>28</sup> Kondisi yang tidak berimbang ini tampak pada adanya tindakan penghentian dan pemutusan kontrak secara sepihak oleh pihak PJP. Tindakan penghentian dan pemutusan kontrak secara sepihak tersebut, dapat menimbulkan kerugian bagi pihak lain dan kerugian bagi pihak pemerintah. Tindakan pemerintah yang merugikan dalam hubungan kontraktual dapat menimbulkan tuntutan ganti rugi dari pihak yang dirugikan. Para pihak dalam melakukan hubungan kontraktual dalam perjanjian BOT pada hakikatnya didasarkan pada suatu tujuan tertentu. Tujuan yang diharapkan dalam Perjanjian BOT berkaitan dengan prestasi yang dilakukan dengan tersedianya bangunan bagi pemilik proyek (pemerintah) terpenuhinya kontrak prestasi yang sebagai keseimbangan terhadap prestasi dimaksud. Keseimbangan yang diharapkan baik berupa kepentingan sendiri maupun kepentingan terkait dari pihak lain.<sup>29</sup>

Dalam perspektif hukum Indonesia, kontrak KPS dengan pola BOT yang didalamnya melibatkan pemerintah sebagai salah satu pihak dalam kontrak termasuk dalam kategori perbuatan hukum privat. Hubungan hukum yang terbentuk merupakan hubungan hukum dalam lapangan hukum perdata. Sekalipun didalam jenis kontrak ini terdapat pemerintah sebagai salah satu pihak dan berlaku syarat-syarat khusus hukum publik dalam pembentukannya, tetapi unsur hubungan hukumnya adalah murni hukum perdata. Keabsahan kontrak yang dibentuk di ukur juga melalui pasal 1320 BW yang merupakan aturan umum yang menentukan keabsahan bagi semua jenis kontrak. Demikian pula menyangkut yuridiksinya bukan dalam lingkup peradilan tata usaha negara, melainkan peradilan umum. Ini merupakan konsekuensi dari tindakan pemerintah yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan perbuatan hukum keperdataan.<sup>30</sup>

Pemerintah sebagai salah satu subjek hukum dalam tindakan perdata, maka pemerintah merupakan badan hukum, menurut Apeldoorn negara, propinsi, kotapraja dan lain sebagainya adalah badan hukum. Hanya saja pendiriannya tidak dilakukan secara khusus, melainkan tumbuh secara

<sup>26</sup> Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hlm.47.

<sup>27</sup> Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), hlm.84.

<sup>28</sup> Mariam Darius Badruzaman, *Perjanjian Dengan Pemerintah (Government Contract) Dalam Hukum Kontrak di Indonesia* (Jakarta: Proyek Elips, 1998), hlm.159.

<sup>29</sup> Lanny Kusumawati, *Hukum Kontrak (Versi Common Law)*, (Sidoarjo: Laros, 2006), hlm.26.

<sup>30</sup> Lalu Hadi Adha, *Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta*, (Mataram: Universitas Mataram, 2011), hlm.556.

historis. Pemerintah dianggap sebagai badan hukum, karena pemerintah menjalankan kegiatan komersial (*acts jure gestionis*).<sup>31</sup>

Sebagai subjek hukum perdata pemerintah dapat mengikatkan dirinya dengan pihak swasta. Di dalam pelaksanaan KPS, yang bertindak selaku Pemerintah didalam kontrak adalah Penanggung Jawab Proyek Kerjasama (PJPK). Kedudukan PJPK dalam konteks hukum keperdataan tidak berbeda dengan subjek hukum privat lainnya yakni orang maupun badan hukum. Hak dan kewajiban dari masing-masing pihak, sampai kepada prosedur pelaksanaannya harus diatur secara jelas dan dituangkan dalam bentuk kontrak. Kedudukan PJPK dalam kontrak juga tidak memiliki kedudukan yang istimewa, dan dapat menjadi pihak dalam sengketa keperdataan dengan kedudukan yang sama dengan seseorang atau badan hukum dalam peradilan umum.

