

**ANALISIS PENERAPAN 'RULE OF REASON'  
TERHADAP PASAL 22  
UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999  
DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERSEKONGKOLAN  
TENDER DI KPPU**

**TESIS**

Diajukan untuk memenuhi sebagian persyaratan  
memperoleh gelar magister dalam ilmu hukum

Oleh: ~

**MARTA SRI WAHJUNI**

**NIM: 207092014**

**PROGRAM PASCASARJANA MAGISTER ILMU HUKUM  
UNIVERSITAS TARUMANAGARA  
J A K A R T A  
2011**

## SURAT PERNYATAAN HASIL KARYA ILMIAH

Yang bertanda tangan di bawah ini mahasiswa Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara,

**N A M A** : **Marta Sri Wahjuni**  
**NPM** : 207092014  
**Program Studi** : Magister Ilmu Hukum  
**Fakultas** : Hukum  
**Universitas** : Tarumanagara

Menyatakan dengan sejujur-jujurnya bahwa tesis saya sebagaimana terlampir, dengan judul:

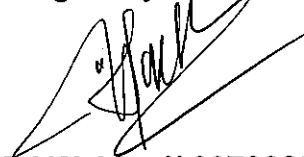
**“Analisis Penerapan ‘Rule of Reason’ Terhadap pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Dalam Penyelesaian Perkara Persekongkolan Tender di KPPU”**

adalah merupakan hasil karya ilmiah yang dibuat oleh saya sendiri dan telah dipertahankan dihadapan Majelis Penguji yang dibentuk oleh Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara dan dinyatakan **“LULUS”** dalam sidang ujian tersebut.

Bilamana dikemudian hari hasil karya ilmiah tesis ini ternyata terbukti adanya unsur **penjiplakan/plagiat**, maka saya bersedia menerima sanksi yang diberikan oleh pihak Universitas Tarumangara.

Demikian surat pernyataan ini dibuat, untuk dapat dipergunakan sebagaimana mestinya.

Jakarta, 23 November 2011  
Yang Menyatakan,



**Marta Sri Wahjuni/ 207092014**

PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS TARUMANAGARA  
JAKARTA

TANDA PENGESAHAN TESIS

NAMA : MARTA SRI WAHJUNI

NIM : 207092014

JUDUL TESIS:

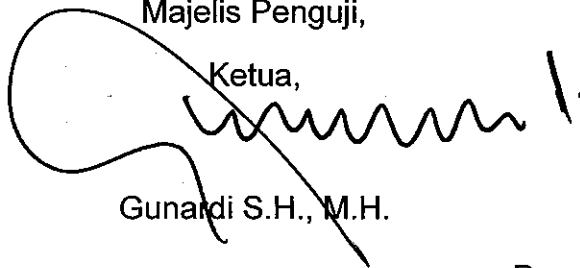
**ANALISIS PENERAPAN 'RULE OF REASON' TERHADAP  
PASAL 22 UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999**

**DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DI KPPU**

Telah dipertahankan di hadapan Majelis Penguji yang dibentuk oleh Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara dan dinyatakan lulus dalam sidang ujian tanggal 23 November 2011.

Majelis Penguji,

Ketua,



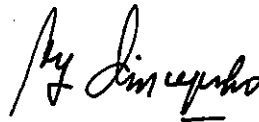
Gunardi S.H., M.H.

Pembimbing/Penguji I



Dr. Tommy Hendra Purwaka, S.H.,LL.M.

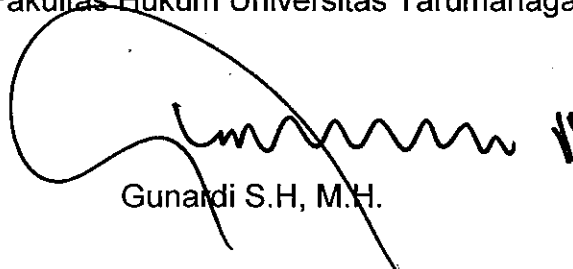
Penguji II



Dr. Susanti Adi Nugroho, S.H.,M.H.

Disahkan di Jakarta, 23 November 2011

Dekan Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara,



Gunardi S.H., M.H.

## KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa, karena atas segala rahmat dan kehendakNya lah penulisan tesis ini dapat diselesaikan dengan baik. Tesis yang berjudul **“ANALISIS PENERAPAN ‘RULE OF REASON’ TERHADAP PASAL 22 UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DI KPPU”** ini diajukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Ilmu Hukum pada Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum, Universitas Tarumanagara, Jakarta.

Penulisan tesis ini tidaklah mungkin berhasil tanpa bantuan dari berbagai pihak. Oleh karena itu, pada kesempatan ini penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada:

1. Bapak Gunardi S.H., M.H., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara;
2. Ibu Dr. Dwi Andayani B.S., S.H., M.H., selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara;
3. Bapak Dr. Tommy Hendra Purwaka, S.H., LL.M., selaku pembimbing materi tesis;
4. Bapak Rasji S.H., M.H., selaku pembimbing dalam teknis penulisan tesis;
5. Seluruh staf Magister Ilmu Hukum Universitas Tarumanagara;
6. Rekan-rekan Magister Ilmu Hukum Universitas Tarumanagara.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa dalam penulisan tesis ini masih banyak kekurangan, kelemahan dan ketidaksempurnaan, untuk itu kritik dan saran yang bersifat konstruktif sangatlah penulis harapkan.

Jakarta, 11 November 2011

Penulis

## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL .....	i
HALAMAN PENGESAHAN .....	ii
KATA PENGANTAR .....	iii
DAFTAR ISI .....	v
ABSTRAK .....	viii
<b>BAB I PENDAHULUAN</b>	
A. Latar Belakang .....	1
B. Permasalahan .....	7
C. Tujuan Penelitian .....	7
D. Kegunaan Penelitian .....	8
E. Metode Penelitian .....	8
F. Landasan Konseptual .....	10
G. Landasan Teori .....	18
H. Sistematika Penulisan .....	31
<b>BAB II TINJAUAN PUSTAKA</b>	
A. Persekongkolan tender .....	33
B. Macam-macam persekongkolan dalam tender .....	36
C. Indikasi persekongkolan dalam tender .....	39
D. Unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 22 UU Nomor 5 .. Tahun 1999 .....	46

E. Mekanisme persekongkolan dalam tender .....	48
F. Pendekatan " <i>Per Se Illegal</i> " dan pendekatan " <i>Rule of Reason</i> "	50
G. Ciri-ciri pasal yang berisi larangan yang bersifat " <i>Rule of Reason</i> " .....	65
H. Pasal-pasal dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menggunakan pendekatan " <i>Rule of Reason</i> " .....	66
I. Pendekatan " <i>Rule of Reason</i> " dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 .....	68
J. Komisi Pengawas Persaingan Usaha .....	69

### BAB III PERKARA-PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DI KPPU

A. Perkara-perkara persekongkolan tender di KPPU .....	72
B. Putusan-putusan KPPU pada tahun 2010 tentang persekongkolan tender .....	76

### BAB IV PENYELESAIAN PERSEKONGKOLAN TENDER MELALUI

#### "*RULE OF REASON*"

A. Persekongkolan tender .....	100
B. Penerapan pendekatan " <i>Rule of Reason</i> " dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 .....	113

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan .....	129
B. Saran .....	131

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

DAFTAR RIWAYAT HIDUP



## ABSTRAK

**Judul Tesis** : ANALISIS PENERAPAN '*RULE OF REASON*' TERHADAP PASAL 22 UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 DALAM PENYELESAIAN PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DI KPPU

**Nama** : MARTA SRI WAHJUNI

**NIM** : 207092014

**Kata kunci** : '*Rule of Reason*', persekongkolan tender

**Isi abstrak** : Hukum dibutuhkan dalam berbagai bidang kehidupan, baik di bidang sosial, politik, budaya ataupun ekonomi. Hukum dan ekonomi adalah dua disiplin ilmu yang berkaitan erat satu sama lain. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, merupakan produk hukum yang berkaitan erat dengan bidang ekonomi. Pasal-pasal dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 sangat menarik untuk diteliti. Salah satu pasal yang menarik untuk diteliti adalah Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, yang mengatur tentang Persekongkolan, yang berbunyi: "Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat." Persekongkolan tender sering terjadi dalam proyek-proyek pengadaan barang/jasa pemerintah, baik itu persekongkolan yang bersifat horizontal, persekongkolan yang bersifat vertikal ataupun persekongkolan campuran. Pelanggaran terhadap Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, bukan saja dapat menciptakan persaingan usaha yang tidak sehat, tetapi juga mengakibatkan kerugian bagi keuangan negara. Berdasarkan latar belakang tersebut, maka penulis melakukan penelitian dengan melakukan analisis ekonomi dari hukum, khususnya yang berkaitan dengan pelanggaran terhadap Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999. Adapun pokok permasalahan yang diteliti adalah: mengapa pelaku usaha melakukan persekongkolan tender dan bagaimana KPPU menerapkan pendekatan '*Rule of Reason*' dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam penyelesaian persekongkolan tender. Untuk memperoleh jawaban atas pokok permasalahan tersebut maka penulis dalam penelitian hukum ini menggunakan metode penelitian hukum normatif. Berdasarkan hasil penelitian dan analisis yang dilakukan, maka penulis berkesimpulan bahwa persekongkolan tender dilakukan oleh pelaku usaha disebabkan antara lain oleh beberapa hal, yaitu: rasionalitas ekonomi, adanya peluang, integritas moral panitia tender, dan regulasi. Sedangkan penerapan pendekatan '*Rule of Reason*' yang dilakukan oleh KPPU merupakan perwujudan dari

pelaksanaan asas 'Praduga Tak Bersalah', di mana KPPU tidak dapat secara langsung atau serta merta menjatuhkan sanksi kepada para pelaku pelanggaran, dan penerapan pendekatan '*Rule of Reason*' yang dilakukan oleh KPPU memerlukan proses yang relatif cukup lama.

## BAB I PENDAHULUAN

### A. Latar belakang

Hukum selalu dibutuhkan dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, baik dibidang sosial, politik, budaya, ataupun dalam bidang ekonomi. Dalam bidang ekonomi, hukum sangat diperlukan karena sumber-sumber ekonomi yang terbatas di satu pihak dan tidak terbatasnya permintaan atau kebutuhan akan sumber ekonomi di lain pihak, agar dapat mencegah timbulnya konflik antara sesama warga dalam memperebutkan sumber-sumber ekonomi tersebut.<sup>1</sup> Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa hukum dan ekonomi adalah dua disiplin ilmu yang saling berhubungan erat satu sama lain. Salah satu produk perundang-undangan yang berkaitan erat dengan bidang ekonomi adalah Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya akan disebut dengan "UU Nomor 5 Tahun 1999"). UU Nomor 5 Tahun 1999 tersebut merupakan produk hukum yang penting bagi masyarakat Indonesia, terutama dalam bidang hukum ekonomi. Mengapa? Karena dalam persaingan usaha yang bebas, selain ada aspek-aspek positif juga ada aspek-aspek negatif, di mana pelaku usaha yang memiliki modal kuat dan kemampuan serta teknologi yang canggih tentunya akan lebih cepat berkembang dan menguasai pasar, sehingga akhirnya akan terjadi monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat. Untuk itulah keberadaan UU Nomor 5 Tahun 1999 sebagai perangkat hukum sangat dibutuhkan oleh seluruh masyarakat

---

<sup>1</sup> Hermansyah, *Pokok-pokok Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2008), hal. 7.

Indonesia untuk menjaga keseimbangan dalam pertumbuhan ekonomi nasional. UU Nomor 5 Tahun 1999 merupakan rambu-rambu dan batasan dalam mengakses "kue" pembangunan sehingga si besar tidak dengan seenaknya mengambil bagian si kecil.<sup>2</sup>

UU Nomor 5 Tahun 1999 ini pada prinsipnya berisi 6 bagian pengaturan yang terdiri dari:

1. perjanjian yang dilarang;
2. kegiatan yang dilarang;
3. posisi dominan;
4. komisi pengawas persaingan usaha;
5. penegakan hukum;
6. ketentuan lain-lain.

Pasal-pasal dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tersebut sangat menarik untuk dipelajari dan ditelaah lebih mendalam, antara lain pasal-pasal yang berisi larangan yang bersifat "*Rule of Reason*". Oleh karena itu, penulis mencoba untuk mempelajari salah satu pasal yang berisi larangan yang bersifat "*Rule of Reason*", yaitu pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, yang mengatur tentang larangan persekongkolan tender. Persekongkolan tender ini merupakan salah satu bentuk pelanggaran yang seringkali terjadi dalam proyek-proyek pengadaan barang/jasa pemerintah. Harus diakui bahwa dalam setiap pengadaan (tender) atau lelang pengadaan barang dan jasa yang terjadi di pemerintahan, Badan

---

<sup>2</sup> Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis, Anti Monopoli* (Jakarta: P.T. Rajagrafindo Persada, 1999), hal. 6.

Usaha Milik Negara (BUMN), ataupun perusahaan swasta, memang rawan praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme (KKN).<sup>3</sup> Terjadinya persekongkolan tender menurut UNCTAD merupakan pelanggaran terhadap pengertian tender itu sendiri: *"Collusive tendering is inherently anti-competitive, since it contravenes the very purpose of inviting tenders, which is to procure goods or services on the most favourable prices and conditions..."*<sup>4</sup>

Ketentuan *Rule of Reason* sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 memberikan mandat kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha ("KPPU") untuk mencegah, melakukan tindakan pengawasan serta memberikan sanksi terhadap persekongkolan tender yang mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Di samping itu, KPPU juga dapat memberikan saran-saran dan rekomendasi kepada pemerintah berkaitan dengan pelaksanaan UU Nomor 5 Tahun 1999 tersebut.

Pemerintah dalam upaya meningkatkan kesejahteraan seluruh rakyat Indonesia, secara terus menerus dan berkesinambungan melaksanakan pembangunan ekonomi nasional. Salah satu di antaranya adalah dengan menyelenggarakan proyek-proyek berdasarkan ketentuan hukum pengadaan barang/jasa pemerintah. Proyek-proyek pengadaan barang/jasa pemerintah ini pelaksanaannya diatur dalam bentuk Keputusan Presiden ("Keppres"),

---

<sup>3</sup> Rocky Marbun, *Persekongkolan Tender Barang/Jasa* (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2010), hal. 12.

<sup>4</sup> Knud Hansen et al., *Legal Commentary on Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition* (Jakarta: GTZ/IPT Katalis Mitra Plaosan, 2002), hal 313.

yang diawali dengan Keppres Nomor 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah, dan kemudian disempurnakan dengan terbitnya Keppres Nomor 80 Tahun 2003. Keppres Nomor 80 Tahun 2003 ini mengalami tujuh kali revisi, yaitu:<sup>5</sup>

1. perubahan pertama: Keppres Nomor 61 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
2. perubahan kedua: Perpres Nomor 32 Tahun 2005 tentang Perubahan Kedua Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
3. perubahan ketiga: Perpres Nomor 70 Tahun 2005 tentang Perubahan Ketiga Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
4. perubahan keempat: Perpres Nomor 8 Tahun 2006 tentang Perubahan Keempat Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
5. perubahan kelima: Perpres Nomor 79 Tahun 2006 tentang Perubahan Kelima Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
6. perubahan keenam: Perpres Nomor 85 Tahun 2006 tentang Perubahan

---

<sup>5</sup> Rocky Marbun, *Tanya jawab Seputar Tata Cara Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah* (Jakarta: Visimedia, 2010), hal. 11.

Keenam Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang  
Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;

7. perubahan ketujuh: Perpres Nomor 95 Tahun 2007 tentang Perubahan  
Ketujuh Atas Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang  
Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Keppres Nomor 80 Tahun 2003 ini kemudian dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi dengan ditetapkannya Perpres Nomor 54 Tahun 2010 yang mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 2011. Dalam penjelasan umum Perpres Nomor 54 Tahun 2010 dinyatakan bahwa Perpres ini bertujuan untuk menciptakan keterbukaan, transparansi, akuntabilitas serta prinsip persaingan/kompetisi yang sehat dalam pelaksanaan proyek-proyek pengadaan barang/jasa pemerintah.

Namun demikian, dalam kenyataannya seringkali terjadi penyimpangan perilaku dari sebagian pelaku usaha dan pelaksana pengadaan barang/jasa pemerintah yang didasari oleh niat atau keinginan untuk mencari keuntungan yang sebesar-besarnya dengan berbagai cara. Penyimpangan-penyimpangan yang terjadi bukan saja menciptakan persaingan yang tidak sehat sehingga menghambat pertumbuhan perekonomian dalam masyarakat, namun juga menimbulkan kerugian bagi keuangan negara karena penggunaannya tidak efektif dan efisien.

Agar mampu mengimbangi perkembangan ilmu hukum dalam arus globalisasi seperti saat ini, maka seorang sarjana hukum haruslah mempunyai ilmu pengetahuan yang cukup, tidak hanya mengetahui ilmu hukum saja, tetapi sebaiknya juga mengetahui berbagai bidang ilmu pengetahuan lainnya. Para

sarjana hukum harus mempunyai wawasan yang luas terhadap berbagai bidang ilmu pengetahuan hukum dan mempunyai kecerdasan secara akademis untuk mengantisipasi berbagai problema hukum yang terjadi saat ini.<sup>6</sup>

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas dan dengan melihat adanya keterkaitan yang erat antara bidang ekonomi dan hukum, maka penulis akan melakukan suatu penelitian dengan melakukan analisis ekonomi terhadap hukum yang berlaku, khususnya Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Analisis ekonomi terhadap hukum (*Economic Analysis of Law*) pada dasarnya adalah mengacu pada sebuah bidang studi yang mempelajari penerapan metode-motode ilmu ekonomi guna mengatasi problematika hukum yang muncul dalam kehidupan masyarakat sehari-hari.<sup>7</sup> Menurut Robert Cooter dan Thomas Ulen, analisis ekonomi terhadap hukum (*Economic Analysis of Law*) adalah: “An interdisciplinary subject, bringing together the tools of two great fields of study.”<sup>8</sup> Pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum ini juga merupakan pendekatan yang dianjurkan oleh beberapa pakar hukum sejak tahun 1990-an, seperti Satjipto Rahardjo dan Charles Himawan, melalui pendekatan ini maka prinsip dalam ilmu ekonomi dapat diterapkan dalam berbagai segi kehidupan, termasuk hukum.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> H. Abdul Manan, *Aspek-aspek Pengubah Hukum* (Jakarta: Kencana, 2009), hal.149.

<sup>7</sup> Johnny Ibrahim; *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum, Teori Dan Implikasi Penerapannya Dalam Penegakan Hukum* (Surabaya: ITS Press, 2009), hal. 9.

<sup>8</sup> Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* (USA: Harper Collins Publishers, 1988), hal. 12.

<sup>9</sup> Adi Sulistiyono & Muhammad Rustamaji, *Hukum Ekonomi Sebagai Panglima* (Sidoarjo: Masmedia Buana Pustaka, 2009), hal. 89.



Berdasarkan hal-hal yang telah diuraikan di atas, maka penulis akan melakukan penelitian dengan membahas masalah-masalah yang berkaitan erat dengan pelaksanaan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Penelitian ini akan diwujudkan dalam suatu tesis yang berjudul **“Analisis Penerapan ‘Rule of Reason’ Terhadap Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Dalam Penyelesaian Perkara Persekongkolan Tender di KPPU”**.

#### **B. Permasalahan:**

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan sebelumnya, ada dua pokok permasalahan yang terangkum dalam identifikasi masalah yang hendak diteliti, yaitu sebagaimana tersebut di bawah ini:

1. Mengapa pelaku usaha melakukan persekongkolan tender?
2. Bagaimana KPPU menerapkan pendekatan *“Rule of Reason”* dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam penyelesaian persekongkolan tender?

#### **C. Tujuan Penelitian:**

Adapun tujuan dilakukannya penelitian hukum terhadap pokok-pokok permasalahan sebagaimana tersebut di atas, antara lain adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui penyebab persekongkolan tender yang dilakukan oleh para pelaku usaha.
2. Untuk mengetahui penerapan pendekatan *“Rule of Reason”* oleh KPPU dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

#### **D. Kegunaan Penelitian:**

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat bagi para pihak, baik akademisi maupun praktisi hukum, yaitu:

1. Kegunaan teoritis: penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan-masukan yang positif bagi pengembangan ilmu hukum khususnya dalam bidang hukum yang berkaitan dengan monopoli dan persaingan usaha. Penelitian ini juga diharapkan dapat melengkapi hasil penelitian yang pernah dilakukan oleh pihak-pihak lain sebelumnya dalam bidang kajian yang sama.
2. Kegunaan praktis: hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi sumber informasi bagi pemerintah selaku pembentuk Undang-undang dalam merumuskan kebijakan-kebijakan khususnya yang berkaitan dengan persekongkolan tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

#### **E. Metode Penelitian:**

Metode yang digunakan dalam penelitian hukum ini adalah metode penelitian hukum normatif. Pokok-pokok permasalahan akan diteliti berdasarkan peraturan-peraturan dan teori-teori yang berkaitan dengan monopoli dan persaingan usaha dalam penelitian ini khususnya mengenai persekongkolan tender, kemudian akan dianalisa sehingga dapat ditarik kesimpulan-kesimpulan yang bersifat umum.

Data yang digunakan dalam penelitian hukum ini adalah data sekunder.

Sumber data sekunder yang dipakai dalam penelitian hukum ini meliputi:

1. Bahan hukum primer:

- a. Undang-undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (diundangkan dalam Lembaran Negara Nomor 33 Tahun 1999);
- b. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah;
- c. Peraturan-peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia.

2. Bahan hukum sekunder:

- a. Buku-buku yang berhubungan dengan analisis ekonomi dari hukum dan persekongkolan tender;
- b. Hasil penelitian serta karya-karya ilmiah yang berhubungan dengan persekongkolan tender.

3. Bahan hukum tersier:

- a. Kamus Bahasa Indonesia;
- b. Kamus Bahasa Inggris;
- c. Kamus Hukum.

## F. Landasan Konseptual:

Dalam penelitian hukum, adanya landasan atau kerangka konseptual dan landasan atau kerangka teoritis menjadi syarat penting.<sup>10</sup> Oleh karena itu, sebelum melangkah lebih lanjut dalam penelitian ini, maka terlebih dahulu akan dijelaskan beberapa konsepsi atau pengertian yang akan digunakan dalam penelitian hukum ini, yaitu sebagai berikut:

1. Tender: menurut penjelasan Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999 yang dimaksud dengan *tender* adalah: "Tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa."
2. Pelaku usaha: dalam Pasal 1 ayat (5) UU Nomor 5 Tahun 1999, *pelaku usaha* didefinisikan sebagai berikut:

"Pelaku usaha adalah setiap 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."

3. Persekongkolan: dalam Pasal 1 ayat (8) UU Nomor 5 tahun 1999, *persekongkolan* didefinisikan sebagai berikut: "Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol." Ada

---

<sup>10</sup> Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: C.V. Rajawali, 1986), hal. 8.

dua unsur yang harus dipenuhi sebelum menerapkan pasal ini, pertama para pihak haruslah peserta dan kedua mereka harus menyepakati persekongkolan.<sup>11</sup>

4. Bersekongkol: Dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, KPPU memberikan definisi *bersekongkol* sebagai berikut: “Bersekongkol adalah kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.”

Unsur bersekongkol antara lain dapat berupa:

- a. kerjasama antara dua pihak atau lebih;
- b. secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya;
- c. membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan;
- d. menciptakan persaingan semu;
- e. menyetujui dan/atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan;
- f. tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu;

---

<sup>11</sup> Tresna P. Sumardi, *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha* (Jakarta: NLRP, 2010), hal. 103.

- g. sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu;
  - h. pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.
5. Pihak lain: Berdasarkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, yang dimaksud dengan *pihak lain* dalam Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999 adalah: "Para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan/atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut."
6. Mengatur dan/atau Menentukan Pemenang Tender: Berdasarkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, yang dimaksud dengan *mengatur atau memenangkan tender* adalah: "Suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara." Pengaturan dan/atau penentuan pemenang tender tersebut antara

lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya.

7. Persaingan Usaha Tidak Sehat: Berdasarkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, yang dimaksud dengan *persaingan usaha tidak sehat* adalah: "Persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha."

8. KPPU: dalam penjelasan UU Nomor 5 Tahun 1999 dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan KPPU adalah: "Lembaga independen yang terlepas dari pengaruh pemerintah dan pihak lain, yang berwenang melakukan pengawasan persaingan usaha dan menjatuhkan sanksi." Selanjutnya mengenai KPPU tersebut diatur dalam Pasal 30 ayat (1), (2), dan ayat (3) UU Nomor 5 Tahun 1999, yang berbunyi demikian:

Pasal 30 ayat (1): "Untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang selanjutnya disebut Komisi."

Pasal 30 ayat (2): "Komisi adalah suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lain."

Pasal 30 ayat (3): "Komisi bertanggung jawab kepada presiden."

KPPU bertugas melakukan pemeriksaan terhadap para pelaku usaha

yang diduga melakukan pelanggaran terhadap UU Nomor 5 Tahun 1999 dan menjatuhkan sanksi jika pelaku usaha bersangkutan terbukti bersalah.<sup>12</sup>

Untuk dapat memahami cara kerja analisis ekonomi terhadap hukum, maka terlebih dahulu akan dijelaskan beberapa konsep-konsep ekonomi yang menjadi dasar dalam melakukan analisis ekonomi terhadap hukum. Analisis ekonomi terhadap hukum adalah merupakan bidang studi yang mempelajari penerapan metode-metode ilmu ekonomi guna mengatasi problematika hukum yang muncul dalam kehidupan masyarakat sehari-hari. Termasuk dalam ruang lingkup studinya adalah penggunaan konsep-konsep ekonomi guna mengkaji dan menjelaskan efek dan akibat-akibat penerapan aturan hukum tertentu, apakah penerapan hukum yang dimaksud efisien secara ekonomi, dan memprediksi hukum seperti apa yang perlu untuk diundangkan, yang menyajikan manfaat yang paling maksimal bagi masyarakat tanpa mengorbankan fungsi hukum yang sesungguhnya.<sup>13</sup> Analisis ekonomi dalam penegakan hukum persaingan diperlukan untuk menentukan dan atau memprediksi dampak dari suatu perilaku (*behavior*).<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Suyud Margono, *Hukum Anti Monopoli* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hal. 35.

<sup>13</sup> Johnny Ibrahim, *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum* (Surabaya: ITS Press, 2009), hal. 50.

<sup>14</sup> Andi Fahmi, "Analisis Ekonomi Dalam Hukum Persaingan Usaha", *Law Review*, vol. IX, no. 3 (Maret 2010): 495.



Berikut ini beberapa konsep ekonomi yang digunakan dalam melakukan penelitian hukum ini:<sup>15</sup>

1. Rasionalitas ekonomi:

Sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang disebut dengan *homo-economicus*, manusia dianggap memiliki nalar yang cenderung berorientasi pada hal-hal yang bersifat ekonomis. Oleh karena itu, analisis ekonomi terhadap hukum dibangun atas dasar konsep umum dalam ilmu ekonomi antara lain:

- a. Pemanfaatan secara maksimal (*utility maximization*);
- b. Rasionalitas (*rationality*);
- c. Stabilitas pilihan dan biaya peluang (*the stability of preferences and opportunity cost*);
- d. Distribusi (*distribution*).

Atas dasar konsep ekonomi tersebut, analisis ekonomi terhadap hukum membangun suatu asumsi baru, yaitu bahwa manusia secara rasional akan berusaha mencapai kepuasan maksimum bagi dirinya. Penalarannya adalah bahwa dalam setiap aspek kehidupannya, manusia harus membuat keputusan tertentu, oleh karena sifat manusia yang memiliki keinginan tanpa batas, sementara berbagai sumber daya yang tersedia sangatlah terbatas. Jika terhadap suatu pilihan ia dapat memperoleh keinginannya

---

<sup>15</sup> Johnny Ibrahim, *Op. Cit.*, hal.50.

melebihi pilihan yang lain, maka ia akan menjatuhkan pilihan yang terbaik dan efisien bagi dirinya dan konsisten dengan pilihannya itu.

Konsep tentang pilihan dan rasionalitas mengakibatkan seseorang harus mengeluarkan biaya atas peluang (*opportunity cost*), yaitu biaya yang terjadi karena meninggalkan satu pilihan untuk mengupayakan pilihan yang lain yang dianggap lebih baik. Analisis ekonomi terhadap hukum melihat konsep rasionalitas ini dari segi efisiensi atas pilihan terhadap aturan hukumnya. Pendekatan dari segi efisiensi dalam memandang hukum itu adalah dalam usaha meminimalkan biaya sosial (*social cost*) terhadap suatu aktivitas tertentu. Suatu contoh yang sederhana untuk dapat memberikan gambaran yang jelas adalah: tujuan hukum dalam hubungannya dengan kecelakaan adalah dalam usaha memperkecil biaya kecelakaan dan mencegah terjadinya kecelakaan. Dalam hubungan dengan kelalaian misalnya, tujuan hukum adalah untuk mencegah kecelakaan yang adalah merupakan peristiwa tidak ekonomis dan oleh karena itu diberlakukannya pertanggungjawaban seseorang terhadap akibat kecelakaan itu justru diadakan untuk mencegah kecenderungan berbuat ceroboh dalam berlalu lintas di jalan.

## 2. Efisiensi Ekonomi:

Ada dua konsep ekonomi tentang efisiensi, yang pertama yaitu '*Pareto Efficiency*' atau sering juga disebut '*Pareto Optimality*' yang akan mempertanyakan apakah suatu kebijaksanaan atau perubahan

hukum akan membuat seseorang lebih baik dengan tidak mengakibatkan posisi orang lain menjadi lebih buruk. Yang kedua adalah apa yang dinamakan dengan '*Kaldor-Hicks Efficiency*' yang esensinya adalah mempertanyakan apakah suatu kebijaksanaan atau perubahan akan menghasilkan keuntungan yang cukup bagi mereka yang mengalami perubahan itu, atau dengan kata lain apakah dengan perubahan tersebut menyediakan kompensasi yang seimbang kepada mereka yang dirugikan akibat kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut. Pendekatan ini disebut juga dengan pendekatan atas dasar analisis biaya dan manfaat (*cost-benefit analysis*). Hukum yang bertujuan untuk memajukan efisiensi ekonomi dalam kerangka pasar bebas adalah diwujudkan dalam bentuk campur tangan pemerintah dalam berbagai bentuk kebijakan publik.

Menurut Samuelson dan Nordhouse sebagaimana dikutip oleh Johnny Ibrahim dalam bukunya "Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum", pemerintah memiliki tiga fungsi utama, yakni:<sup>16</sup>

1. meningkatkan efisiensi;
2. menciptakan pemerataan dan keadilan, serta;
3. memacu pertumbuhan ekonomi secara makro dan memelihara stabilitasnya.

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, hal. 59.

## G. Landasan Teori:

Dalam penelitian hukum ini ada dua teori yang berkaitan erat dengan pokok permasalahan yang akan diteliti, yaitu:<sup>17</sup>

### 1. Teori tentang regulasi yang terdiri dari:

#### a. Teori Kepentingan Publik:

Apa yang melandasi regulasi demi kepentingan publik (*public interest*) pada dasarnya adalah menyangkut pengaturan guna memberikan kemungkinan terbaik terhadap alokasi sumber daya yang langka (*scarce resources*) baik untuk kepentingan individu maupun kepentingan umum (*collective*) terhadap suatu jenis barang. Pada perekonomian negara-negara barat awalnya alokasi sumber daya yang langka terutama disandarkan pada keyakinan akan bekerjanya mekanisme pasar (*market mechanism*) yang dipercaya akan bekerja secara optimal. Namun teori yang mendukung bekerjanya mekanisme pasar dalam rangka mengalokasikan sumber daya yang langka secara optimal, ternyata dalam praktek memiliki banyak kekurangan, sehingga pilihan terhadap campur tangan negara guna mengatur secara adil alokasi sumber daya yang langka tersebut, adalah merupakan sebuah pilihan yang logis. Regulasi oleh pemerintah dalam rangka untuk menjaga kepentingan publik dalam hal ini regulasi adalah merupakan sebuah instrumen guna mengatasi

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, hal. 74.

kekurangan dalam kondisi persaingan yang tidak sempurna (*imperfect competition*), beroperasinya pasar yang tidak seimbang (*unbalanced market operation*), pasar yang hilang (*missing market*) dan hasil kegiatan pasar yang tidak dikehendaki (*undesirable market result*).

Salah satu segi yang harus diperhatikan dalam merancang penerapan Teori Kepentingan Publik ini adalah untuk menjaga keseimbangan akibat kegagalan pasar (*market failure*) sehingga masyarakat tidak dirugikan dan sistem perekonomian tetap berjalan dalam koridor yang konsisten dengan kepentingan publik. Salah satu penyebab kegagalan pasar adalah kekuatan monopoli, namun demikian kegagalan pasar juga dapat disebabkan oleh adanya eksternalitas. Bahwa apa yang dimaksud dengan eksternalitas adalah sebuah istilah ekonomi yang mengacu pada akibat sampingan, baik atau buruk yang ditimbulkan oleh kegiatan mengkonsumsi atau memproduksi, seperti misalnya pencemaran lingkungan akibat pembuangan limbah beracun dari pabrik-pabrik. Namun juga ada aktifitas yang membawa hasil positif dari eksternalitas, seperti misalnya keuntungan sosial yang diberikan oleh perusahaan dalam pelatihan tenaga kerja yang menjadikan tenaga kerja lebih siap pakai dalam pekerjaan mereka.

Prinsip kebebasan berkontrak juga dapat digunakan oleh pihak-pihak tertentu yang dapat menghalangi bekerjanya mekanisme pasar. Contohnya adalah perjanjian antara produsen untuk menurunkan

harga sedemikian rupa serta membanjiri pasar dengan harga murah agar pendatang baru dalam industri terkait keluar dari pasar bersangkutan dan akhirnya tergusur dari arena pasar karena mengalami kerugian terus menerus. Hal sebaliknya adalah melakukan perjanjian untuk menaikkan harga guna memperoleh keuntungan besar, dengan memperkecil volume produk yang dihasilkan. Dalam hal ini, peraturan tentang monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dibuat dengan tujuan untuk memastikan agar mekanisme pasar dapat berlangsung tanpa gangguan. Regulasi yang dibuat adalah untuk memonitor agar jangan sampai terjadi pemusatan kekuatan ekonomi secara berlebihan yang dapat disalahgunakan para pelaku pasar untuk menghilangkan persaingan.

b. Teori Regulasi Ekonomi :

Awal munculnya Teori Regulasi Ekonomi adalah tulisan Richard A. Posner pada tahun 1974 yang berjudul *The Economic Theory of Regulation* yang dimuat dalam 5 *Bell Journal of Economics and Management Science*. George J. Stigler ekonom dari Universitas Chicago dalam jurnal yang sama pada tahun 1971 juga menulis sebuah topik *The Theory of Economic Regulation*, sehingga teori ini juga disebut *The Chicago Theory of Regulation*. Adapun teori ini dibangun dengan berpusat pada anggapan bahwa sebagai sebuah aturan, regulasi sesungguhnya dibutuhkan oleh industri dan sebuah regulasi dirancang dan diterapkan guna memberikan manfaat bagi

perkembangan industri itu sendiri. Melalui kebijakan regulasi yang dilaksanakan pemerintah, maka ada perusahaan yang diuntungkan, namun ada juga yang dirugikan. Karena itu demi kepentingan bisnis, bidang-bidang industri tertentu, sekelompok pengusaha melakukan pendekatan dan membangun opini agar para politisi yang berpengaruh dan berwenang menentukan regulasi yang terkait membuat aturan yang menguntungkan mereka. Secara individual, pendekatan itu tentunya tidak dapat dilakukan karena membutuhkan dana besar, menghabiskan waktu dan energi, sementara hasilnya belum pasti.

Bagi kelompok-kelompok usaha besar, ekonomi biaya tinggi yang dikeluarkan dalam rangka negosiasi dengan para politisi, dalam jangka panjang tidak akan mempengaruhi kinerja perusahaan-perusahaan mereka, karena beban biaya dimasukkan dalam biaya produksi. Sebaliknya para politisi tentu tetap menginginkan jabatan mereka dan dana untuk mencapai tujuan politis itu mereka memerlukan dukungan dana. Perilaku pengusaha dan politisi itu akan mengakibatkan munculnya apa yang dinamakan *rent seeking*.

Makna *rent seeking* menurut *Virginia School of Public Choice* sebagaimana dikutip oleh Johnny Ibrahim dalam bukunya 'Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum' adalah: "*political activity of individuals and groups to devote scarce resource to the pursuit of monopoly rights granted by governments*". Apabila *rent seeking* ini terjadi, akan mengakibatkan biaya tinggi, sehingga perekonomian tidak

terselenggara secara efisien. Menurut teori ini, anomali seperti ini seharusnya tidak terjadi, karena tujuan hukum adalah untuk menciptakan atau mengusahakan keadilan bagi masyarakat luas tidak tercapai, pada pihak lain kesenjangan dan ketidakadilan ekonomi tersebut berlangsung dengan memanipulasi regulasi dalam bentuk aturan hukum yang mengikat.

Salah satu cara yang dapat ditempuh pemerintah untuk mempertinggi efisiensi kegiatan ekonomi adalah melakukan kebijakan regulasi dalam bentuk perundang-undangan dan mengupayakan agar tidak terjadi *rent seeking* oleh para pengusaha. Berdasarkan teori ini, peraturan perundang-undangan yang dibuat pemerintah tersebut pada dasarnya dirancang untuk mencapai dua tujuan, yaitu:

- a. Peraturan perundang-undangan dibuat untuk menciptakan iklim usaha yang mengacu pada terciptanya mekanisme pasar yang efisien dan lancar dan keterbukaan informasi yang memadai bagi para pelaku usaha.
- b. Peraturan perundang-undangan dibuat untuk memastikan agar persaingan yang dilakukan oleh para pelaku usaha dilakukan sebebaskan mungkin, di mana kekuatan monopoli harus disingkirkan karena menghalangi terselenggaranya persaingan usaha yang sehat.



## 2. Teorema Coase:

"The Coase theorem is an important basis for most modern economic analyses of government regulation, especially in the case of externalities."<sup>18</sup> Teorema Coase ini melekat erat pada pencetusnya yaitu Ronald Harry Coase, seorang profesor dari Universitas Chicago. Coase sangat terkenal dengan dua artikelnya, yaitu:<sup>19</sup>

- a. *The Nature of The Firm* yang memperkenalkan konsep tentang biaya transaksi (*transaction cost*); dan
- b. *The Problem of Social Cost* yang membahas tentang eksternalitas (*external cost*).

Menurut Coase, ada berbagai biaya transaksi (*transaction cost*) yang terjadi di pasar sehingga biaya aktual untuk memperoleh barang dan jasa Yang tersedia ternyata lebih besar dari harga sesungguhnya. Rincian biaya-biaya lainnya antara lain adalah:<sup>20</sup>

1. biaya yang dikeluarkan untuk memperoleh informasi guna menemukan barang dan jasa tersebut;
2. biaya untuk mendapatkan barang dan jasa terkait;
3. biaya tawar menawar;
4. biaya untuk menjaga rahasia dagang;
5. biaya untuk membuat kebijakan dan menegakkannya;

---

<sup>18</sup> "Coase Theorem" (online), tersedia di: [http://en.wikipedia.org/wiki/coase\\_theorem](http://en.wikipedia.org/wiki/coase_theorem) (4 April 2011), hal 1.

<sup>19</sup> "Ronald Coase" (online), tersedia di: [http://en.wikipedia.org/wiki/Ronald\\_Coase](http://en.wikipedia.org/wiki/Ronald_Coase) (26 Maret 2011), hal 2.

<sup>20</sup> Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, hal. 184.

Keseluruhan biaya tersebut akan menambah beban biaya perusahaan. Berdasarkan pemikiran tersebut, Coase membuat asumsi bahwa perusahaan akan tumbuh menjadi besar jika perusahaan tersebut mampu mengerjakan apa yang menjadi kebutuhan internal mereka, dengan meniadakan biaya-biaya ekstra yang membebani perusahaan.

Selanjutnya, Coase mengemukakan tentang biaya eksternal, menurut Coase, eksternalitas tidak termasuk dalam Produk Nasional Bruto tetapi mempengaruhi kesejahteraan masyarakat. Polusi adalah contoh utama bagaimana suatu biaya eksternal dibebankan kepada masyarakat. Jadi meskipun output nasional meningkat karena adanya aktifitas produksi, namun pada derajat tertentu aktifitas tersebut akan menurunkan tingkat kesejahteraan masyarakat dan kualitas kehidupannya. Dalam hal ini produsen hanya menghitung struktur biaya yang meliputi bahan baku, tenaga kerja, produsen tersebut tidak menghitung biaya-biaya sosial dari polusi yang diakibatkan aktifitas produksi yang dihasilkannya. Dari aspek positifnya, eksternalitas juga menghasilkan keuntungan sosial yang tidak diperhitungkan seperti keahlian yang diperoleh pekerja karena menerima pelatihan-pelatihan yang memungkinkan pekerja memiliki kemampuan untuk bekerja di mana saja. Namun dampak positif ini juga tidak diperhitungkan dalam pendapatan bruto nasional.