Namun, terdapat batasan tertentu dalam kaitan dengan tanggung gugat pemerintah ini yang diatur dalam semula tertuang dalam *Indische Comptabiliteitswet* (ICW) Staatblad. 1925 No 448 dinyatakan dalam pasal 66 ICW bahwa izin penyitaan barang-barang Milik Negara harus diminta kepada Mahkamah Agung dengar mendengar Penuntut Umum (Kejaksaan Agung) izin itu tidak diberikan, kecuali bila dengan singkat dapat dibuktikan bahwa penyitaan tersebut dapat dibenarkan. Izin itu menunjuk barang-barang mana yang boleh disita. Barang-barang yang karena sifatnya ataupun tujuannya harus dianggap bukan barang untuk diperdagangkan oleh undang-undang maupun peraturan umum, dinyatakan tidak dapat disita. Namun setelah berlakunya UU No. 1 tahun 2004 tentang Pembendaharaan Negara, ICW dianggap tidak berlaku lagi. UU No. 1 Tahun 2004 ini merupakan landasan hukum dalam pengelolaan keuangan negara yang tujuannya adalah untuk melindungi keuangan negara dan perlindungan terhadap kemungkinan timbulnya kerugian pada keuangan negara. Tidak seperti yang diatur dalam ICW yang masih memungkinkan dilakukan penyitaan terhadap aset negara, sekalipun dengan izin dari Mahkamah Agung dan Jaksa Agung dalam UU No. 1 Tahun 2004 secara mutlak melarang melakukan penyitaan terhadap aset negara. Terkait dengan KPS, aset negara tersebut merupakan infrastruktur yang digunakan untuk kepentingan umum yang sebab itu, aset tersebut hanya boleh dikuasai oleh Pemerintah.

Larangan sita aset negara yang diatur dalam undang-undang tersebut bukan berarti bahwa pemerintah sepenuhnya kebal dari gugatan perdata. Dalam prakteknya, pembuatan kontrak KPS biasanya dicantumkan klausula yang menegaskan bahwa pemerintah sebagai salah satu pihak dalam perjanjian akan melepaskan kekebalannya didepan pengadilan. Memang biasanya pemerintahan suatu negara mempunyai kekebalan sehingga apabila pemerintah digugat, pemerintah dapat mengajukan hak kekebalannya untuk membebaskannya dari gugatan di pengadilan. Klausula tentang pelepasan hak atas kekebalan pemerintah ini merupakan sebuah pernyataan bahwa para pihak didalam kontrak setuju bahwa perjanjian yang dibuat merupakan tindakan perdata dan komersial yang apabila terjadi permasalahan hukum dalam hubungan hukumnya kontraknya diselesaikan sesuai dengan hukum privat.

Pelaksanaan KPS merupakan kerjasama yang berlangsung untuk waktu yang cukup lama, sehingga sengketa mungkin saja timbul sehubungan dengan interpretasi dan implementasi kontrak. Untuk mengantisipasi terjadinya sengketa, didalam pelaksanaan KPS para pihak didalam perjanjian memiliki hak untuk bebas menentukan prosedur penyelesaian sengketa dan forum untuk menyelesaikan perselisihannya. Proses penyelesaian sengketa dalam KPS dapat dilakukan baik melalui proses litigasi maupun non-litigasi<sup>32</sup>. Namun, penyelesaian sengketa dalam pelaksanaan KPS biasanya lebih mengutamakan proses non-litigasi yakni melalui proses arbitrase, mediasi, dan konsiliasi. Hal ini dilakukan untuk menghindari perselisihan yang dapat menimbulkan kerugian kepada para pihak. Proses litigasi melalui peradilan jarang digunakan dalam penyelesaian sengketa dalam KPS, hal ini disebabkan investor kurang percaya dengan kenetralan peradilan umum mengingat pihak yang bersangkutan adalah pemerintah.

## KESIMPULAN DAN SARAN

### Kesimpulan

1. Pengaturan PPP/KPS dalam penyediaan infrastruktur secara umum diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 38 Tahun 2015 tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur (Regulasi KPS). Regulasi KPS mengatur KPS untuk proyek-proyek infrastruktur tertentu, meliputi bandara, pelabuhan, jalur kereta api, jalan, penyediaan air

<sup>31</sup> L. J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Noor Komala, 1982), hlm.164.