Berkaitan dengan eksternalitas ini, Coase berbeda pendapat dengan Arthur Pigou. Dalam pandangan Pigou, untuk menjadikan bisnis berjalan secara ekonomis dan efisien, maka diperlukan adanya upaya pemerintah yang memaksa, misalnya melalui kebijakan perpajakan, regulasi dan penegakkan hukum berupa pembebanan ganti rugi terhadap para pelaku bisnis guna melakukan internalisasi terhadap biaya-biaya yang harus dipikul orang lain sebagai akibat biaya eksternal yang dibebankan pada orang lain berkaitan dengan upaya menghasilkan dan memasarkan barang yang dihasilkan pelaku bisnis yang bersangkutan. Sedangkan menurut Coase, biaya eksternal tersebut adalah merupakan kombinasi dari dua aktifitas. Sebagaimana dikutip oleh Johnny Ibrahim dalam bukunya "Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum", Coase menjelaskan pandangannya sebagai berikut:<sup>21</sup>

*"In the case of cattle and the crops, it is true that there would be no crop damage without the cattle. It is equally true that there would be no crops damage without the crops. ....If we are to discuss the problem in terms of causation, both parties cause the damage. If we are to attain an optimum allocation of resources, it is therefore desirable that both parties should take the harmful effect (the nuisance) into account in deciding on their course of action."*

Penjelasan Coase ini kemudian dikembangkan oleh Mitchel Polinsky. Polinsky mengumpamakan dengan problema yang dihadapi oleh sebuah pabrik yang menghasilkan produk tertentu. Dalam proses menghasilkan produk tersebut, pabrik mengeluarkan asap sebagai hasil sampingan

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, hal. 188.

yang menyebabkan polusi yang menimbulkan kerusakan pada baju yang dijemur oleh 5 (lima) tetangga yang rumahnya berada di sekitar pabrik yang menghasilkan tersebut. Kerusakan terhadap masing-masing baju yang digantung pada jemuran adalah seharga \$ 75, berarti kerusakan total adalah  $5 \times \$ 75 = \$ 375$ . Masalah kerusakan baju tersebut dapat diatasi dengan dua cara, yaitu:<sup>22</sup>

- a. dengan memasang peralatan filter pada cerobong pabrik seharga \$ 150; atau
- b. dengan memberikan 5 unit alat pengering listrik pada tetangga masing-masing seharga \$ 50, dengan total biaya \$ 250.

Dalam situasi ini maka pilihan yang paling baik dan rasional adalah memasang filter pada cerobong pabrik karena dengan biaya hanya \$ 150 tentu lebih murah daripada menyediakan alat pengering listrik seharga \$ 250 pada tetangga yang jemurannya terkena polusi pabrik. Dalam kasus ini, pertanyaan yang relevan yang dikemukakan oleh Coase adalah manakah yang akan menghasilkan keluaran (*output*) yang paling efisien jika hak atau kewajiban membersihkan udara yang tercemar asap tersebut diberikan kepada penghuni rumah atau jika hak untuk mencemari udara diberikan kepada pabrik yang mengeluarkan asap tersebut. Jika hak untuk membersihkan udara diberikan kepada penghuni rumah, maka pabrik

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, hal.191.

yang mengeluarkan polusi udara tersebut mempunyai tiga pilihan:

- a. membayar \$ 375 kepada tetangga penghuni rumah sebagai ganti rugi;
- b. membeli 5 unit @ 50/unit alat pengering listrik untuk penghuni rumah seharga \$ 250;
- c. memasang filter pada cerobong asap pabrik dengan biaya \$ 150.

Pilihan akan jatuh pada pemasangan filter pada cerobong pabrik dengan biaya \$ 150, karena inilah pilihan yang paling efisien ketimbang membayar ganti rugi sebesar \$ 375 atau membeli alat pengering senilai \$ 250. Dalam hal hak untuk mencemari udara diberikan kepada pabrik, maka penghuni rumah memiliki tiga pilihan:

- a. menderita kerugian akibat asap pabrik senilai \$ 375;
- b. membeli lima alat pengering @ \$ 50 seharga \$ 250;
- c. membeli filter dan memasangkannya pada cerobong asap pabrik dengan biaya \$ 150.

Pilihan yang paling efisien tentunya adalah membeli filter dan memasangkannya pada cerobong asap. Dengan demikian solusi paling efisien untuk memasang cerobong asap tidak berkaitan apakah hak hukum diberikan kepada pabrik atau diberikan kepada penghuni rumah.

Pada ilustrasi yang digambarkan Polinsky tersebut, diasumsikan bahwa para penghuni rumah dapat menyelesaikan permasalahan pencemaran tanpa biaya ekstra. Inilah yang dinamakan transaksi berbiaya

nol (zero transaction cost).<sup>23</sup> Jika para pihak mengeluarkan uang untuk kepentingan bersama dalam mengupayakan sebuah negosiasi dan melaksanakan kesepakatan yang dicapai tersebut, maka transaksi yang terjadi bukan lagi transaksi berbiaya nol. Biaya transaksi dalam hal ini adalah segala komponen biaya yang dikeluarkan oleh para pihak misalnya saja biaya untuk memperoleh informasi yang memadai tentang sebab-sebab terjadi pencemaran lingkungan yang dialami penduduk sekitar pabrik akibat polusi asap cerobong, biaya untuk melakukan negosiasi, biaya untuk merancang sebuah perjanjian bagi penyelesaian kasus antara para pihak dan biaya-biaya lain yang terkait. Dari ilustrasi Polinsky tersebut, maka ia menyusun Teorema Coase dalam sebuah kalimat: *"If there are zero transaction costs, the efficient outcome will occur regardless of the choice of the legal rule."*<sup>24</sup> Dalam kenyataan sehari-hari, sesungguhnya *zero transaction cost* jelaslah tidak realistis. Para pihak yang menghadapi masalah pencemaran di atas sesungguhnya juga harus meluangkan waktunya yang berharga dan mengeluarkan uangnya agar bertemu bersama secara kolektif, guna mencari jalan keluar terhadap permasalahan yang dihadapi. Misalnya saja diperlukan biaya \$ 60 untuk mempertemukan para penduduk, jika penduduk diberi hak untuk membersihkan udara yang tercemar, maka pihak pabrik kembali kembali

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, hal. 192.

<sup>24</sup> *Ibid.*

menghadapi tiga pilihan penyelesaian, yaitu:

- a. membayar \$ 375 kepada tetangga penghuni rumah sebagai ganti rugi;
- b. membeli 5 unit @ 50/unit alat pengering listrik untuk penghuni rumah seharga \$ 250;
- c. memasang filter pada cerobong asap pabrik dengan biaya \$ 150.

Pilihan tetap akan jatuh pada pemasangan filter pada cerobong pabrik dengan biaya \$ 150, karena inilah pilihan yang paling efisien ketimbang membayar ganti rugi sebesar \$ 375 atau membeli alat pengering senilai \$ 250. Namun jika pabrik yang diberi hak untuk mencemari lingkungan, maka setiap penduduk akan mempertimbangkan kembali apakah:

- a. akan menerima kerugian sebesar \$ 75;
- b. membeli alat pengering seharga \$ 50; atau
- c. secara kolektif mengeluarkan biaya bersama sebesar \$ 60 guna mencapai kesepakatan membeli filter bagi cerobong asap sebesar \$ 150.

Dalam posisi ini jelas penduduk secara rasional akan memilih masing-masing mengeluarkan \$ 50 untuk membeli alat pengering, meskipun pilihan tersebut bukan pilihan yang efisien. Maka di sini peranan hukum adalah untuk meminimalkan efek biaya transaksi, yaitu apakah hak membersihkan udara diberikan kepada para penduduk atau hak mencemari lingkungan diberikan kepada pihak pabrik. Bagi pihak pabrik tentunya tidak diperlukan biaya apapun untuk menghadapi penduduk, karena biaya yang dikeluarkan oleh penduduk untuk menghadapi pabrik

secara kolektif, tidak mempengaruhi posisi pabrik tersebut. Sebaliknya penduduk terpaksa memilih pilihan yang tidak efisien yaitu membeli alat pengering \$ 50 untuk menghindari pengeluaran kolektif sebesar \$60. Dengan demikian, biaya transaksi (*transaction cost*) secara aktual terjadi dalam hal pihak pabrik diberikan hak untuk mencemari lingkungan, karena penduduk tidak mencapai kesepakatan bersama, maka efek biaya transaksi menjadi lebih besar.

Berdasarkan gambaran Polinsky tersebut di atas maka ia membuat rumusan yang lebih kompleks dari Teorema Coase sebagai berikut: *"If there are positive transaction cost, the efficient outcome may not occur under every legal rule."*<sup>25</sup> Dalam situasi ini, maka pilihan penerapan aturan hukum yang tepat adalah aturan hukum yang dapat meminimalkan efek biaya transaksi yang muncul. Coase juga memaparkan bahwa kebijakan yang dapat diterapkan dalam bentuk aturan hukum adalah kebijakan yang mampu menginternalisasikan biaya-biaya sosial melalui penetapan denda, kebijakan pajak atau ganti rugi secara proporsional berdasarkan tingkat kerusakan yang ditimbulkan. Dalam Teorema Coase ini, hukum tidak lagi dianggap sebagai sebuah faktor yang independen. Hukum merupakan sebuah sub sistem dari berbagai sub sistem lain yang membangun sistem yang besar dan terintegrasi dalam mengatur sebuah tatanan masyarakat.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, hal.194.



## H. Sistematika Penulisan:

Sistematika penulisan penelitian hukum ini dimaksudkan untuk dapat memberikan gambaran secara jelas serta menyeluruh dari penulisan penelitian hukum ini. Sehubungan dengan hal tersebut, maka penulis membuat suatu sistematika penulisan penelitian hukum. Penulis juga membagi penulisan dalam 5 bab dan bab-bab tersebut terdiri dari beberapa sub-bab yang dimaksudkan untuk memudahkan penulisan maupun pembahasan terhadap pokok-pokok permasalahan dalam penelitian hukum ini. Sistematika penulisan tersebut adalah sebagai berikut:

### Bab I : Pendahuluan

Merupakan bagian yang memberikan ilustrasi yang bersifat utuh dan menyeluruh yang terdiri dari latar belakang penelitian, pokok-pokok permasalahan yang diteliti, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, metode penelitian, landasan konseptual, landasan teoritis dan sistematika penulisan penelitian;

### Bab II: Tinjauan Pustaka

Bab kedua merupakan uraian teoritis yang diperoleh penulis dari hasil studi kepustakaan khususnya yang berkaitan erat dengan pokok-pokok permasalahan yang diteliti yaitu mengenai persekongkolan tender dan pendekatan "*Per Se Illegal*" dan pendekatan "*Rule of Reason*";

### Bab III: Perkara-perkara Persekongkolan Tender di KPPU

Bab ketiga ini memaparkan hasil penelitian yang diambil dari beberapa putusan KPPU khususnya yang berkaitan dengan persekongkolan

tender, yang akan digunakan dalam melakukan analisis dalam bab berikutnya;

#### Bab IV: PENYELESAIAN PERSEKONGKOLAN TENDER MELALUI "*RULE OF REASON*"

Bab keempat merupakan analisis dari pokok-pokok permasalahan yang telah diungkapkan dalam bab pendahuluan dengan berdasarkan pembahasan dari bab-bab sebelumnya;

#### Bab V : Penutup

Bab ini merupakan bagian akhir dari penelitian hukum ini yang berisi kesimpulan-kesimpulan dari hasil penelitian dan analisis atas pokok-pokok permasalahan serta saran-saran dari penulis sebagai tindak lanjut dari kesimpulan tersebut.

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

Dalam bab ini akan diuraikan hal-hal yang berkaitan dengan persekongkolan tender yang meliputi pengertian persekongkolan, macam-macam persekongkolan dan indikasi terjadinya persekongkolan dalam mengatur dan atau menentukan pemenang tender. Selain itu dalam bab ini juga akan dikemukakan mengenai dua pendekatan yang digunakan dalam hukum persaingan usaha, khususnya dalam UU Nomor 5 Tahun 1999, yaitu: pendekatan yang bersifat '*Per Se Illegal*' dan pendekatan yang bersifat '*Rule of Reason*'.

#### A. Persekongkolan Tender:

Ada berbagai bentuk kegiatan yang dilarang oleh UU Nomor 5 tahun 1999, salah satunya adalah larangan untuk melakukan persekongkolan dalam tender yang bertujuan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender. Persekongkolan tender ini dilarang oleh karena bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender itu sendiri, yaitu bahwa tender dilaksanakan untuk memberikan kesempatan yang sama kepada para pelaku usaha agar dapat ikut mengajukan penawaran harga yang semurah mungkin dengan kualitas yang terbaik. Dalam Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Tender dinyatakan bahwa persekongkolan dalam tender dapat terjadi melalui

kesepakatan-kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis, yang dilakukan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut.

Persekongkolan dalam tender ini dilarang karena membatasi pelaku usaha lain yang ikut serta dalam proses tender dan pada akhirnya akan menimbulkan persaingan usaha yang tidak sehat. Berikut di bawah ini akan dijelaskan tentang pengertian persekongkolan dalam tender, macam-macam persekongkolan dalam tender serta indikasi terjadinya persekongkolan dalam mengatur dan/atau menentukan pemenang tender.

#### 1. Pengertian Persekongkolan:

Istilah persekongkolan (*'conspiracy'*) pertama kali ditemukan pada *Antitrust Law* di Amerika yang didapat melalui yurisprudensi Mahkamah Tertinggi Amerika Serikat berkaitan dengan ketentuan Pasal 1 *The Sherman Act 1890*, di mana dalam Pasal tersebut dinyatakan: "...*conspiracy in restraint of trade...*"<sup>26</sup> Mahkamah Tertinggi Amerika juga menggunakan istilah *'concerted action'* untuk mendefinisikan istilah persekongkolan dalam hal menghambat perdagangan, dan kegiatan saling menyesuaikan berlandaskan pada persekongkolan guna menghambat perdagangan serta pembuktiannya dapat disimpulkan dari kondisi yang ada.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Andi Fahmi Lubis et al., *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks Dan Konteks* (Jakarta: KPPU, 2009), hal. 146.

<sup>27</sup> *Ibid.*

Berdasarkan kamus hukum, istilah '*conspiracy*' didefinisikan sebagai berikut:<sup>28</sup>

*"A combination or confederacy between two or more persons formed for the purpose of committing, by their joint efforts, some unlawful or criminal act, or some act which is lawful in it self, but becomes unlawful when done by concerted action of the conspirators, or for the purpose of using criminal or unlawful means to the commission of an act not in itself unlawful."*

Selain istilah '*conspiracy*' kata persekongkolan juga seringkali dikaitkan dengan istilah '*collusion*' yang dalam kamus hukum didefinisikan sebagai berikut: *"An agreement between two or more persons to defraud a person of his rights by the forms of law, or to obtain an object forbidden by law."*<sup>29</sup>

Dalam Pasal 1 (h) UU Nomor 5 Tahun 1999, pengertian 'persekongkolan tender' atau 'konspirasi usaha' didefinisikan sebagai "suatu bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol."

## 2. Pengertian tender:

Pengertian tentang tender dijelaskan dalam penjelasan UU Nomor 5 Tahun 1999, bahwa yang dimaksud dengan 'tender' yaitu "tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa." Ketentuan hukum mengenai persekongkolan tender ini secara khusus diatur dalam Pasal 22

---

<sup>28</sup> Black's Law Dictionary, *Fifth Edition* (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979), hal. 280.

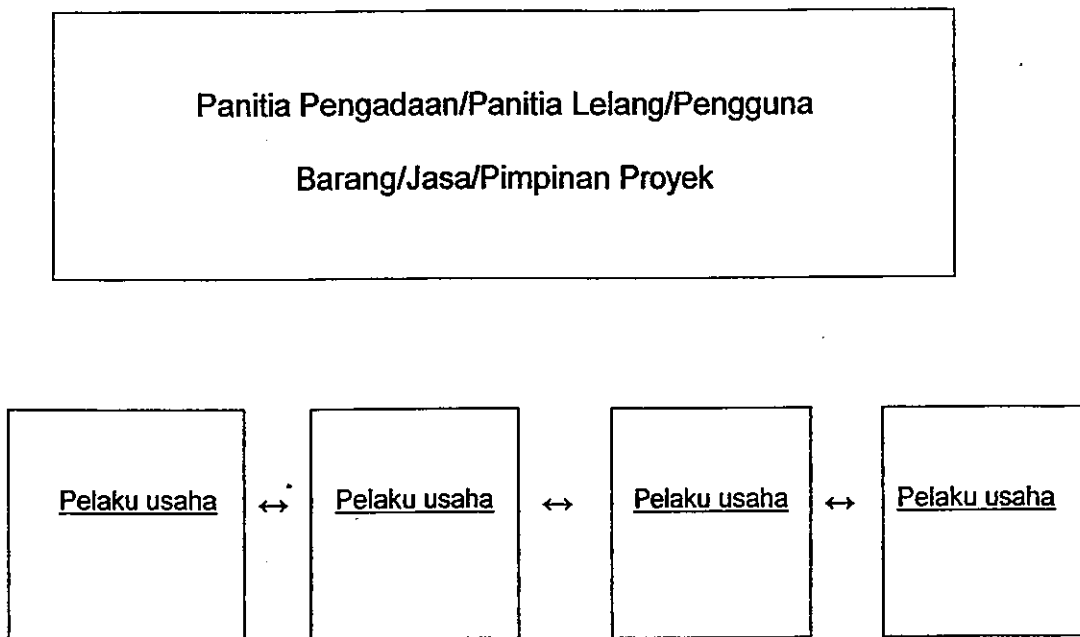
<sup>29</sup> *Ibid.*, hal. 240.

UU Nomor 5 Tahun 1999, sedangkan mengenai persekongkolan usaha lainnya diatur dalam Pasal 23 dan Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999.

B. Macam-macam persekongkolan dalam tender:

Oleh karena banyaknya pihak yang terlibat dalam suatu penawaran tender, baik pemerintah yang dalam hal ini bertindak selaku panitia tender maupun para pelaku usaha, maka terciptalah peluang untuk melakukan persekongkolan tender di antara mereka. Ada 3 macam peluang terciptanya persekongkolan tender, yaitu:

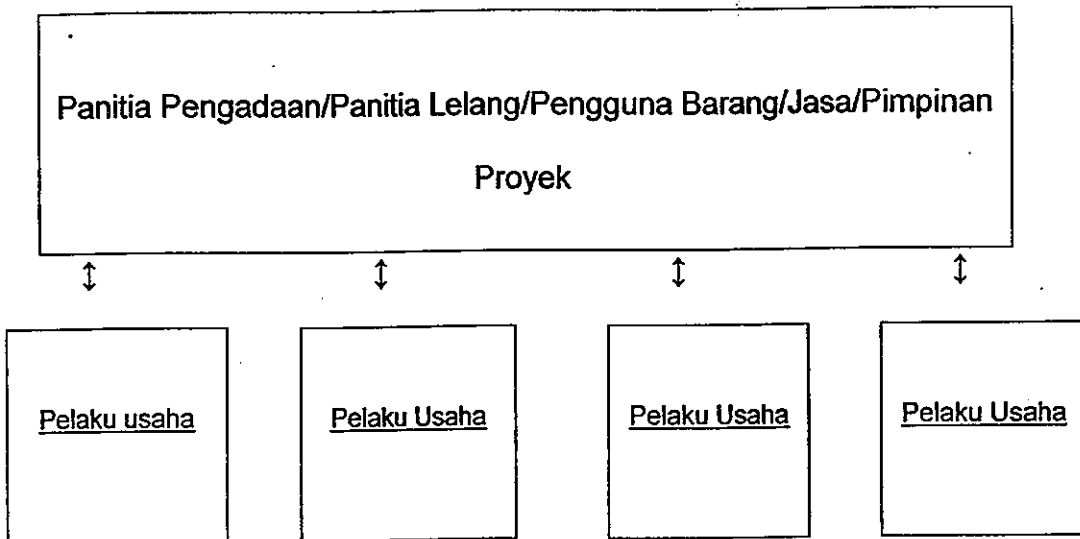
a. Persekongkolan Horizontal:



Persekongkolan horizontal ini terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dan jasa pesaingnya. Tindakan kerja sama yang dilakukan oleh para penawar tender,

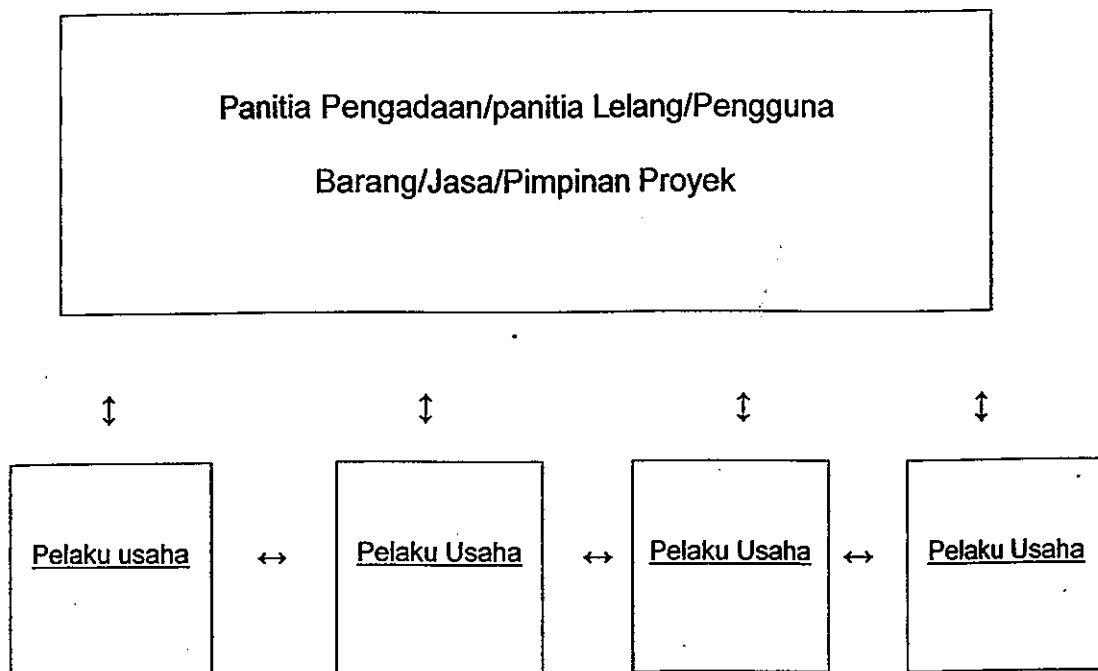
misalnya: dengan mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran. Dalam persekongkolan seperti ini, pihak yang kalah biasanya diperjanjikan akan mendapatkan subkontraktor dari pihak yang menang.

b. Persekongkolan Vertikal:



Persekongkolan vertikal ini biasanya terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia pengadaan/panitia lelang/pengguna barang/jasa/pimpinan proyek. Dalam persekongkolan ini biasanya panitia memberikan berbagai kemudahan atas persyaratan-persyaratan bagi seorang penawar sehingga dia dapat memenangkan tender tersebut. Dapat juga terjadi kerja sama antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia pengadaan/panitia lelang/pengguna barang/jasa/pimpinan proyek.

c. Persekongkolan Vertikal dan Horizontal:



Persekongkolan jenis ini merupakan campuran antara persekongkolan vertikal dengan persekongkolan horizontal yang dilakukan pada saat bersamaan. Persekongkolan vertikal dan horizontal ini terjadi baik di antara para pelaku usaha dan juga antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang/jasa dengan panitia pengadaan/ panitia lelang/pengguna barang/jasa/pimpinan proyek. Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, yaitu baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup.



### C. Indikasi Persekongkolan dalam Tender:

Praktik persekongkolan untuk menentukan pemenang di dalam sebuah tender adalah salah satu contoh kegiatan yang sering ditemui di Indonesia.<sup>30</sup>

Tender yang berpotensi menciptakan persaingan usaha tidak sehat atau menghambat persaingan usaha antara lain adalah sebagai berikut:

1. Tender yang bersifat tertutup atau tidak transparan dan tidak diumumkan secara luas, sehingga mengakibatkan para pelaku usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi tidak dapat mengikutinya;
2. Tender bersifat diskriminatif dan tidak dapat diikuti oleh semua pelaku usaha dengan kompetensi yang sama;
3. Tender dengan persyaratan dan spesifikasi teknis atau merek yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu sehingga menghambat pelaku usaha lain untuk ikut.

Untuk mengetahui ada tidaknya persekongkolan dalam pelaksanaan tender, ada beberapa indikasi yang perlu diperhatikan, yaitu sebagai berikut:

1. Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan, antara lain meliputi:
  - a. Pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan tender/lelang secara terbuka;
  - b. Pencantuman spesifikasi teknik, jumlah, mutu, dan/atau waktu penyerahan barang yang akan ditawarkan atau dijual atau dilelang yang hanya dapat disuplai oleh satu pelaku usaha tertentu;

---

<sup>30</sup> Soy Martua Pardede, *Persaingan Sehat & Akselerasi Pembangunan Ekonomi* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2010), hal. 9.

- c. Tender/lelang dibuat dalam paket yang hanya satu atau dua peserta tertentu yang dapat mengikuti/melaksanakannya;
  - d. Ada keterkaitan antara sumber pendanaan dan asal barang/jasa;
  - e. Nilai uang jaminan lelang ditetapkan jauh lebih tinggi daripada nilai dasar lelang;
  - f. Penetapan tempat dan waktu lelang yang sulit dicapai dan diikuti.
2. Indikasi persekongkolan pada saat pembentukan panitia, antara lain meliputi:
- a. Panitia yang dipilih tidak memiliki kualifikasi yang dibutuhkan sehingga mudah dipengaruhi;
  - b. Panitia terafiliasi dengan pelaku usaha tertentu;
  - c. Susunan dan kinerja panitia tidak diumumkan atau cenderung ditutup-tutupi.
3. Indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pra lelang, antara lain meliputi:
- a. Persyaratan untuk mengikuti prakualifikasi membatasi dan/atau mengarah kepada pelaku usaha tertentu;
  - b. Adanya kesepakatan dengan pelaku usaha tertentu mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat, dan/atau waktu penyerahan barang dan jasa yang akan ditender atau dilelangkan;
  - c. Adanya kesepakatan mengenai cara, tempat, dan/atau waktu pengumuman tender/lelang;

- d. Adanya pelaku usaha yang diluluskan dalam prakualifikasi walaupun tidak atau kurang memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan;
  - e. Panitia memberikan perlakuan khusus/istimewa kepada pelaku usaha tertentu;
  - f. Adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah prakualifikasi dan tidak diberitahukan kepada semua peserta;
  - g. Adanya pemegang saham yang sama di antara peserta atau panitia atau pemberi pekerjaan maupun pihak lain yang terkait langsung dengan tender/lelang (benturan kepentingan).
4. Indikasi persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti tender/lelang maupun pada saat penyusunan dokumen tender/lelang, antara lain meliputi adanya persyaratan tender/lelang yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu terkait dengan sertifikasi barang, mutu, kapasitas dan waktu penyerahan yang harus dipenuhi.
5. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman tender atau lelang, antara lain meliputi:
- a. Jangka waktu pengumuman tender/lelang yang sangat terbatas;
  - b. Informasi dalam pengumuman tender/lelang dengan sengaja dibuat tidak lengkap dan tidak memadai. Sementara informasi yang lebih lengkap diberikan hanya kepada pelaku usaha tertentu;
  - c. Pengumuman tender/lelang dilakukan melalui media dengan jangkauan yang sangat terbatas, misalnya pada surat kabar yang tidak dikenal ataupun pada papan pengumuman yang jarang dilihat publik

- atau pada surat kabar dengan jumlah eksemplar yang tidak menjangkau sebagian besar target yang diinginkan;
- d. Pengumuman tender/lelang dimuat pada surat kabar dengan ukuran iklan yang sangat kecil atau pada bagian/lay-out surat kabar yang seringkali dilewatkan oleh pembaca yang menjadi target tender/lelang.
6. Indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen tender/lelang, antara lain meliputi:
- a. Dokumen tender/lelang yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta tender/lelang;
  - b. Waktu pengambilan dokumen tender/lelang yang diberikan sangat terbatas;
  - c. Alamat atau tempat pengambilan dokumen tender/lelang sulit ditemukan oleh calon peserta tender/lelang;
  - d. Panitia memindahkan tempat pengambilan dokumen tender/lelang secara tiba-tiba menjelang penutupan waktu pengambilan dan perubahan tersebut tidak diumumkan secara terbuka.
7. Indikasi persekongkolan pada saat penentuan harga perkiraan sendiri atau harga dasar lelang, antara lain meliputi:
- a. Adanya dua atau lebih harga perkiraan sendiri atau harga dasar atas satu produk atau jasa yang ditender/dilelangkan;
  - b. Harga perkiraan sendiri atau harga dasar hanya diberikan kepada pelaku usaha tertentu;

- c. Harga perkiraan sendiri atau harga dasar ditentukan berdasarkan pertimbangan yang tidak jelas dan tidak wajar.
8. Indikasi persekongkolan pada saat penjelasan tender atau *open house* lelang, antara lain meliputi:
- a. Informasi atas barang/jasa yang ditender atau dilelang tidak jelas dan cenderung ditutupi;
  - b. Penjelasan tender/lelang dapat diterima oleh pelaku usaha yang terbatas sementara sebagian besar calon peserta lainnya tidak dapat menyetujuinya;
  - c. Panitia bekerja secara tertutup dan tidak memberi layanan atau informasi yang seharusnya diberikan secara terbuka;
  - d. Salah satu calon peserta tender/lelang melakukan pertemuan tertutup dengan panitia.
9. Indikasi persekongkolan pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran tender/lelang, antara lain meliputi:
- a. Adanya dokumen penawaran yang diterima setelah batas waktu;
  - b. Adanya dokumen yang dimasukkan dalam satu amplop bersama-sama dengan penawaran peserta tender/lelang yang lain;
  - c. Adanya penawaran yang diterima oleh panitia dari pelaku usaha yang tidak mengikuti atau tidak lulus dalam proses kualifikasi atau proses administrasi;
  - d. Terdapat penyesuaian harga penawaran pada saat-saat akhir sebelum memasukkan penawaran;

- e. Adanya pemindahan lokasi/tempat penyerahan dokumen penawaran secara tiba-tiba tanpa pengumuman secara terbuka.
10. Indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender/lelang, antara lain meliputi:
- a. Jumlah peserta tender/lelang yang lebih sedikit dari jumlah peserta tender/lelang dalam tender/lelang sebelumnya;
  - b. Harga yang dimenangkan jauh lebih tinggi atau lebih rendah dari harga tender/lelang sebelumnya oleh perusahaan atau pelaku usaha yang sama;
  - c. Para peserta tender/lelang memasukkan harga penawaran yang hampir sama;
  - d. Peserta tender/lelang yang sama, dalam tender atau lelang yang berbeda mengajukan harga yang berbeda untuk barang yang sama, tanpa alasan yang logis untuk menjelaskan perbedaan tersebut;
  - e. Panitia cenderung untuk memberi keistimewaan pada peserta tender/lelang tertentu;
  - f. Adanya beberapa dokumen penawaran tender/lelang yang mirip;
  - g. Adanya dokumen penawaran yang ditukar atau dimodifikasi oleh panitia;
  - h. Proses evaluasi dilakukan ditempat yang terpencil dan tersembunyi;
  - i. Perilaku dan penawaran para peserta tender/lelang dalam memasukkan penawaran mengikuti pola yang sama dengan beberapa tender atau lelang sebelumnya.

11. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang, antara lain meliputi:

- a. Pengumuman diumumkan secara terbatas sehingga pengumuman tersebut tidak diketahui secara optimal oleh pelaku usaha yang memenuhi persyaratan, misalnya diumumkan pada media massa yang tidak jelas atau diumumkan melalui faksimili dengan nama pengirim yang kurang jelas;
- b. Tanggal pengumuman tender/lelang ditunda dengan alasan yang tidak jelas;
- c. Peserta tender/lelang memenangkan tender atau lelang cenderung berdasarkan giliran yang tetap;
- d. Ada peserta tender/lelang yang memenangkan tender atau lelang secara terus menerus di wilayah tertentu;
- e. Ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang tender/lelang dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak wajar atau tidak dapat dijelaskan.

12. Indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan, antara lain meliputi:

- a. Panitia tidak menanggapi sanggahan peserta tender/lelang;
- b. Panitia cenderung menutup-nutupi proses dan hasil evaluasi.

13. Indikasi persekongkolan pada saat penunjukkan pemenang tender/lelang dan penandatanganan kontrak, antara lain meliputi:

- a. Surat penunjukkan pemenang tender/lelang telah dikeluarkan sebelum proses sanggahan diselesaikan;
- b. Penerbitan surat penunjukkan pemenang tender/lelang mengalami penundaan tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan;
- c. Surat penunjukkan pemenang tender/lelang tidak lengkap;
- d. Konsep kontrak dibuat dengan menghilangkan hal-hal penting yang seharusnya menjadi bagian yang tidak terpisahkan dalam kontrak;
- e. Penandatanganan kontrak dilakukan secara tertutup;
- f. Penandatanganan kontrak mengalami penundaan tanpa alasan yang tidak dapat dijelaskan.

14. Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan, antara lain meliputi:

- a. Pemenang tender/lelang mensub-kontrakkan pekerjaan kepada perusahaan lain atau peserta tender/lelang yang kalah dalam tender atau lelang tersebut;
- b. Volume atau nilai proyek yang diserahkan tidak sesuai dengan ketentuan awal, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan;
- c. Hasil pengerjaan tidak sesuai atau lebih rendah dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam spesifikasi teknis, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.

D. Unsur-unsur yang terkandung dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999:

1. Unsur Pelaku Usaha: Sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 butir 5, pelaku usaha adalah: "Setiap 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.”

2. Unsur Bersekongkol: Bersekongkol adalah “Kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.” Unsur bersekongkol antara lain dapat berupa:
  - a. Kerjasama antara dua pihak atau lebih;
  - b. Secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya;
  - c. Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan;
  - d. Menciptakan persaingan semu;
  - e. Menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan;
  - f. Tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu;
  - g. Pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.

3. Unsur Pihak Lain: Pihak lain adalah "Para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut."
4. Unsur Mengatur dan atau Menentukan Pemenang Tender: Mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah: "Suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara." Pengaturan dan atau penentuan pemenang tender tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya.
5. Unsur Persaingan Usaha Tidak Sehat: Persaingan usaha tidak sehat adalah: "Persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha."

E. Mekanisme persekongkolan dalam tender: persekongkolan dalam tender dapat terjadi dengan mekanisme, antara lain:<sup>31</sup>

1. Tekanan terhadap penawaran (*Bid Suppression*): Bahwa satu atau lebih

---

<sup>31</sup> Rocky Marbun, *Op.Cit.*, hal. 85.

penawar setuju untuk menahan diri untuk tidak mengikuti pelelangan, atau menarik penawaran yang telah diajukan sebelumnya supaya penawar lain dapat memenangkan pelelangan/ tender itu;

2. Penawaran yang saling melengkapi (*Complementary Bidding*):

Kesepakatan di antara para penawar di mana dua atau lebih penawar setuju terhadap siapa yang akan memenangkan penawaran. Pemenang yang dirancang kemudian mengatakan kepada penawar lain mengenai harga yang direncanakan sehingga mereka akan melakukan penawaran dengan harga yang lebih tinggi. Sebaliknya, pemenang yang dirancang akan memerintahkan penawar lain untuk menawar di tingkat harga yang ditentukan sehingga harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah dari pada peserta tender yang lain. Tindakan itu menciptakan kesan seolah-olah terdapat persaingan sesungguhnya di antara mereka sehingga kontraktor yang dirancang berhasil memenangkan tender;

3. Perputaran penawaran atau arisan tender (*Bid Rotation*): Pola penawaran tender di mana satu dari dari penawar setuju untuk kembali sebagai penawar yang paling rendah. Dalam hal ini, penawar tender lain (selain pemenang yang sudah ditentukan sebelumnya), secara bersama-sama akan menawar setinggi-tingginya, sebelum sampai pada gilirannya untuk memenangkan tender. Sering kali perputaran (arisan) ini menetapkan adanya jaminan bahwa mereka pasti akan mendapat giliran untuk memenangkan tender. Kadang kala dalam beberapa pola semacam ini, terdapat perjanjian untuk mengantisipasi bahwa penawar yang "kalah"

dalam tender akan menjadi subkontraktor bagi yang dimenangkan;

4. Pembagian pasar (*Market Division*): Pola penawaran tender yang terdiri dari beberapa cara untuk memenangkan tender melalui pembagian pasar. Melalui metode ini, para penawar dapat merancang wilayah geografis ataupun pelanggan tertentu, seluruh penawar sudah mengetahui penawar mana yang akan memenangkan tender.

#### F. Pendekatan "*Per Se Illegal*" dan pendekatan "*Rule of Reason*":

Persekongkolan merupakan perbuatan yang dilarang, namun sulit untuk dibuktikan. Persekongkolan dapat dibuktikan dari adanya kesepakatan yang tampak secara eksplisit, namun juga dapat disimpulkan dari sekumpulan kejadian/bukti-bukti yang ada.

Dalam hukum persaingan usaha, terdapat dua pendekatan yang dapat digunakan untuk menganalisis, apakah suatu perbuatan, baik itu berupa perjanjian maupun kegiatan, telah melanggar UU Nomor 5 Tahun 1999 atau tidak. Pertama melalui pendekatan "*Per Se Illegal*" dan yang kedua melalui pendekatan "*Rule of Reason*".

##### 1. Pendekatan "*Per Se Illegal*":

Sebagaimana dijelaskan dalam buku yang dikeluarkan oleh KPPU yang berjudul "Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks", pendekatan "*Per Se Illegal*" pertama kali diterapkan oleh Mahkamah Agung Amerika dalam perkara *United states v. Trans-Missouri Freight Association*, yang kemudian diikuti dalam perkara *United States v. Joint Traffic Association*. Perkara *Trans-Missouri* menyangkut 18 (delapan

belas) perusahaan kereta api yang membuat perjanjian pada tanggal 15 Maret 1889, dengan membentuk "*Trans-Missouri Freight Association*", yaitu suatu asosiasi perusahaan kereta api yang berdomisili di sebelah barat Mississippi. Para anggota asosiasi tersebut melimpahkan kewenangan kepengurusan kepada suatu komite, yang merupakan badan perwakilan para anggota. Kewenangan komite tersebut antara lain, adalah menyusun dan mengumumkan secara resmi struktur tarif angkutan, yang akan ditetapkan bagi seluruh perusahaan kereta api. Tujuan pembentukan asosiasi ini adalah untuk saling melindungi dengan cara menetapkan tarif yang menurut mereka adalah pantas, membuat aturan, dan peraturan mengenai pengangkutan setempat. Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah "*Per Se Illegal*" karena melanggar Pasal 1 *The Sherman Act* yang menyatakan bahwa: "*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal....*"<sup>32</sup>

Kemudian dalam perkara *United States v. Joint Traffic Association*, pemerintah mengajukan gugatan di pengadilan New York Selatan, sehubungan dengan perjanjian antara 31 perusahaan kereta api yang membentuk suatu asosiasi dan menetapkan anggaran dasar bagi asosiasi

---

<sup>32</sup> Andi Fahmi Lubis, *Op.Cit.*, hal. 57.

tersebut, dimana mereka setuju asosiasi dijalankan oleh beberapa dewan yang berbeda, yang memiliki yurisdiksi atas semua lalu lintas kereta api, di mana perusahaan-perusahaan seharusnya bersaing. Asosiasi akan mempublikasikan daftar tarif, harga karcis, dan biaya serta aturan-aturan yang akan diterapkan. Dari waktu ke waktu para manajer asosiasi dapat membuat rekomendasi untuk perubahan harga karcis dan biaya serta aturan yang masuk akal dan adil untuk semua angkutan yang disebutkan dalam perjanjian guna melindungi kepentingan para pihak dalam perjanjian. Ketidaksiadaan untuk melaksanakan rekomendasi oleh pihak manapun juga yang terikat dalam perjanjian tersebut, dianggap sebagai pelanggaran terhadap perjanjian. Tidak ada perusahaan yang menjadi pihak dalam perjanjian ini diijinkan untuk menyimpang atau mengubah tarif, harga karcis, serta biaya yang berhubungan dengan hal tersebut. Pemerintah menggugat dan menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat oleh asosiasi tersebut adalah: *"...unlawfully intending to restrain commerce among the several states, and to prevent competition..."*<sup>33</sup> Asosiasi tersebut sebagai tergugat menolak tuduhan bahwa perjanjian itu tidak sah dan tidak merupakan konspirasi untuk menghambat perdagangan atau berusaha untuk memonopoli dan menghambat persaingan antara perusahaan-perusahaan kereta api. Tujuan perjanjian

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, hal. 59.

itu antara lain adalah dalam rangka harmonisasi dari rute yang berlainan, dan hal itu perlu bagi masyarakat maupun perusahaan-perusahaan kereta api yang bersangkutan.