<sup>32</sup> Pasal 49 sampai Pasal 54 UU Nomor 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi telah dibentuk lembaga ADR yang didalamnya mengatur Mediasi dalam Penyelesaian Sengketa Jasa Konstruksi yang dilakukan oleh satu orang mediator dan juga mengatur tentang konsiliasi oleh seorang konsiliator, dan juga mengatur tentang arbitrase.

bersih/sistem pengairan, air minum, air limbah, limbah padat, informatika dan telekomunikasi, ketenagalistrikan, serta minyak dan gas bumi. Kerjasama antara pemerintah dengan swasta dalam penyediaan infrastruktur memunculkan banyaknya model kontrak kerjasama, salah satunya yang paling banyak digunakan di Indonesia adalah model kontrak kerjasama Build, Operate, and Transfer (BOT). Kerjasama dengan model BOT di Indonesia telah di atur dalam Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara atau Daerah, yang menjelaskan bahwa BOT atau Bangun Serah Guna adalah Pemanfaatan Barang Milik Negara/Daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu.

2. Dalam Perpres 38/2015 diatur bahwa pengadaan tanah untuk KPS diselenggarakan oleh Pemerintah dan badan usaha dapat membayar kembali sebagian atau seluruh biaya pengadaan tanah saat proyek KPS diperhitungkan layak finansial. Dengan demikian seluruh risiko dan ketidakpastian berkaitan dengan pengadaan tanah menjadi tanggung jawab Pemerintah sepenuhnya. Pemerintah Indonesia telah membentuk berbagai lembaga pembiayaan yang dibentuk khusus untuk mendorong KPS di Indonesia, yakni *Indonesia Infrastructure Finance* (IIF) yang merupakan sebuah lembaga pembiayaan infrastruktur yang bertujuan untuk mendorong percepatan penyediaan pembiayaan infrastruktur melalui kemitraan dengan pihak swasta dan/atau lembaga keuangan multilateral. IIF menyediakan produk *fund based* seperti pinjaman jangka panjang, produk *non-fund based* seperti penjaminan serta layanan lainnya yang berkaitan dengan proyek infrastruktur. Untuk mengurangi resiko dalam pembangunan infrastruktur berskala besar dengan pola KPS, Pemerintah Indonesia juga telah mempersiapkan institusi penjaminan *Guarantee Fund* (GF). Keikutsertaan lembaga penjaminan seperti ini akan dapat menurunkan *risk profile* dari sebuah proyek infrastruktur yang pada akhirnya dapat menurunkan *cost of money* pembiayaannya. Lalu, Pemerintah melalui Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2009 membentuk suatu lembaga penjamin, yang akan berfungsi sebagai satu pihak yang siap “menangani” kebutuhan akan jaminan pemerintah bagi proyek infrastruktur. Lembaga tersebut adalah PT. Penjaminan Infrastruktur Indonesia (PII) atau *Indonesia Infrastructure Guarantee Fund* (IIGF), yang baru beroperasi penuh setelah terbitnya Peraturan Presiden Nomor 78 Tahun 2010 pada 30 Desember 2009. Pendirian PT Penjaminan Infrastruktur Indonesia (PT PII) tersebut bertujuan untuk penjaminan proyek-proyek infrastruktur, sehingga diharapkan dapat mengurangi pengeluaran biaya pembangunan proyek infrastruktur KPS dengan meningkatkan kualitas dan kredibilitas proyek KPS. Dengan adanya jaminan Pemerintah, suatu proyek infrastruktur dapat lebih dipercaya dan kualitas kelayakannya lebih meningkat.
3. Dalam setiap kegiatan investasi, adanya jaminan dan perlindungan hukum yang memadai bagi investor merupakan suatu kebutuhan mutlak. Dari aspek investasi, jaminan dan perlindungan hukum lebih memberikan suatu kepastian, sehingga segala sesuatu menjadi lebih dapat diperhitungkan. Dengan adanya jaminan dan perlindungan hukum yang memadai terhadap hak-hak yang diperoleh investor maka tingkat kepercayaan dan kenyamanan iklim investasi akan meningkat. Mengingat pelaksanaan KPS merupakan kerjasama yang berlangsung untuk waktu yang cukup lama, sehingga sengketa mungkin saja timbul sehubungan dengan interpretasi dan implementasi kontrak. Untuk mengantisipasi terjadinya sengketa, didalam pelaksanaan KPS para pihak didalam perjanjian memiliki hak untuk bebas menentukan prosedur penyelesaian sengketa dan forum untuk menyelesaikan perselisihannya. Proses penyelesaian sengketa dalam KPS dapat dilakukan baik melalui proses litigasi maupun non-litigasi. Namun, penyelesaian sengketa dalam pelaksanaan KPS biasanya lebih mengutamakan proses non-litigasi yakni melalui proses arbitrase, mediasi, dan konsiliasi. Hal ini dilakukan untuk menghindari perselisihan yang dapat menimbulkan kerugian kepada para pihak. Proses litigasi melalui peradilan jarang digunakan dalam penyelesaian sengketa dalam KPS, hal ini disebabkan investor kurang percaya dengan kenetralan peradilan umum mengingat pihak yang bersangkutan adalah pemerintah.