Hakim dalam perkara tersebut menyatakan bahwa perkara ini memiliki persamaan yang besar dengan perkara *United states v. Trans-Missouri Freight Association*, oleh karena asosiasi mempunyai kepentingan yang sama, sehingga kedua perkara tersebut menghasilkan keputusan yang sama. Tergugat berkeberatan atas keputusan ini dan memberikan alasan mengapa keputusan dalam perkara sebelumnya tidak dapat diterapkan dalam perkara ini. Tergugat menyatakan antara lain, bahwa terdapat perbedaan fundamental antara kedua perjanjian tersebut, baik mengenai materi maupun sifatnya. Dalam perkara *Trans-Missouri*, perjanjian itu bersifat inkonstitusional, karena dianggap terlalu mencampuri kebebasan individu, dan mengabaikan hak individu untuk membuat perjanjian. Namun demikian Mahkamah akhirnya kembali pada dalil hukum yang pernah disinggung dalam perkara *Trans-Missouri*. Pertama, membedakan pengaturan yang secara langsung dan segera akan mengurangi persaingan sebagai *price fixing* di antara pesaing, dan pengaturan yang hanya berpengaruh secara tidak langsung dan insidental. Kedua, dalam menanggapi perilaku membahayakan yang secara hipotetis dilakukan oleh tergugat, maka Mahkamah Agung menyatakan bahwa beberapa pengaturan yang berdampak terhadap persaingan, seperti perjanjian untuk tidak ikut serta dalam bisnis sejenis, sama sekali bukanlah

hambatan perdagangan (*restraint of trade*). Oleh karena itu Mahkamah Agung menegaskan bahwa suatu pengaturan yang dilakukan dengan maksud tertentu dan secara eksplisit mematikan persaingan di antara perusahaan yang beroperasi secara mandiri di pasar bersangkutan, akan dinyatakan sebagai ilegal.

Dalam penerapan undang-undang anti *trust* di Amerika Serikat, beberapa jenis perilaku bisnis tertentu dipandang sebagai "*Per Se Illegal*", terlepas dari penilaian berbagai akibatnya terhadap persaingan, dan atau terlepas dari kondisi yang melingkupinya. Salah satu manfaat besar dari penggunaan pendekatan "*Per Se Illegal*" adalah kemudahan dan kejelasannya dalam proses administratif. Di samping itu pendekatan ini memiliki kekuatan mengikat yang lebih luas daripada larangan-larangan yang tergantung pada evaluasi mengenai pengaruh kondisi pasar yang kompleks. Oleh karena itu, penggunaan pendekatan ini dapat memperpendek proses pada tingkatan tertentu dalam pelaksanaan suatu undang-undang. Suatu proses dianggap relatif mudah dan sederhana, karena hanya meliputi identifikasi perilaku yang tidak sah dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut. Dalam hal ini tidak diperlukan lagi penyelidikan terhadap situasi serta karakteristik pasar.

Suatu perilaku yang ditetapkan oleh pengadilan sebagai suatu yang "*Per Se Illegal*" akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara "*Per Se Illegal*" hanya akan dilaksanakan, setelah pengadilan memiliki pengalaman yang memadai terhadap perilaku



tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial. Pendekatan "*Per Se Illegal*" ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal ini disebabkan karena pendekatan ini membolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan. Pada prinsipnya terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan "*Per Se Illegal*", yaitu:<sup>34</sup>

- a. Harus ditujukan lebih kepada "perilaku bisnis" daripada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya mengenai akibat-akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap *fair*, jika perbuatan ilegal tersebut merupakan "tindakan sengaja" oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari;
- b. Adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktek atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan perkataan lain, penilaian atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian diakui bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, hal. 61.

Sedangkan menurut Susanti Adi Nugroho, larangan yang bersifat "*Per Se Illegal*" adalah larangan yang jelas dan tegas, di mana dalam UU Nomor 5 tahun 1999, larangan yang bersifat "*Per Se Illegal*" ini diterapkan pada pasal-pasal yang tidak mensyaratkan "yang mengakibatkan atau dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat". Hal ini berarti apabila ada pelaku usaha yang diduga melakukan pelanggaran terhadap ketentuan yang berlaku tentang persaingan usaha, maka pihak yang berwenang dapat langsung menyatakan bersalah pelaku usaha tersebut dan menjatuhkan sanksi, tanpa perlu melakukan penyelidikan dan pembuktian lebih lanjut seperti dalam larangan yang bersifat "*Rule of Reason*".

## 2. Pendekatan "*Rule of Reason*":

"*Rule of Reason*" sebenarnya merupakan doktrin yang berasal dari tradisi *Common Law/Case Law* di Amerika, yang lahir dalam kasus *Standard Oil Co. of N.J. v. Unites States* sebagai penafsiran terhadap *the Sherman Act* pada tahun 1911. Penafsiran tersebut menghasilkan suatu premis bahwa pertimbangan hukum yang utama dalam menerapkan pendekatan "*Rule of Reason*" adalah maksimalisasi kesejahteraan atau pemuasan kebutuhan konsumen. Adanya unsur pemuasan kebutuhan konsumen sebagai pertimbangan utama dari hukum, mengharuskan pengadilan untuk menerapkan sebagai kriteria pokok, yaitu apakah suatu perjanjian akan berdampak pada terwujudnya efisiensi, dan kemudian dapat meningkatkan produk, atau sebaliknya. Perkara *Standard Oil* bukan

mengenai kartel, melainkan suatu bentuk kerjasama yang erat hubungannya dari 37 perusahaan minyak yang diatur dengan manajemen bersama dan dikontrol melalui suatu perusahaan induk (*holding company*). Tindakan mereka dianggap sebagai merger atau konsolidasi yang digunakan untuk menghimpun kekuatan beberapa perusahaan yang menjalankan usahanya secara terpisah tetapi melakukan tindakan yang bersifat kolusif, seperti halnya pada kartel. Mahkamah Agung menemukan bahwa bentuk kerjasama tersebut mempunyai unsur komersial yang dianggap sebagai bentuk lain dari kartel yang paling buruk. Para tergugat melakukan potongan harga yang sifatnya merusak pasar lokal, dengan cara memaksa untuk bekerja sama, yang akhirnya bermuara pada penurunan harga secara seragam. Dalam perkara *Standard Oil tersebut*, hakim White menyatakan bahwa penggunaan pendekatan "*Rule of Reason*" mengandung tiga pengujian, yaitu:

- a. adanya konsep "*Per Se Illegal*";
- b. adanya maksud para pihak; dan
- c. akibat dari suatu perjanjian.

Ketiga pengujian tersebut merupakan pedoman dalam melakukan proses litigasi. Dalam pengertian yang lebih luas, hanya terdapat satu pengujian, yakni adanya dampak (akibat) dari suatu perjanjian (unsur) yang ketiga. Berdasarkan pertimbangan dalam keputusan *Standard Oil tersebut*, Mahkamah Agung Amerika Serikat telah menggabungkan suatu gagasan, bahwa beberapa perjanjian harus dievaluasi berdasarkan Pasal 1 *The*

*Sherman Act* dengan menggunakan standar kewajaran, termasuk terhadap keputusan pengadilan sebelumnya, seperti halnya dalam perkara *Trans-Missouri*, yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang menghambat perdagangan adalah ilegal.

Adanya penggunaan pendekatan yang berbeda dalam menangani perkara *Trans-Missouri* maupun perkara *Standard Oil*, telah melahirkan dua pendekatan yang sampai sekarang digunakan dalam menangani pelanggaran-pelanggaran yang terjadi dalam hukum persaingan usaha, yaitu pendekatan "*Per Se Illegal*" dan pendekatan "*Rule of Reason*". Akan tetapi bisa juga terjadi bahwa suatu perjanjian tertentu yang sebelumnya telah ditetapkan secara "*Per Se Illegal*", kemudian diputuskan dengan menggunakan pendekatan "*Rule of Reason*". Sebagai contohnya adalah *tying agreement* dan *group boycotts* yang dapat diputuskan baik dengan menggunakan pendekatan "*Per Se Illegal*" maupun "*Rule of Reason*". Suatu *Tying Agreement* terjadi ketika penjual melakukan penjualan produk tertentu (*the tying product*) dengan mensyaratkan pembelian produk lainnya (*the tied product*). *Tying agreement* ini semula dianggap sebagai anti persaingan berdasarkan teori bahwa penjual telah menggunakan kekuatan pasarnya dalam *tying product* untuk memaksa konsumen membeli *tied product*. Pengadilan menentukan *Tying Agreement* secara "*Per Se Illegal*" hanya jika faktor-faktor awal tertentu telah ditetapkan, yaitu:

- a. kekuatan pasar *tying product*;

- b. eksistensi dua produk secara terpisah;
- c. paksaan yang nyata terhadap konsumen;
- d. dampak yang substansial terhadap perdagangan antar negara bagian.

Apabila tergugat dapat mengajukan alasan pembenar yang bersifat pro-kompetitif atas tindakannya, maka perjanjian tersebut akan diputuskan oleh hakim dengan menggunakan pendekatan "*Rule of Reason*".

Dalam hal terjadi *group boycotts*, di mana suatu perusahaan atau pelaku usaha membatasi produk atau mengurangi pasokan barang di pasar, biasanya digunakan pendekatan "*Per Se Illegal*". Namun demikian pengadilan juga dapat menggunakan pendekatan "*Rule of Reason*", dengan melakukan pemeriksaan terhadap kekuatan pasar sebelum mengeluarkan keputusannya.

Dalam suatu perkara yang telah ditetapkan dengan menggunakan pendekatan secara "*Per Se Illegal*", maka secara otomatis perkara tersebut akan dinyatakan sebagai ilegal, tanpa perlu dilakukan penyelidikan lebih lanjut mengenai dampaknya secara ekonomis. Sebaliknya, melalui pendekatan "*Rule of Reason*", dampak ekonomis suatu perjanjian harus ditetapkan dengan menggunakan faktor-faktor dan kriteria tertentu. Sebagai contohnya adalah perkara *Chicago Board of Trade*, dalam perkara ini hakim melakukan evaluasi yang berfokus pada 'dampak perjanjian' terhadap persaingan. Mahkamah Agung Amerika Serikat menjelaskan bahwa cara mengevaluasi 'dampak perjanjian'

terhadap persaingan dilakukan melalui tiga tahapan, yaitu:<sup>35</sup>

- a. tingkat kerugian kompetitif yang berasal dari aktivitas tergugat;
- b. adanya alasan yang sah dan berguna di balik kegiatan pelaku usaha;
- c. jika terdapat alasan yang sah di balik aktivitas tersebut, maka adanya unsur lain, seperti pembatasan, diartikan untuk menegaskan tujuan yang sah dan berguna dari aktivitas para pelaku usaha.

Dalam melakukan evaluasi mengenai 'kerugian kompetitif', pengadilan secara khusus akan membuat dua pemeriksaan secara terpisah, yaitu:

- a. pengadilan akan memeriksa apakah suatu proses persaingan usaha dirugikan oleh perjanjian tertentu;
- b. pengadilan akan memeriksa secara luas adanya kerugian tersebut, apabila terdapat penyimpangan terhadap harga dan produk, maka hal ini merupakan indikasi yang kuat atas dampak yang bersifat anti persaingan.

Dalam melakukan evaluasi terhadap 'kerugian kompetitif' biasanya akan ditentukan pangsa pasar (*market share*) pihak tergugat di pasar terkait (*relevant market*). Semakin tinggi pangsa pasar suatu perusahaan di pasar, maka semakin besar pula kerugian terhadap persaingan usaha, oleh karena pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar (*market power*) yang besar akan dapat meningkatkan harga secara mudah dan memaksakan keuntungan monopoli, dengan biaya yang harus ditanggung

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, hal. 72.

oleh konsumen. Di lain pihak, perusahaan yang hanya mempunyai kekuatan pasar yang kecil, tidak memiliki kemampuan untuk mengancam proses persaingan, karena jika bermaksud mencoba menetapkan harga monopoli, maka pelaku usaha lain yang mempunyai pangsa pasar yang besar akan dengan mudah menjual harga di bawah barang yang ditetapkan perusahaan yang pangsa pasarnya kecil tersebut.

Pendekatan "*Rule of Reason*" pada waktu itu digunakan sebagai standar yang membolehkan pengadilan menilai ketidakjelasan atau tingkatan-tingkatan dari pengaruh persaingan. Pendekatan "*Rule of Reason*" juga dianggap sebagai pilihan yang tepat dalam melakukan penyelidikan. Dalam penggunaan pendekatan "*Rule of Reason*" dilakukan analisis untuk menentukan praktek tertentu yang menghambat atau mendorong persaingan, atau jika terdapat kecenderungan terhadap keduanya, maka pengadilan akan mengambil langkah-langkah yang pengaruhnya paling menguntungkan atau yang dianggap paling efisien bagi masyarakat secara luas.

Dalam perkara *Chicago of Trade v. United States*, suatu badan perdagangan terkemuka yang berskala nasional, yang terdiri dari para pedagang produk biji-bijian, pedagang perantara dan pihak-pihak lainnya. Badan perdagangan ini memiliki aturan-aturan, yang mengatur antara lain:<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, hal. 75.

- a. *Spot Sales* yaitu transaksi penjualan produk yang diantar secara langsung melalui pemesanan di wilayah Chicago;
- b. *Future Sales* yaitu kontrak penjualan yang mengharuskan penjual mengantarkan produk di kemudian hari atau di bulan tertentu;
- c. *Sales "to arrive"* yaitu suatu perjanjian untuk mengantar produk biji-bijian dalam perjalanan yang siap transit ke Chicago atau akan dikapalkan dalam waktu tertentu.

Kedua transaksi pertama (*Spot dan Future*) dibuka pada waktu yang sama dan disebut sebagai sesi reguler, yang berjalan antara pukul 09.30 sampai dengan pukul 13.30, kecuali hari Sabtu hanya sampai dengan pukul 12.00. Di samping itu terdapat sesi khusus disebut dengan '*call*' dalam transaksi *Sales to Arrive*, yang dilakukan segera setelah selesainya sesi reguler. Sesi ini tidak dibatasi waktunya, namun biasanya berlangsung selama setengah jam. Para anggota dapat melakukan transaksi satu sama lain secara bebas baik selama berlangsungnya atau tidak sesi-sesi tersebut, bahkan dapat dilakukan sampai tengah malam.

Pada tahun 1906, badan perdagangan tersebut membuat aturan transaksi '*call*' yang melarang para anggota untuk membeli atau menawarkan pembelian di sesi *Sales to Arrive* dengan harga berbeda dengan saat penutupan sesi '*call*' terakhir di hari yang sama. Badan perdagangan tersebut beralasan bahwa tujuan dari aturan itu sangat bermanfaat karena membatasi waktu perdagangan, mengurangi kekuatan pasar dari beberapa tengkulak atau pedagang yang mencoba meraih



keuntungan perdagangan di malam hari. Dengan demikian pasar perdagangan di siang hari menjadi lebih sempurna. Namun demikian aturan ini dianggap oleh Pemerintah bertentangan dengan Pasal 1 *The Sherman Act*. Pendapat Pemerintah ini ditolak oleh Hakim Brandeis di tingkat Mahkamah Agung. Hakim menyatakan bahwa meskipun aturan yang ditetapkan oleh badan perdagangan tersebut merupakan tindakan tindakan bersama yang bersifat komersial dan merupakan penetapan harga transaksi di luar jam kerja, tetapi aturan tersebut dianggap lebih cenderung untuk menetapkan 'waktu transaksi' daripada menetapkan harga itu sendiri. Kemudian berdasarkan berbagai pertimbangan alasan yang meliputi syarat, sifat, sejarah, dampak dan tujuan dari pembatasan yang dilakukan oleh Board of Trade, maka Hakim Brandeis menolak keputusan pengadilan banding, karena pengaturan tersebut dianggap tidak bertujuan untuk membatasi persaingan.

Dalam bukunya yang berjudul "*English as a Legal Language*", Christine Rossini mengartikan "*Rule of Reason*" sebagai berikut: "*The US common law standard for acceptable restraints of the competitive process. Certain activities are deemed to be illegal only when they are unreasonable, and are subject to a "rule of reason" test.*"<sup>37</sup>

Sedangkan menurut Susanti Adi Nugroho dalam salah satu sesi perkuliahannya, beliau menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan

---

<sup>37</sup> Christine Rossini, *English as a Legal Language* (London: Kluwer Law International Ltd, 1998), hal. 186.

"*Rule of Reason*" adalah sebagai berikut: "Untuk dinyatakan bahwa perbuatan yang dituduhkan melanggar hukum persaingan, harus dipertimbangkan keadaan di sekitar kasus untuk menentukan apakah perbuatan itu membatasi persaingan secara tidak patut, dan untuk itu disyaratkan adanya pembuktian akibat-akibat yang menghambat persaingan, atau kerugian yang nyata terhadap persaingan, dan tidak berupa apakah perbuatan itu tidak adil atau melawan hukum." Pakar hukum yang lain yaitu Asril Sitompul, berpendapat bahwa yang dimaksud dengan "*Rule of Reason*" adalah suatu pendekatan dengan menggunakan pertimbangan akan akibat suatu perbuatan, apakah mengakibatkan praktek monopoli dan akan menimbulkan kerugian di pihak lain.<sup>38</sup> Berbeda dengan "*Per Se Illegal*", pendekatan "*Rule of Reason*" memungkinkan adanya interpretasi terhadap undang-undang.<sup>39</sup>

Berdasarkan semua pengertian dan definisi dari beberapa pakar hukum sebagaimana tersebut di atas, maka penulis menyimpulkan bahwa inti dari "*Rule of Reason*" adalah apabila ada pelaku usaha yang diduga melakukan pelanggaran terhadap ketentuan yang berlaku tentang persaingan usaha, maka pihak yang berwenang tidak dapat langsung

---

<sup>38</sup> Asril Sitompul, *Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* (Bandung : P.T. Citra Aditya, 1999), hal. 27-28.

<sup>39</sup> Diana Yosefa, "Efisiensi dan Pelaksanaan Hukum Persaingan Usaha", *Jurnal Persaingan Usaha*. Edisi 3 Tahun 2010: 118.

menyatakan bersalah dan menjatuhkan sanksi pelaku usaha tersebut, tetapi pihak yang berwenang harus menyelidiki dan membuktikan terlebih dahulu apakah benar tindakan pelaku usaha tersebut mengakibatkan terjadinya monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

G. Ciri-ciri pasal yang berisi larangan yang bersifat "*Rule of Reason*":

Sesungguhnya apabila kita membaca isi ketentuan UU Nomor 5 Tahun 1999 dari awal hingga akhir, juga dalam penjelasannya, maka kita tidak akan menemukan kata-kata "*Rule of Reason*" maupun "*Per Se Illegal*". Mengapa demikian? Karena "*Rule of Reason*" dan "*Per Se Illegal*" merupakan doktrin yang diadopsi dari *Anti Trust Law* yang berlaku di Amerika. Jadi bagaimana kita dapat membedakan pasal-pasal mana yang berisi larangan yang bersifat "*Rule of Reason*" dan pasal-pasal mana saja yang berisi larangan yang bersifat "*Per Se Illegal*"?

Oleh karena UU nomor 5 Tahun 1999 tidak secara eksplisit menyebutkan pasal-pasal mana saja yang berisi larangan yang bersifat "*Rule of Reason*" maupun "*Per Se Illegal*", maka hingga saat ini pengelompokan pasal-pasal tersebut merupakan penafsiran atau pendapat dari pakar hukum dan KPPU selaku pihak yang berwenang menangani masalah persaingan usaha.

Dengan berpedoman kepada pendapat Susanti Adi Nugroho dan setelah penulis membaca dengan seksama UU Nomor 5 Tahun 1999, maka ciri-ciri pasal yang berisi larangan yang bersifat "*Rule of Reason*" adalah sebagai berikut:

1. memuat kalimat yang berbunyi : "...yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat";
2. memuat kalimat yang berbunyi : "...yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat";
3. memuat kalimat yang berbunyi : "... sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat";
4. memuat kalimat yang berbunyi : "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat";
5. memuat kalimat yang berbunyi : "...yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat";
6. memuat kalimat yang berbunyi : "... yang dapat menghalangi pelaku usaha lain untuk melakukan usaha yang sama.

H. Pasal-pasal dalam UU Nomor 5 tahun 1999 yang menggunakan pendekatan

*Rule of Reason:*

Berdasarkan ciri-ciri yang telah dijelaskan sebelumnya, maka berikut di bawah ini adalah pasal-pasal dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menggunakan pendekatan "*Rule of Reason*", antara lain:

1. Pasal 4 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang yaitu perjanjian oligopoli;
2. Pasal 7 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang yaitu perjanjian yang berisi tentang penetapan harga di bawah pasar;

3. Pasal 8 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang yaitu perjanjian yang memuat persyaratan bahwa penerima barang atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan atau jasa yang diterimanya, dengan harga lebih rendah dari harga yang dijanjikan;
4. Pasal 9 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang yaitu perjanjian pembagian wilayah;
5. Pasal 10 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang, yaitu perjanjian pemboikotan;
6. Pasal 11 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang, yaitu perjanjian kartel;
7. Pasal 12 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang, yaitu perjanjian trust;
8. Pasal 13 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang, yaitu tentang perjanjian oligopsoni;
9. Pasal 14 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang, yaitu perjanjian integrasi vertikal;
10. Pasal 16 yang mengatur tentang perjanjian yang dilarang, yaitu perjanjian dengan pihak luar negeri;
11. Pasal 17 yang mengatur tentang kegiatan yang dilarang, yaitu monopoli;
12. Pasal 18 yang mengatur tentang kegiatan yang dilarang, yaitu monopsoni;
13. Pasal 19 yang mengatur tentang kegiatan yang dilarang yaitu penguasaan pasar;

14. Pasal 20 yang mengatur tentang larangan pemasokan barang dan/atau jasa dengan cara melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah;
15. Pasal 21 yang mengatur tentang larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan kecurangan dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya yang menjadi komponen harga barang;
16. Pasal 22 yang mengatur tentang larangan bagi pelaku usaha untuk bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender;
17. Pasal 23 yang mengatur tentang larangan bagi pelaku usaha untuk bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan;
18. Pasal 25 yang mengatur tentang penyalahgunaan posisi dominan;
19. Pasal 26 yang mengatur tentang larangan untuk menduduki jabatan rangkap sebagai direksi atau komisaris;
20. Pasal 28 yang mengatur tentang penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan.

□ Pendekatan "*Rule of Reason*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999:

Meskipun UU Nomor 5 Tahun 1999 dan dalam penjelasan undang-undangnya tidak disebutkan secara eksplisit bahwa Pasal 22 yang mengatur tentang larangan persekongkolan dalam tender menggunakan pendekatan "*Rule of Reason*", namun demikian dalam Peraturan KPPU Nomor 2 tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang

Larangan Persekongkolan Dalam Tender, secara tegas dan jelas dinyatakan bahwa persekongkolan dalam tender merupakan perilaku yang bersifat "*Rule of Reason*", yaitu bahwa suatu tindakan memerlukan pembuktian dalam menentukan telah terjadinya pelanggaran terhadap persaingan usaha yang sehat. Oleh karena itu dalam persekongkolan tender perlu diketahui apakah proses tender tersebut dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

#### J. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU):

Berdasarkan Pasal 1 angka 18 UU Nomor 5 Tahun 1999, yang dimaksud dengan KPPU adalah Komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. KPPU yang dibentuk sebagai lembaga yang melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan UU Nomor 5 Tahun 1999, bertujuan untuk menjaga iklim usaha yang kondusif dengan memberikan kesempatan yang sama bagi setiap pelaku usaha untuk dapat memasuki pasar, serta mengatasi dan mencegah terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat serta lebih jauh ikut mendorong efisiensi dan efektivitas dalam kegiatan usaha.<sup>40</sup> Pembentukan KPPU dilakukan berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999. Hingga saat ini sudah cukup banyak hasil dan

---

<sup>40</sup> Sukendar, "Kedudukan Lembaga Negara Khusus (Auxiliary State's Organ) Dalam Konfigurasi Ketatanegaraan Modern Indonesia (Studi Mengenai Kedudukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia)", *Jurnal Persaingan Usaha*, Edisi 1, tahun 2009: 172.

kontribusi positif yang diberikan oleh KPPU dalam usaha meningkatkan efisiensi perekonomian nasional yang pada akhirnya bertujuan meningkatkan kesejahteraan rakyat. Keputusan-keputusan yang dihasilkan oleh KPPU bukan merupakan keputusan tata usaha Negara. Adanya ketentuan ini cukup membantu KPPU agar putusannya tidak mendapat perlawanan dari lembaga Peradilan Tata Usaha Negara.<sup>41</sup>

Namun demikian, untuk menjaga iklim investasi agar tetap kondusif tidaklah mudah. Meskipun KPPU telah memberikan kontribusi yang positif bagi dunia persaingan usaha, KPPU juga dianggap ikut menghambat iklim investasi.<sup>42</sup> Pro dan kontra terhadap KPPU muncul silih berganti, ada yang mempertanyakan status peradilannya, status kelembagaannya, ada pula yang mempersoalkan efektifitasnya. Menurut Prof. Dr. Ahmad Erani Yustika, penyebab keluhan dunia usaha terhadap putusan KPPU ada dua.<sup>43</sup>

1. Pelaku usaha merasa dirugikan, karena sebelum adanya KPPU usahanya sudah sedemikian menggurita. Jadi ketika ada regulasi ini mereka merasa terancam;
2. Kurangnya pengertian terhadap peran dan wewenang KPPU.

---

<sup>41</sup>Arnold Sihombing, "Analisis Putusan KPPU Dan Pengadilan Negeri Dalam Persekongkolan Tender Pekerjaan Pengerukan Alur Pelayaran Pelabuhan Belawan Tahun 2006", *Jurnal Persaingan Usaha*, Edisi 3, tahun 2010: 158.

<sup>42</sup>Laporan Utama, "KPPU dan Iklim Investasi", *Media berkala KPPU Kompetisi*, Edisi 26, 2011.

<sup>43</sup>*Ibid.*, hal. 6.



KPPU merupakan lembaga publik, penegak dan pengawas pelaksanaan UU Nomor 5 Tahun 1999. Melalui kewenangan yang dimilikinya, KPPU diharapkan dapat menjaga dan mendorong agar sistem ekonomi pasar lebih efisien sehingga pada akhirnya dapat meningkatkan kesejahteraan rakyat. Secara ringkas, ada tiga performa yang dilakukan oleh KPPU, yaitu:<sup>44</sup>

1. Monitoring Pelaku usaha: dilakukan untuk memantau para pelaku usaha yang di duga melakukan pelanggaran terhadap UU Nomor 5 Tahun 1999;
2. Penanganan laporan: KPPU menangani laporan-laporan tentang adanya pelanggaran terhadap UU Nomor 5 Tahun 1999;
3. Penanganan Perkara: setelah melakukan pemeriksaan terhadap laporan-laporan yang masuk, maka bila ternyata bukti-bukti dugaan adanya pelanggaran terhadap UU Nomor 5 Tahun 1999 telah dinilai cukup lengkap, maka KPPU mengeluarkan penetapan perkara, dan melakukan pemeriksaan lebih lanjut.

---

<sup>44</sup> KPPU, "Persaingan Sehat Sejahteraan Rakyat", *Majalah KPPU*, Jakarta, 2006, hal.15.

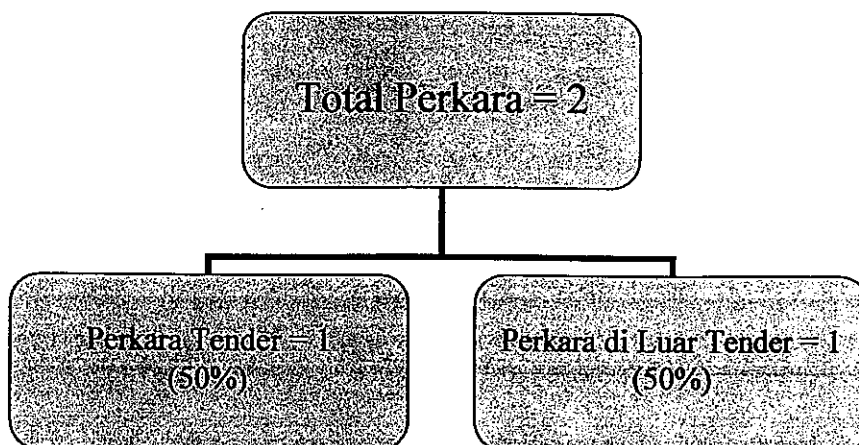
### BAB III

#### PERKARA-PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DI KPPU

##### A. Perkara-perkara persekongkolan tender di KPPU:

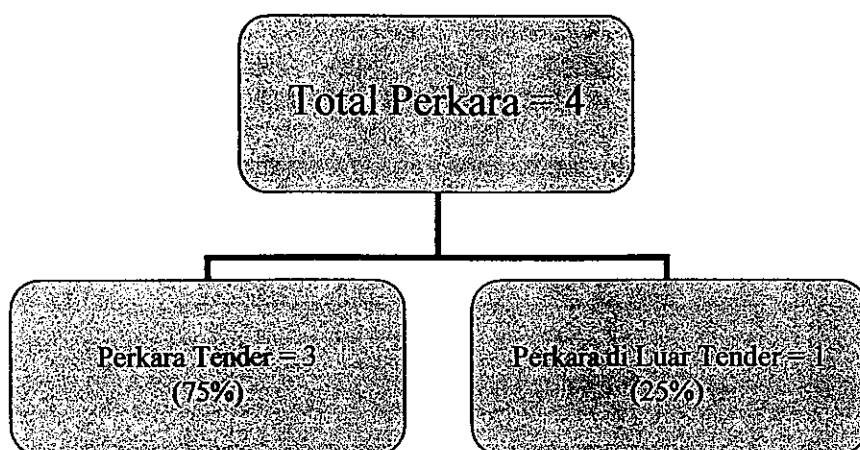
Sejak UU Nomor 5 tahun 1999 berlaku secara efektif, tepatnya tanggal 5 Maret 2000, KPPU telah melaksanakan tugas dan wewenang yang diberikan kepadanya dengan menangani berbagai pelanggaran terhadap UU Nomor 5 tahun 1999. Sampai dengan akhir tahun 2010 KPPU telah mengeluarkan 192 putusan. Berikut di bawah ini akan disajikan diagram putusan-putusan KPPU dari tahun 2000 sampai dengan akhir tahun 2010, disertai dengan perbandingan persentase antara putusan perkara tender dibandingkan dengan putusan di luar perkara tender.<sup>45</sup>

##### 1. Tahun 2000:

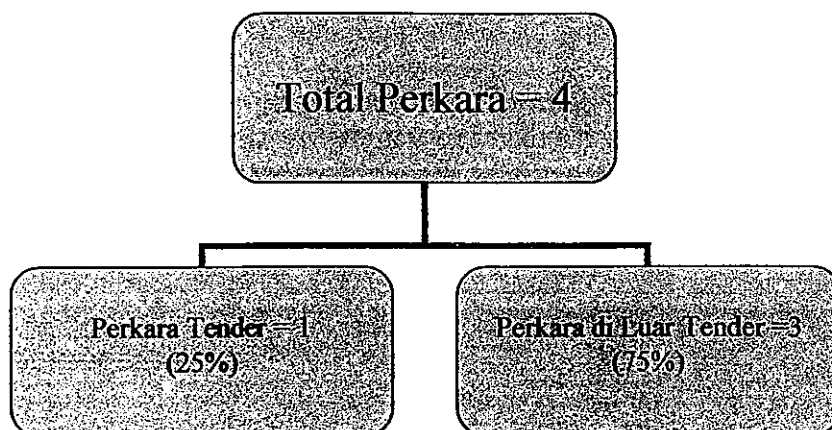


<sup>45</sup> KPPU, "Putusan" (On-line), tersedia di [www.kppu.go.id/id/putusan](http://www.kppu.go.id/id/putusan) (2011).

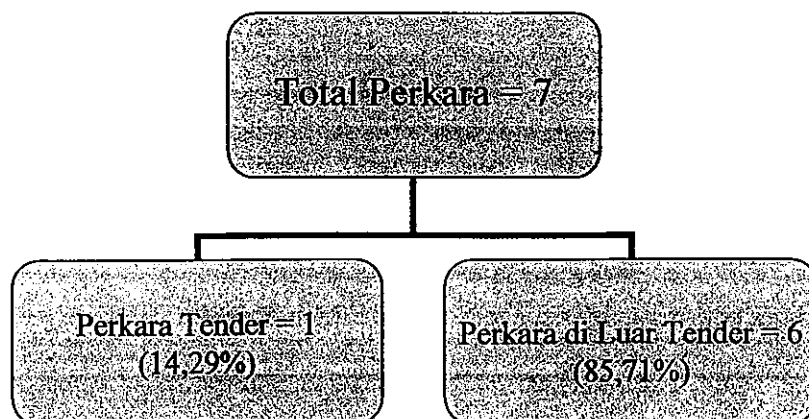
2. Tahun 2001:



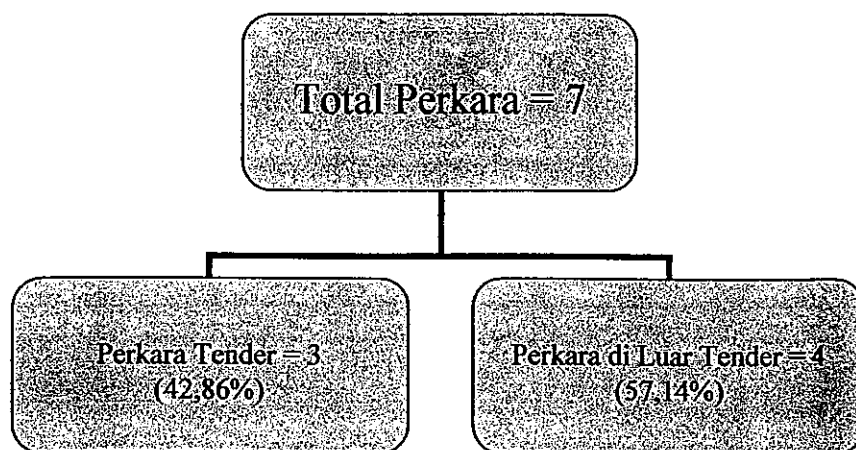
3. Tahun 2002:



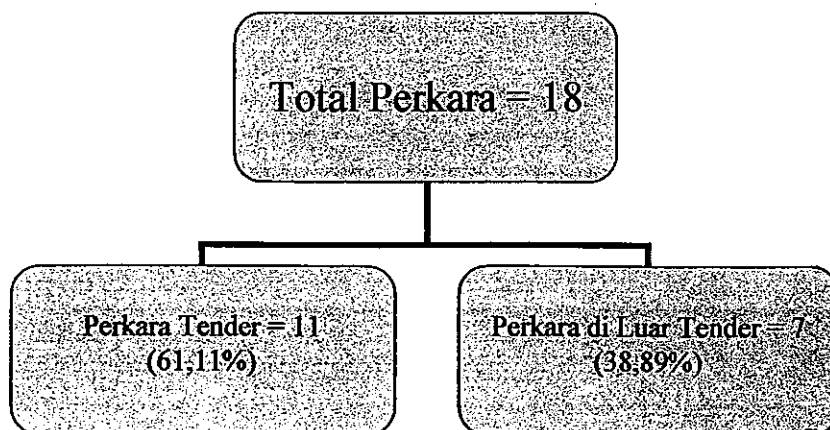
4. Tahun 2003:



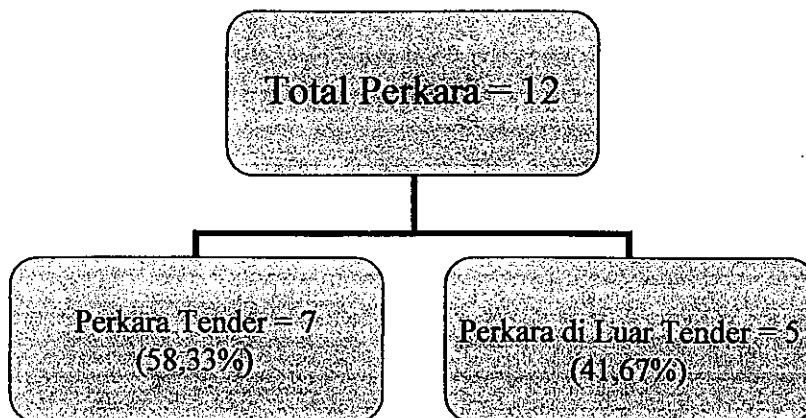
5. Tahun 2004:



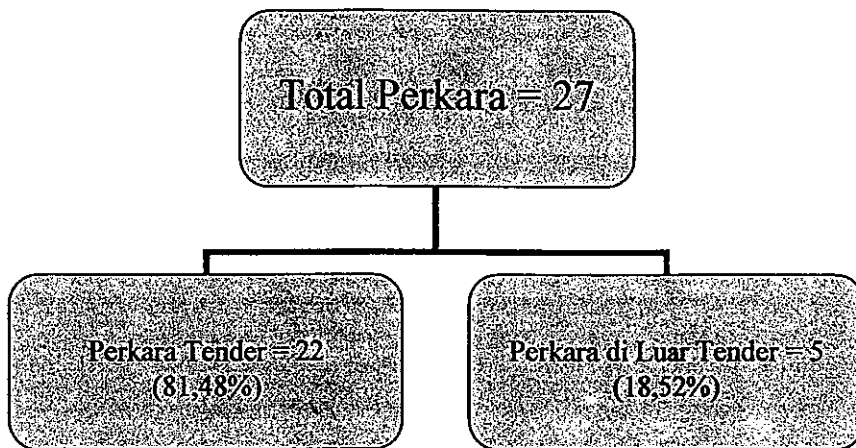
6. Tahun 2005:



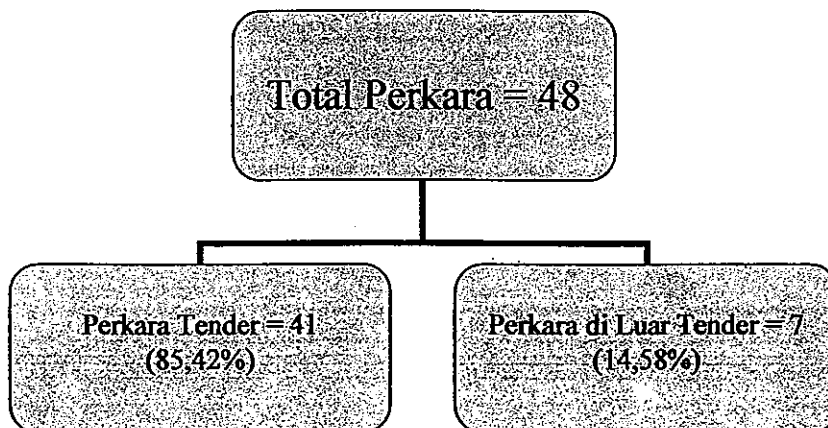
7. Tahun 2006:



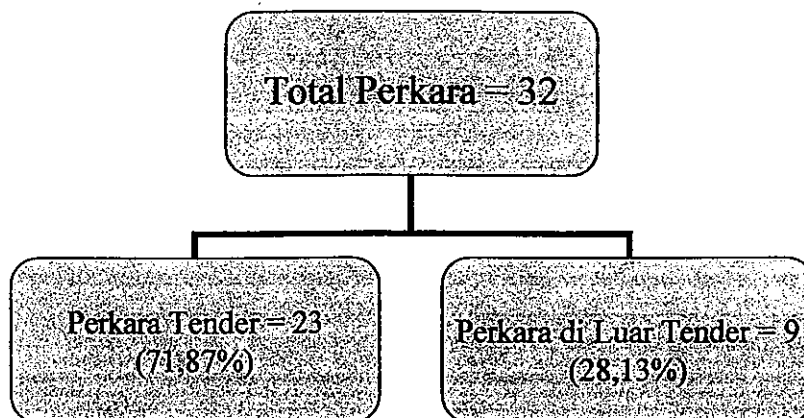
8. Tahun 2007:



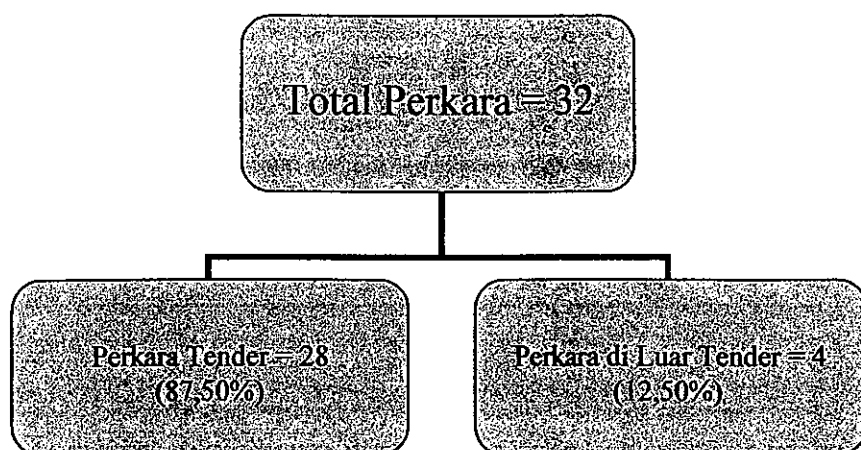
9. Tahun 2008:



10. Tahun 2009:



11. Tahun 2010:



B. Putusan-putusan KPPU Pada Tahun 2010 Tentang Persekongkolan Tender:

Oleh karena penelitian ini dibatasi oleh ruang dan waktu, maka penulis hanya akan melakukan penelitian terhadap putusan-putusan yang telah dikeluarkan oleh KPPU pada tahun 2010, khususnya yang berhubungan dengan pokok-pokok permasalahan yang telah dikemukakan di muka. Pada tahun 2010, KPPU telah mengeluarkan putusan-putusan yang berkaitan dengan terjadinya pelanggaran terhadap UU Nomor 5 tahun 1999, dengan jumlah keseluruhan sebanyak 32 putusan. Dari 32 putusan yang telah dikeluarkan tersebut, 28 di antaranya adalah putusan mengenai kasus persekongkolan tender. Dari diagram yang telah disajikan di atas, dapat dilihat bahwa putusan-putusan KPPU masih didominasi oleh perkara-perkara pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999.