### Saran

1. Pengadaan tanah untuk KPS merupakan salah satu masalah yang menghambat perkembangan pelaksanaan KPS di Indonesia. Hal ini disebabkan Pemerintah selalu mengalami hambatan-hambatan dalam melakukan pengadaan tanah untuk kepentingan umum yang pastinya akan menghambat proses KPS. Maka itu, seharusnya Pemerintah lebih memfokuskan diri untuk menggandeng pihak swasta untuk melakukan pembebasan tanah. Dengan terlibatnya pihak swasta maka akan dapat mengurangi beban pemerintah dan proses pembebasan tanah akan lebih

efektif. Kompensasi yang dapat diberikan kepada pihak swasta yang melakukan pengadaan tanah untuk pelaksanaan KPS ini dapat berupa perpanjangan masa konsesi atau biaya pengadaan tersebut akan dikembalikan oleh pemerintah ketika pengadaan tanah tersebut selesai.

2. Mencontoh Korea dan Malaysia. Pemerintah Indonesia seharusnya mendirikan bank infrastruktur yang berfungsi sebagai salah satu lembaga pembiayaan yang memfokuskan diri untuk membiayai proyek industri terkait dengan pembangunan infrastruktur dan perekonomian nasional. Di Korea, Korean Development Bank (KDB) didirikan pada tahun 1954 yang berperan sebagai *government-run bank*, yang mengantisipasi perubahan pada lingkungan ekonomi dan keuangan. KDB menjalankan bisnis layaknya bank lainnya, bedanya adalah modal yang dimiliki KDB Bank difokuskan untuk mendanai industri berbasis teknologi, seperti semikonduktor dan alat telekomunikasi yang sekarang ini merupakan industri yang sangat berkembang di Korea. KDB didukung oleh jaminan pemerintah Korea yang efektif atas *solvency* bank dalam peraturan KDB. Pemerintah secara legal diminta menyediakan pendanaan untuk menutup kerugian jika kerugian tersebut tidak dapat diatasi dengan dana cadangannya sendiri. Di Malaysia, Bank Pembangunan Malaysia (BPMB) yang mulai beroperasi pada tanggal 8 Juni 1974. Target BPMB ini adalah membiayai proyek infrastruktur. Saat ini BPMB memberikan mandat untuk menyediakan pembiayaan yang bersifat jangka waktu menengah dan jangka panjang dengan skema syariah maupun konvensional untuk memberikan *capital intensive industries* termasuk proyek infrastruktur, maritim, teknologi, minyak dan gas. Di Indonesia sendiri sebenarnya sudah pernah ada bank infrastruktur yakni Bank Pembangunan Indonesia (BAPINDO) yang didirikan pada tahun 1951. Pada Tahun 1970 Bapindo ditugaskan untuk membangun pembangunan nasional melalui pembiayaan jangka menengah dan jangka panjang yang difokuskan untuk sektor manufaktur, transportasi, dan pariwisata. Namun, Bapindo ini tidak bertahan saat krisis keuangan tahun 1998 terjadi di Indonesia.
3. Ketika pemerintah melakukan suatu tindakan atau perbuatan hukum dalam bidang atau lapangan hukum keperdataan (privat), kedudukan pemerintah dalam hukum keperdataan tidaklah berbeda dengan seseorang atau badan hukum privat lainnya, sehingga pemerintah tidak memiliki kedudukan hukum yang istimewa atau hubungan hukum sepihak (hubungan atasan-bawahan), akan tetapi mempunyai kedudukan yang sejajar dengan pihak lainnya dan oleh karenanya dapat menjadi pihak dalam sengketa keperdataan dengan kedudukan hukum yang sama dengan seseorang atau badan hukum perdata (*equality before the law*) dalam peradilan umum. Maka, pemerintah maupun penegak hukum kiranya lebih memahami kedudukan pemerintah dalam kontrak KPS, karena pemerintah walaupun sebagai sebuah lembaga publik, ketika melakukan hubungan hukum perdata dan timbul permasalahan maka kedudukan pemerintah dalam sengketa keperdataan memiliki kedudukan yang sama dengan seseorang atau badan hukum perdata dalam peradilan umum.

#### DAFTAR PUSTAKA

##### Buku

- Badruzaman, Mariam Darus. 1998. *Perjanjian Dengan Pemerintah (Government Contract) Dalam Hukum Kontrak di Indonesia*. Jakarta: Proyek Elips.
- Grimsey, Darrin & Mervyn K.Lewis. 2004. *Public Private Partnership The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*.
- Hernoko, Agus Yudha. 2010. *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Kusumawati, Lanny. 2006. *Hukum Kontrak (Versi Common Law)*. Sidoarjo: Laros.
- Raharjo, Satjipto. 2000. *Ilmu Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti
- Saleh, Darwin Zahedy. 2014. *Mozaik Permasalahan Infrastruktur Indonesia* Jakarta: Ruas.
- Susantono, Bambang. 2009. *Memacu Infrastruktur Di Tengah Krisis*. Jakarta: Pustaka Bisnis Indonesia.
- Van Apeldoorn, L. J. 1982. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Noor Komala.
- Yescombe, E. R. 2007. *Public-Private Partnership Principals of Policy and Finances* London: Yescombe Consulting Ltd.

##### Undang-Undang dan Peraturan Lainnya.

- UU Nomor 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi
- Peraturan Presiden Nomor 38 Tahun 2015 Tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur
- Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 2014 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara Atau Daerah
- Peraturan Pemerintah Nomor 75 Tahun 2008 Tentang Penyertaan Modal Negara Untuk Pendirian Perusahaan Perseroan (Persero) Di Bidang Pembiayaan Infrastruktur



Peraturan Menteri Keuangan Nomor 58/PMK.02/2008 Tahun 2008 Tentang Biaya Panitia Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum  
Peraturan Menteri Keuangan Nomor 223/Pmk.011/2012 Tahun 2012 Tentang Pemberian Dukungan Kelayakan Atas Sebagian Biaya Konstruksi Pada Proyek Kerja Sama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur  
*Indische Comptabiliteitswet (Icw) Staatblad. 1925 No 448.*

**Jurnal dan Karya Ilmiah**

Adha, Lalu Hadi. 2011. *Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta*. Mataram: Universitas Mataram.  
Indonesia Infrastructure Initiative (IndII). 2014. *Background Paper Renstra Perhubungan 2015-2019, Australia Aid (AusAid)*.  
Majalah Tempo. 2017. *Awas Kredit Macet*. Edisi 27 Maret- 2 April 2017.  
Wirana, Andjar Pachta. 1995. *Penelitian Tentang Aspek Hukum Perjanjian Build, Operate And Transfers BOT* Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI.  
World Bank Group. 2014. *Public-Private Partnerships Reference Guide v.2.0*.

**Internet**

PPP Book 2015, <http://pkps.bappenas.go.id/attachments/article/1302/PPP%20Book%202015.pdf>. Diakses pada tanggal 12 Februari 2017.