Untuk mengetahui bagaimana KPPU menerapkan pendekatan "*Rule of Reason*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, maka peneliti akan menelaah putusan-putusan KPPU selama tahun 2010, khususnya yang berkaitan dengan

pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Ada 3 putusan yang akan dibahas dalam penelitian ini, yaitu sebagai berikut:

1. Putusan Perkara Nomor 07/KPPU-L/2010 tentang Lelang Pengadaan Alat-alat Laboratorium Bahasa Dinas Pendidikan, Pemuda, dan Olahraga Kabupaten Kudus Tahun Anggaran 2009:

Perkara ini diawali dengan adanya laporan yang diterima oleh Sekretariat KPPU tentang adanya dugaan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999 berkaitan dengan Lelang Pengadaan Alat-alat Laboratorium Bahasa Dinas Pendidikan, Pemuda, dan Olahraga Kabupaten Kudus Tahun Anggaran 2009, tertanggal 30 Juli 2009. Dalam laporan tersebut ada 3 pihak yang menjadi terlapor, yaitu: C.V. Global Inc. (Terlapor I), C.V. Internasional (Terlapor II), dan Panitia Lelang Alat-alat Laboratorium Bahasa di lingkungan Dinas Pendidikan, Pemuda dan Olahraga Kabupaten Kudus Tahun Anggaran 2009 (Terlapor III). Obyek Tender dalam perkara ini adalah Pengadaan Alat-alat Laboratorium Bahasa Dinas Pendidikan, Pemuda, dan Olahraga Kabupaten Kudus Tahun Anggaran 2009, dengan nilai tender sebesar Rp 2.295.000.000,00 (dua milyar dua ratus sembilan puluh lima juta rupiah), yang berasal dari dana APBD Kabupaten Kudus.

Setelah melakukan klarifikasi dan penelitian atas laporan tersebut, maka KPPU menyatakan bahwa laporan tersebut telah lengkap dan jelas, lalu KPPU menerbitkan Penetapan Nomor 27/KPPU/PEN/II/2010, tanggal 8 Februari 2010 untuk melakukan Pemeriksaan Pendahuluan Perkara

Nomor: 07/KPPU-L/2010 terhitung sejak tanggal 8 Februari 2010 sampai dengan tanggal 23 Maret 2010. Setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan, ternyata Tim Pemeriksa Pendahuluan menemukan bukti awal adanya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, oleh karena itu Tim Pemeriksa Pendahuluan merekomendasikan agar pemeriksaan dilanjutkan ke tahap Pemeriksaan Lanjutan.

Berdasarkan rekomendasi Tim Pemeriksa Pendahuluan, KPPU menerbitkan Penetapan Komisi Nomor: 64/KPPU/PEN/III/2010, tanggal 24 Maret 2010, yang menetapkan untuk melanjutkan Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2010 ke dalam tahap Pemeriksaan Lanjutan, terhitung sejak tanggal 24 Maret 2010 sampai dengan tanggal 18 Juni 2010. Tim Pemeriksa Lanjutan kemudian melanjutkan pemeriksaan dengan melakukan analisis sebagai berikut:

- a. Adanya hubungan kepemilikan saham dan kekerabatan antara C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional menunjukkan adanya afiliasi di antara kedua perusahaan tersebut;
- b. Ditemukannya adanya persamaan kesalahan pengetikan dokumen di antara C.V. Global Inc dan C.V. Internasional menunjukkan bahwa dokumen tersebut dibuat secara bersama-sama atau oleh orang yang sama atau setidaknya menggunakan format yang sama;
- c. Adanya hubungan afiliasi di antara C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional memungkinkan adanya dokumen-dokumen yang dibuat secara bersama-sama tersebut, sehingga memudahkan bagi C.V.



Global Inc. dan C.V. Internasional untuk mengatur harga penawaran dalam tender yang sama, dan hal ini sudah diakui oleh C.V. Global Inc.;

d. Pengaturan harga penawaran yang dilakukan oleh C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional telah mengurangi persaingan dengan para peserta tender lainnya, dengan demikian perilaku C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional tersebut mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat;

e. Panitia Lelang dalam hal ini telah melakukan kelalaian karena tidak memeriksa ada tidaknya perusahaan-perusahaan terafiliasi yang berpotensi dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat;

f. Panitia Lelang juga tidak memeriksa kebenaran dari dokumen Formulir Isian Penilaian Kualifikasi dalam hal Modal Kerja, Surat Dukungan Keuangan dari Bank yang tidak sesuai nomor dan tanggalnya dengan Surat Dukungan Keuangan dari Bank yang dilampirkan oleh C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional. Fakta ini menunjukkan bahwa data/dokumen yang disampaikan tidak benar atau tidak sesuai, yang apabila dicermati seharusnya Panitia Lelang menggugurkan kedua perusahaan tersebut;

g. Panitia Lelang hanya melakukan klarifikasi terhadap C.V. Global Inc. terkait dengan ketersediaan dan kemampuan yang bersangkutan dalam melakukan pekerjaan nantinya, dan kenyataannya Panitia

Lelang tidak mencermati adanya ketidaksesuaian dokumen yang dilampirkan dengan isian kualifikasi C.V. Global Inc., dengan demikian Panitia Lelang dianggap telah melakukan tindakan diskriminasi terhadap peserta lainnya dengan cara tidak melakukan klarifikasi terhadap peserta yang bersangkutan;

- h. Kelalaian Panitia Lelang tersebut merupakan bukti tindakan memfasilitasi terjadinya persekongkolan dalam tender untuk menentukan pemenang tender yang dilakukan oleh C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional.

Setelah Pemeriksaan Lanjutan berakhir, KPPU menerbitkan Penetapan Komisi Nomor: 118/KPPU/PEN/VI/2010, tanggal 18 Juni 2010 Tentang Sidang Majelis Komisi Perkara Nomor 07/KPPU-L/2010. Dalam Sidang Majelis, yang memberikan tanggapan/pembelaan terhadap Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan ("LHPL") hanya Terlapor III, sedangkan Terlapor I dan Terlapor II tidak memberikan tanggapan/pembelaan. Berdasarkan Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan, Tanggapan/Pembelaan para Terlapor, BAP, surat-surat dan dokumen-dokumen dan alat bukti lainnya, Majelis Komisi melakukan penilaian-penilaian di antaranya tentang ada tidaknya Persekongkolan Horizontal, Persekongkolan Vertikal dan tentang Pemenuhan Unsur Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999.

Tentang Persekongkolan Horizontal, Majelis sependapat dengan kesimpulan Tim Pemeriksa yang menyatakan C.V. Global Inc. dan C. V.

Internasional telah melakukan praktek persaingan usaha tidak sehat dengan melakukan pengaturan harga penawaran dalam tender. Sedangkan tentang Persekongkolan Vertikal, Majelis memberikan penilaian sebagai berikut:

- a. Sudah sepatutnya Terlapor III mengetahui adanya afiliasi antara Terlapor I dan Terlapor II, karena dalam dokumen isian kualifikasi dapat diketahui dengan jelas terdapat hubungan kepemilikan dan rangkap jabatan di antara kedua perusahaan tersebut yang berpotensi menimbulkan persaingan usaha tidak sehat;
- b. Meskipun tidak ada larangan mengenai keikutsertaan perusahaan yang terafiliasi melalui hubungan suami/istri di antara pemilik perusahaan dalam suatu tender secara bersama-sama, namun hal tersebut memudahkan dilakukannya kerjasama di antara perusahaan yang terafiliasi sehingga membuka peluang terjadinya persekongkolan tender;
- c. Meskipun terdapat perbedaan antara formulir isian kualifikasi dengan lampiran surat dukungan keuangan dari bank, Majelis Komisi dapat menerima kebenaran bukti yang diajukan oleh Terlapor III di mana terdapat bukti asli surat dukungan keuangan dari bank. Adapun hal yang dapat menggugurkan kedua peserta tersebut adalah jika tidak dapat menunjukkan dokumen asli dukungan keuangan dari bank;
- d. Majelis Komisi menilai bahwa evaluasi administrasi yang dilakukan oleh Terlapor III cukup obyektif;

- e. Majelis komisi menilai terdapat kejanggalan dalam evaluasi teknis dan harga di mana pemenang tender adalah penawar dengan harga tertinggi;
- f. Majelis Komisi menilai Terlapor I dan Terlapor II yang merupakan perusahaan terafiliasi sehingga memiliki kemampuan teknis yang sama dalam memenuhi aspek teknis, perbedaan nilai teknis antara Terlapor I dengan Terlapor II hanya terletak pada pemenuhan item *Digital Control Communication System* dalam *Main Feature Multimedia Software*;
- g. Majelis Komisi menilai bahwa kekurangan pemenuhan salah satu item aspek teknis oleh Terlapor II adalah disengaja dengan tujuan agar Terlapor III memberikan nilai lebih tinggi kepada Terlapor I dalam penilaian teknis untuk mengimbangi penilaian harga Terlapor II yang lebih rendah dari Terlapor I, sehingga hasil akhirnya adalah Terlapor I yang akan memenangkan tender meskipun harga penawarannya lebih tinggi dari Terlapor II;
- h. Pengkondisian evaluasi harga dan teknis oleh Terlapor I dan Terlapor II tersebut sesuai dengan pengakuan Terlapor I yang mengakui sering mengikuti tender bersama-sama dengan Terlapor II dengan sedikit perbedaan pada aspek teknis dan perbedaan harga penawaran;
- i. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Majelis Komisi tidak melihat adanya unsur kesengajaan yang dilakukan oleh Terlapor III dalam

melakukan evaluasi tender dan mengusulkan Terlapor I sebagai pemenang tender.

Sebelum mengeluarkan putusan, Majelis Komisi juga harus melakukan analisis terhadap pemenuhan unsur-unsur Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999. Ada 5 unsur yang terkandung dalam Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999, yaitu sebagai berikut:

1. Unsur Pelaku Usaha: pelaku usaha dalam perkara ini adalah C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional, yang mana keduanya merupakan badan usaha berbentuk Persekutuan Komanditer, melakukan kegiatan ekonomi di Indonesia dan menjadi peserta tender pengadaan alat-alat laboratorium bahasa di dinas Pendidikan, Pemuda, dan Olahraga Kabupaten Kudus tahun Anggaran 2009;
2. Unsur Pihak lain: dalam perkara ini, secara horizontal C.V. Internasional merupakan pelaku usaha yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender, dan secara vertikal, Panitia Tender merupakan subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut yang diduga melakukan persekongkolan tender;
3. Unsur Bersekongkol: dalam perkara ini diduga terjadi persekongkolan baik secara horizontal maupun secara vertikal. Indikasi terjadinya persekongkolan horizontal dalam perkara ini adalah sebagai berikut:

- a. C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional mengikuti proses tender bersama-sama dan telah melakukan beberapa tindakan pengaturan di antaranya pengaturan harga agar C.V. Global Inc. dapat memenangkan tender;
- b. C.V. Global Inc. mengakui adanya afiliasi maupun pengaturan dimaksud dengan dalih tindakan tersebut dilakukan untuk memperbesar peluang memenangkan tender;
- c. Majelis Komisi menilai dalih dari tindakan C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional untuk memperbesar peluang memenangkan suatu tender tidak dapat dibenarkan, karena tujuan dari diadakannya tender adalah untuk mendapatkan harga dan kualitas yang terbaik dari suatu persaingan dari masing-masing peserta;
- d. Majelis Komisi berpendapat persaingan usaha yang sehat tercermin dari persaingan masing-masing pelaku usaha dengan cara memberikan harga dan kualitas yang terbaik;
- e. Majelis Komisi menyimpulkan telah terjadi kerjasama yang dilakukan oleh C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional yang bertujuan untuk mengatur dan atau memenangkan C.V. Global Inc dalam perkara ini;

Sedangkan indikasi terjadinya persekongkolan vertikal dalam perkara ini adalah sebagai berikut:

- a. C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional diduga melakukan persekongkolan dengan Panitia Lelang dengan tujuan untuk mengatur dan/atau memenangkan C.V. Global Inc. dalam perkara ini;
  - b. Berdasarkan analisis sebelumnya, Majelis Komisi menilai tidak ada unsur kesengajaan melakukan persekongkolan yang dilakukan oleh Panitia Lelang untuk menentukan dan/atau mengatur C.V. Global Inc. sebagai pemenang tender dalam perkara ini;
4. Unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender: dalam perkara ini, C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional mengikuti proses tender secara bersama-sama dan telah melakukan beberapa tindakan pengaturan di antaranya penyusunan dokumen secara bersama-sama, pengaturan harga dan pengaturan kelengkapan dokumen teknis dengan tujuan agar C.V. Global Inc. dapat memenangkan tender;
5. Unsur terjadinya persaingan usaha tidak sehat: dalam perkara ini Majelis Komisi menilai bahwa C.V. Global Inc. dan C.V. Internasional telah melakukan praktek persaingan usaha yang tidak sehat dengan cara melakukan persaingan semu, hal ini merupakan cara bersaing yang tidak jujur dan menghambat persaingan.

2. Putusan Perkara Nomor 28/KPPU-L/2010 tentang Pelelangan Umum Dengan Pascakualifikasi Yang Dibiayai Dari Dana Stimulus Tahun Anggaran 2009 Pada Dinas Pekerjaan Umum Bidang Cipta Karya Kabupaten Mukomuko Pada Paket Unit Transmisi Air Baku:

Perkara ini diawali dengan adanya laporan yang diterima oleh Sekretariat KPPU tentang adanya dugaan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999 berkaitan dengan Pelelangan Umum Dengan Pascakualifikasi Yang Dibiayai Dari Dana Stimulus Tahun Anggaran 2009 Pada Dinas Pekerjaan Umum Bidang Cipta Karya Kabupaten Mukomuko Pada Paket Unit Transmisi Air Baku, tertanggal 10 Februari 2010. Dalam laporan tersebut ada 3 pihak yang menjadi terlapor, yaitu: P.T. Saribina Jasakonstrindo (Terlapor I), P.T. Atakana (Terlapor II), dan Panitia Pengadaan Barang dan Jasa Dinas Pekerjaan Umum Kabupaten Mukomuko Tahun Anggaran 2009 (Terlapor III). Obyek Tender dalam perkara ini adalah Pelelangan Umum Dengan Pascakualifikasi yang Dibiayai Dari Dana Stimulus Tahun Anggaran 2009 Pada Dinas Pekerjaan Umum Bidang Cipta Karya Kabupaten Mukomuko Pada Paket Unit Transmisi Air Baku, dengan nilai tender sebesar Rp 8.001.699.000,00 (delapan milyar satu juta enam ratus sembilan puluh sembilan ribu rupiah).

Setelah melakukan klarifikasi dan penelitian atas laporan tersebut, maka KPPU menyatakan bahwa laporan tersebut telah lengkap dan jelas, lalu KPPU menerbitkan Penetapan Nomor 82/KPPU/PEN/IV/2010,



tanggal 19 April 2010 untuk melakukan Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor: 28/KPPU-L/2010. Setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan, ternyata Tim Pemeriksa Pendahuluan menemukan bukti awal adanya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, oleh karena itu Tim Pemeriksa Pendahuluan merekomendasikan agar pemeriksaan dilanjutkan ke tahap Pemeriksaan Lanjutan.

Berdasarkan rekomendasi Tim Pemeriksa Pendahuluan, KPPU menerbitkan Penetapan Komisi Nomor: 108/KPPU/PEN/VI/2010, tanggal 2 Juni 2010, yang menetapkan untuk melanjutkan Perkara Nomor: 28/KPPU-L/2010 ke dalam tahap Pemeriksaan Lanjutan, terhitung sejak tanggal 2 Juni 2010 sampai dengan tanggal 25 Agustus 2010. Dalam proses pemeriksaannya ternyata diperlukan perpanjangan waktu untuk pemeriksaan lanjutan, oleh karena itu Komisi kemudian menerbitkan Keputusan Komisi Nomor 322/KPPU/Kep/VIII/2010, tanggal 24 Agustus 2010 tentang Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan Perkara Nomor 28/KPPU-L/2010, terhitung sejak tanggal 26 Agustus 2010 sampai dengan tanggal 11 Oktober 2010. Tim Pemeriksa Lanjutan kemudian melanjutkan pemeriksaan dengan melakukan analisis sebagai berikut:

- a. Adanya kesamaan kepemilikan saham dan kesamaan Susunan Direksi dan Komisaris antara P.T. Saribina Jasakontrindo dengan P.T. Atakana menunjukkan adanya afiliasi di antara kedua perusahaan tersebut;

- b. Afiliasi di antara kedua perusahaan tersebut tidak menjadi masalah sepanjang tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat;
- c. Terdapat persesuaian harga atas 68 item pekerjaan dalam dokumen Rekapitulasi dan Daftar Kuantitas dan Harga dalam dokumen penawaran P.T. Saribina Jasakontrindo dengan P.T. Atakana, serta antara P.T. Persada Bakti dengan P.T. Pola Mas;
- d. Berdasarkan Pasal 6 ayat (2) Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro Kecil Menengah, P.T. Persada Bakti Mandiri dan P.T. Pola Mas dikategorikan sebagai pelaku usaha kecil sehingga dikecualikan dari UU Nomor 5 Tahun 1999;
- e. Adanya persamaan kesalahan penyetikan dokumen di antara P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana menunjukkan dokumen tersebut dibuat secara bersama-sama atau oleh orang yang sama atau setidaknya menggunakan format yang sama;
- f. Adanya hubungan afiliasi antara P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana memungkinkan adanya dokumen-dokumen yang dibuat secara bersama-sama;
- g. Pembuatan dokumen secara bersama-sama memudahkan bagi P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana untuk mengatur harga penawaran dalam lelang yang sama;
- h. Pengaturan harga penawaran yang dilakukan oleh P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana mengurangi persaingan dengan para

peserta lelang lainnya, dengan demikian perilaku P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana tersebut mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat;

- i. Panitia Lelang dalam hal ini telah melakukan kelalaian karena tidak memeriksa ada tidaknya perusahaan-perusahaan terafiliasi yang berpotensi dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat;
- j. Ketua Panitia Lelang telah lulus sertifikasi pengadaan barang dan jasa, dan sudah berpengalaman menjadi panitia sebanyak 5 sampai 6 kali, dan sudah bekerja di Dinas Pekerjaan Umum Kabupaten Mukomuko selama 5 tahun, serta telah mengetahui peraturan yang menjadi pedoman lelang ini adalah Keppres Nomor 80 Tahun 2003, Undang-undang Jasa Konstruksi, dan Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 243 Tahun 2007 tentang Standar Dokumen Pelelangan dan Standar Evaluasi Penawaran, namun tidak membaca secara detail metode pelaksanaan dan hanya sekedar memastikan keberadaan metode pelaksanaan dalam dokumen penawaran para peserta lelang;
- k. Ketua Panitia Lelang, Sdr. Henderi Kusuma dan Sekretaris Panitia Lelang, Sdr. Apriadi tidak mengevaluasi dokumen perusahaan manapun, dan hanya mempercayakan proses evaluasi terkait kepada rekan-rekan sesama panitia;
- l. Panitia lelang tidak pernah membaca metode pelaksanaan yang disampaikan peserta lelang untuk mengetahui sejauh mana ukuran

metode pelaksanaan itu sudah benar atau belum, dengan demikian disimpulkan bahwa Panitia Lelang telah lalai karena tidak melakukan evaluasi secara benar;

- m. Kelalaian Panitia lelang merupakan bukti awal tindakan memfasilitasi terjadinya persekongkolan dalam lelang untuk mengatur pemenang lelang yang dilakukan oleh P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana.

Setelah Pemeriksaan Lanjutan berakhir, KPPU menerbitkan Penetapan Komisi Nomor: 161/KPPU/Pej/X/2010, tanggal 06 Oktober 2010 tentang Sidang Majelis Komisi Perkara Nomor 28/KPPU-L/2010. Berdasarkan pada Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan, Tanggapan/ Pembelaan para Terlapor, BAP, surat-surat dan dokumen-dokumen dan alat bukti lainnya, Majelis Komisi melakukan penilaian-penilaian di antaranya tentang Penyusunan Dokumen, Kepemilikan Silang, Persesuaian Harga, Pelanggaran Undang-undang Jasa Konstruksi dan tentang Pemenuhan Unsur-unsur Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999. Tentang Penyusunan Dokumen, Majelis Komisi menilai bahwa:

- a. Dengan tidak adanya pembelaan dari Terlapor I dan Terlapor II, merupakan bukti yang memperkuat adanya kerjasama di antara Terlapor I dan Terlapor II dalam penyusunan metode pelaksanaan dari dokumen penawaran para Terlapor dalam tender;
- b. Berdasarkan Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan, Majelis menyimpulkan bahwa Terlapor I dan Terlapor II telah melakukan

persekongkolan tender melalui pembuatan dokumen penawaran secara bersama-sama.

Mengenai Kepemilikan Silang, Majelis Komisi menilai bahwa tidak adanya pembelaan dan sanggahan dari Terlapor I dan Terlapor II memperkuat bukti adanya kepemilikan silang di antara Terlapor I dan Terlapor II. Mengenai Persesuaian Harga, Majelis Komisi menilai bahwa dengan tidak adanya sanggahan dari Terlapor I dan Terlapor II terkait dengan adanya persesuaian harga penawaran dalam tender, merupakan bukti yang memperkuat adanya penyusunan harga penawaran di antara Terlapor I dan Terlapor II, dan dengan demikian Majelis Komisi menyimpulkan bahwa penyusunan harga di antara Terlapor I dan Terlapor II dilakukan secara bersama-sama. Mengenai Pelanggaran Undang-undang Jasa Konstruksi, Majelis Komisi menyimpulkan bahwa Terlapor III telah melakukan pelanggaran terhadap Pasal 17 angka 6 Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi dalam melaksanakan tugasnya sebagai Panitia Lelang.

Sebelum mengeluarkan putusan, Majelis Komisi juga harus melakukan analisis terhadap pemenuhan unsur-unsur Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999. Ada 5 unsur yang terkandung dalam Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999, yaitu sebagai berikut:

1. Unsur pelaku usaha: dalam perkara ini yang dimaksud dengan pelaku usaha adalah P.T. Saribina Jasakontrindo dan P.T. Atakana;

2. Unsur bersekongkol: dalam perkara ini terjadi persekongkolan baik secara horizontal maupun secara vertikal. Secara horizontal, terdapat bukti bahwa Terlapor I dan Terlapor II menyusun dokumen penawaran secara bersama-sama, terbukti juga adanya kepemilikan silang di antara Terlapor I dan Terlapor II, dan juga terbukti bahwa Terlapor I dan Terlapor II menyusun harga penawaran secara bersama-sama. Secara vertikal, terbukti bahwa Terlapor III telah melakukan pelanggaran terhadap pasal 17 angka 6 Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi;
3. Unsur Pihak lain: dalam perkara ini yang dimaksud dengan pihak lain adalah P.T. Atakana dan Panitia Lelang;
4. Unsur Mengatur dan atau Menentukan Pemenang Tender: dalam perkara ini, adanya hubungan afiliasi antara P.T. Saribina Jasakonstrindo dan P.T. Atakana memungkinkan kedua perusahaan tersebut untuk membuat dokumen secara bersama-sama dan kemudian mereka juga mengatur harga penawaran yang mereka ajukan dengan tujuan untuk memenangkan Terlapor I;
5. Unsur Persaingan Usaha Tidak Sehat: dalam perkara ini Terlapor I, Terlapor II dan Terlapor III telah terbukti melakukan persaingan usaha yang tidak sehat dengan cara mengatur proses tender untuk memenangkan Terlapor I.

3. Putusan Perkara Nomor 32/KPPU-L/2010 pada Lelang Pengadaan Software dan Hardware Pembelajaran Berbasis TIK/I-Tutor.Net Tahun Anggaran 2009:

Perkara ini diawali dengan adanya laporan yang diterima oleh Sekretariat KPPU tentang adanya dugaan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999 berkaitan Lelang Pengadaan Software dan Hardware Pembelajaran Berbasis TIK/I-Tutor.Net Tahun Anggaran 2009. Dalam laporan tersebut ada 5 pihak yang menjadi terlapor, yaitu: P.T. Boga Jaya (Terlapor I), P.T. Bio Kaltim (Terlapor II), Roy Irwan Djatmiko (Terlapor III), Yusuf Fajrin Victor Yuan (Terlapor IV), Panitia Pengadaan Pekerjaan Unit (P3U) untuk Pekerjaan Non Fisik pada Dinas Pendidikan Provinsi Kalimantan Timur Tahun Anggaran 2009 (Terlapor V). Obyek Tender dalam perkara ini adalah Pekerjaan Pengadaan Software dan Hardware Pembelajaran Berbasis Tik/I-Tutor.Net Tahun Anggaran 2009 yang diselenggarakan oleh Dinas Pendidikan Provinsi Kalimantan Timur, dengan nilai tender sebesar Rp 10.250.000.000,00 (sepuluh milyar dua ratus lima puluh juta Rupiah), yang dananya bersumber dari dana APBD Provinsi Kalimantan Timur Tahun Anggaran 2009.

Setelah melakukan klarifikasi dan penelitian atas laporan tersebut, maka KPPU menyatakan bahwa laporan tersebut telah lengkap dan jelas, lalu KPPU menerbitkan Penetapan Nomor 100/KPPU/PEN/V/2010, tanggal 18 Mei 2010 untuk melakukan Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Nomor: 32/KPPU-L/2010 terhitung sejak tanggal 18 Mei 2010 sampai

dengan tanggal 29 Juni 2010. Setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan, ternyata Tim Pemeriksa Pendahuluan menemukan bukti awal adanya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, oleh karena itu Tim Pemeriksa Pendahuluan merekomendasikan agar pemeriksaan dilanjutkan ke tahap Pemeriksaan Lanjutan.

Berdasarkan rekomendasi Tim Pemeriksa Pendahuluan, KPPU menerbitkan Penetapan Komisi Nomor: 123/KPPU/PEN/IV/2010, tanggal 30 Juni 2010, yang menetapkan untuk melanjutkan Perkara Nomor: 32/KPPU-L/2010 ke dalam tahap Pemeriksaan Lanjutan, terhitung sejak tanggal 30 Juni 2010 sampai dengan tanggal 28 September 2010. Tim Pemeriksa Lanjutan kemudian melanjutkan pemeriksaan dengan melakukan analisis sebagai berikut:

- a. Tindakan Sdr. Victor menandatangani daftar hadir pemasukan penawaran mewakili P.T. Boga Jaya atas perintah Sdr. Icam, dan adanya kemiripan tanda tangan atas nama Sdr. Icam mewakili P.T. Bio Kaltim menunjukkan adanya komunikasi antara P.T. Boga Jaya, P.T. Bio Kaltim, Sdr. Icam dan Sdr. Victor;
- b. Tindakan Panitia membiarkan Sdr. Icam dan Sdr. Victor yang bukan staf P.T. Boga Jaya dan P.T. Bio Kaltim tanpa dilengkapi dengan surat kuasa merupakan bentuk memfasilitasi dari Panitia Lelang untuk mengatur dan memenangkan P.T. Boga Jaya;
- c. Tindakan Panitia Lelang yang mencantumkan merk I-Tutor. Net pada saat pengumuman di Media Massa menunjukkan bahwa Panitia



Lelang sudah mengarahkan tender ini pada 1 merek produk. Meskipun pada saat aanwijzing pengumuman tersebut diubah namun spesifikasi produk yang diminta tetap, sehingga para peserta sudah mengetahui merek yang diinginkan oleh Panitia Lelang . Jika dalam aanwijzing Panitia Lelang menghilangkan nama merek dalam suatu pengumuman karena sebelumnya telah diprotes oleh para peserta lelang, maka seharusnya Panitia Lelang juga melakukan perubahan dalam spesifikasi teknis karena jika spesifikasi teknis tetap maka secara tidak langsung kebutuhan pengadaan tersebut hanya bisa dipenuhi oleh merek tertentu;

- d. Tim pemeriksa menilai seharusnya lelang ini dilakukan secara terpisah antara software dan hardware;
- e. Dalam pengadaan software ini, hanya terdapat beberapa pelaku usaha yang dapat memenuhi persyaratan yaitu P.T. I-Tutor.Net Indonesia, P.T. Telsis Indonesia dan P.T. Elektron Indonesia, maka sebaiknya dilakukan lelang terbatas dengan mengundang ketiga perusahaan tersebut.

Setelah Pemeriksaan Lanjutan berakhir, KPPU menerbitkan Penetapan Komisi Nomor: 167/KPPU/Pen/XI/2010, tanggal 09 November 2010 tentang Sidang Majelis Komisi Perkara Nomor 32/KPPU-L/2010, terhitung sejak tanggal 9 November 2010 sampai dengan tanggal 22 Desember 2010. Berdasarkan Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan, Tanggapan/Pembelaan para Terlapor, BAP, surat-surat dan dokumen-

dokumen dan alat bukti lainnya, Majelis Komisi melakukan penilaian-penilaian sebagai berikut:

- a. Majelis Komisi menilai pendapat Tim Pemeriksa dalam Laporan Hasil Pemeriksaan Lanjutan yang menyatakan Panitia Lelang telah mengarahkan tender ini kepada merek tertentu yaitu I-Tutor.Net, dengan cara mencantumkan merek dan spesifikasi teknis I-Tutor.Net dalam pengumuman dan dokumen lelang, belum cukup untuk membuktikan adanya persekongkolan vertikal dalam tender ini, karena Panitia Lelang hanya menyalin spesifikasi teknis yang diberikan oleh Kuasa Pengguna Anggaran, selain itu Tim Pemeriksa tidak memperoleh bukti adanya kerjasama antara Panitia Lelang dengan peserta tender dan atau pihak lain untuk mengatur dan atau memenangkan peserta lelang yang membawa merek I-Tutor.Net;
- b. Majelis Komisi menilai tindakan Panitia Lelang mencantumkan merek I-Tutor.Net dalam pengumuman dan dokumen lelang merupakan bentuk pelanggaran terhadap Keputusan Presiden Nomor 80 tahun 2003;
- c. Majelis Komisi menilai bahwa tindakan Panitia tidak memberikan kriteria penilaian dalam Dokumen Lelang namun pada saat evaluasi menggunakan kriteria penilaian adalah merupakan tindakan *post bidding*, yang berarti Panitia melakukan pelanggaran terhadap Keputusan Presiden Nomor 80 tahun 2003;

- d. Majelis Komisi menilai "Sdr. Icam" yang menandatangani daftar hadir penyerahan dokumen penawaran mewakili P.T. Bio Kaltim berbeda dengan Sdr. Roy Irwan Djatmiko atau biasa dipanggil "Sdr. Icam" yang merupakan pegawai temporer P.T. Boga Jaya dalam proses tender ini. Hal ini dibuktikan dengan tanda tangan yang berbeda antara Sdr. Roy Irwan Djatmiko atau biasa dipanggil "Sdr. Icam" dalam BAP dengan tanda tangan "Sdr. Icam" yang mewakili P.T. Bio Kaltim dalam daftar hadir pemasukan dokumen penawaran;
- e. Majelis Komisi menilai tindakan Sdr. Victor menandatangani daftar hadir pemasukan dokumen penawaran mewakili P.T. Boga Jaya tidak cukup bukti untuk dinyatakan sebagai suatu bentuk persekongkolan dalam rangka mengatur dan atau menentukan P.T. Boga Jaya sebagai pemenang;
- f. Majelis Komisi menilai bahwa dugaan adanya persekongkolan antara P.T. Boga Jaya, P.T. Bio Kaltim, Sdr. Roy Irwan Djatmiko dan Sdr. Victor, tidak cukup kuat untuk membuktikan adanya persekongkolan horizontal dalam rangka mengatur dan atau menentukan P.T. Boga Jaya sebagai pemenang tender, oleh karena itu Majelis Komisi menyimpulkan tidak terjadi persekongkolan horizontal dalam proses tender ini;

Sebelum mengeluarkan putusan, Majelis Komisi juga harus melakukan analisis terhadap pemenuhan unsur-unsur Pasal 22 UU

Nomor 5 tahun 1999. Ada 5 unsur yang terkandung dalam Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999, yaitu sebagai berikut:

1. Unsur Pelaku Usaha: yang dimaksud pelaku usaha dalam perkara ini adalah P.T. Boga Jaya dan P.T. Bio Kaltim;
2. Unsur Pihak Lain: yang dimaksud dengan pihak lain dalam perkara ini adalah Sdr. Roy Irwan Djatmiko, Sdr. Yusuf Fajrin Victor Yuan, dan Panitia Lelang;
3. Unsur Bersekongkol:
  - a. dalam perkara ini "Sdr. Icam" yang menandatangani daftar hadir penyerahan dokumen penawaran mewakili P.T. Bio Kaltim berbeda dengan Sdr. Roy Irwan Djatmiko atau biasa dipanggil "Sdr. Icam" yang merupakan pegawai temporer P.T. Boga Jaya dalam proses lelang ini. Hal ini dibuktikan dengan tanda tangan yang berbeda antara Sdr. Roy Irwan Djatmiko atau biasa dipanggil "Sdr. Icam" dalam BAP dengan tanda tangan "Sdr. Icam" yang mewakili P.T. Bio Kaltim dalam daftar hadir pemasukan dokumen penawaran;
  - b. tindakan Sdr. Victor menandatangani daftar hadir pemasukan dokumen penawaran mewakili P.T. Boga Jaya tidak cukup bukti untuk dinyatakan sebagai suatu bentuk persekongkolan dalam rangka mengatur dan/atau menentukan P.T. Boga Jaya sebagai pemenang tender;
  - c. tindakan Panitia yang hanya menyalin spesifikasi teknis yang diberikan oleh Kuasa Pengguna Anggaran belum cukup untuk

membuktikan adanya kerjasama antara Panitia Lelang dengan peserta tender dan atau pihak lain untuk mengatur dan atau memenangkan peserta lelang yang membawa merek I-Tutor.Net;  
dengan demikian unsur bersekongkol tidak terpenuhi. Oleh karena itu, Majelis Komisi tidak perlu membuktikan lebih lanjut mengenai unsur-unsur lainnya.

## BAB IV

### PENYELESAIAN PERSEKONGKOLAN TENDER MELALUI "RULE OF REASON"

#### A. Persekongkolan Tender:

Berdasarkan hasil penelitian yang telah dipaparkan oleh penulis dalam bab sebelumnya, jelas bahwa perkara-perkara persekongkolan tender masih mendominasi perkara-perkara yang masuk ke KPPU. Pada tahun 2010, dari total 32 perkara yang ditangani oleh KPPU, 28 di antaranya adalah perkara persekongkolan tender. Jika dihitung berdasarkan persentase, maka 87,50% dari seluruh perkara persaingan usaha yang ditangani oleh KPPU pada tahun 2010 adalah perkara persekongkolan tender. Lebih dari itu, persekongkolan-persekongkolan tersebut terjadi pada proyek-proyek tender milik pemerintah. Yang menjadi permasalahan adalah mengapa pelaku usaha melakukan persekongkolan tender? Untuk memperoleh jawaban atas permasalahan ini, penulis akan mencoba melakukan analisis terhadap tiga perkara persekongkolan tender yang telah ditangani dan diputuskan oleh KPPU.

Dalam putusan perkara nomor: 07/KPPU-L/2010, tanggal 27 Juli 2010, Majelis Komisi memutuskan bahwa telah terjadi persekongkolan tender secara horizontal di antara para peserta tender. Pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II), yaitu Drs. H. M. Nur Sasongko dan Dra. Tjipluk Sri Redjeki melihat adanya peluang untuk dapat memenangkan tender. Tidak adanya peraturan perundang-undangan yang

memberikan celah dan membuka peluang bagi pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II), yaitu Drs. H. M. Nur Sasongko dan Dra. Tjipluk Sri Redjeki untuk melakukan persekongkolan tender. Persekongkolan tender dilakukan oleh C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) dengan cara membuat dokumen secara bersama-sama, hal ini diketahui oleh KPPU dalam proses pemeriksaannya yang menemukan bahwa dokumen-dokumen C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) dibuat dengan format yang sama. Dokumen-dokumen yang diajukan dalam evaluasi teknis telah diatur sedemikian rupa secara bersama-sama oleh pemilik C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II), sehingga meskipun C.V. Global Inc. (Terlapor I) mengajukan penawaran harga lebih tinggi, tetapi C.V. Global Inc. (Terlapor I) dinyatakan oleh Panitia Lelang sebagai pemenang tender. Pemilik C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) dengan sengaja telah mengatur harga penawaran, di mana C.V. Global Inc. (Terlapor I) mengajukan harga penawaran lebih tinggi tetapi dalam segi aspek teknis lebih baik bila dibandingkan dengan aspek teknis yang diajukan oleh C.V. Internasional (Terlapor II). Sedangkan C.V. Internasional dengan sengaja mengajukan penawaran harga yang lebih rendah, tetapi dari segi aspek teknis juga lebih rendah. Sehingga dengan demikian C.V. Global Inc. (Terlapor I) akan mendapatkan nilai yang lebih tinggi dari aspek teknis, meskipun harga

penawarannya lebih tinggi bila dibandingkan dengan harga penawaran yang diajukan oleh C.V. Internasional.

Dalam perkara tender ini, indikasi terjadinya persekongkolan tender seharusnya telah dapat diketahui oleh Panitia Lelang pada saat :

1. Prakuifikasi perusahaan atau pra lelang: Panitia Lelang seharusnya memeriksa dengan cermat ada tidaknya perusahaan-perusahaan terafiliasi yang berpotensi dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Meskipun tidak ada peraturan perundang-undangan yang melarang bahwa perusahaan terafiliasi tidak dapat mengikuti tender yang sama, tetapi seharusnya Panitia Lelang dapat memberikan arahan secara tegas kepada perusahaan-perusahaan terafiliasi yang mengikuti tender yang sama untuk bersaing secara jujur sehingga tidak menghambat terjadinya persaingan usaha yang sehat;
2. Pembukaan dokumen penawaran: Pada saat pembukaan dokumen penawaran seharusnya Panitia Lelang mempertanyakan:
  - a. mengapa C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) diwakili oleh orang yang sama. Oleh karena dengan diwakili oleh orang yang sama, tentunya dengan mudah C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) dapat mengatur siapa yang akan dimenangkan dalam proses tender tersebut;
  - b. mengapa C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) melampirkan "Surat Pernyataan Tidak Dalam Pengawasan Pengadilan Tidak Pailit Dan Atau Tidak Sedang



Menjalani Sanksi Pidana” dan “Surat Garansi” dengan format dan tulisan yang sama;

3. Evaluasi teknis: Pada saat dilakukan evaluasi teknis, Panitia Lelang seharusnya dengan jeli melihat bahwa dokumen persyaratan teknis yang diajukan oleh C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) hampir 100% sama, hanya ada perbedaan pada satu item saja, dan hal ini tentunya telah diatur sebelumnya oleh Terlapor I dan Terlapor II. Kurangnya satu item dari persyaratan teknis yang diajukan oleh C.V. Internasional (Terlapor II), membuat Panitia Lelang menetapkan C.V. Global Inc. (Terlapor I) sebagai pemenang tender, walaupun harga penawaran tender yang diajukan lebih tinggi.

Dalam perkara ini, terjadinya persekongkolan tender antara lain disebabkan oleh hal-hal sebagai berikut:

1. Rasionalitas ekonomi: bahwa menurut ilmu ekonomi manusia secara rasional akan berusaha mencapai kepuasan maksimum bagi dirinya. Dalam perkara ini, C.V. Global Inc. (Terlapor I) tentunya menginginkan untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya dengan cara mengatur penawaran harga tender dan mengatur persyaratan teknis sedemikian rupa sehingga C.V. Global Inc. (Terlapor I) dapat keluar sebagai pemenang tender;
2. Adanya Peluang: pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II), melihat adanya peluang atau celah hukum

untuk melakukan persekongkolan tender. Tidak adanya peraturan perundang-undangan yang melarang bagi dua perusahaan yang dimiliki oleh suami/istri untuk mengikuti tender yang sama, dimanfaatkan oleh pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) yang notabene adalah suami/istri. Dalam perkara ini dengan jelas terbukti bahwa mereka dengan sengaja mengatur penawaran harga dan persyaratan teknis sedemikian rupa sehingga tujuan mereka untuk memenangkan tender dapat dicapai. Dalam berita acara pemeriksaan, pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) mengakui sering mengikuti tender yang diadakan oleh Dinas Pendidikan Kabupaten Kudus secara bersama-sama. Afiliasi antara dua buah perusahaan yang mengikuti tender yang sama, sebenarnya tidak akan menjadi masalah, sepanjang tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat di antara para peserta tender;

3. Integritas Moral Panitia Lelang: pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) mengetahui dengan jelas bahwa Panitia Lelang tidak akan memperlakukan tentang kepemilikan yang sama dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II). Kelemahan atau kelalaian Panitia Lelang dimanfaatkan oleh pemilik dari C.V. Global Inc. (Terlapor I) dan C.V. Internasional (Terlapor II) untuk melakukan pengaturan harga serta persyaratan teknis, oleh karena mereka mengetahui dengan pasti bahwa Panitia

Lelang tidak mempunyai dasar hukum untuk melarang mereka mengikuti tender yang sama. Di sinilah dituntut adanya kedisiplinan, keberanian serta integritas moral yang tinggi dari Panitia Lelang dalam menyeleksi para peserta lelang;

4. Regulasi: peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah, dalam perkara ini yaitu Keppres Nomor 80 Tahun 2003, belum mengatur secara lengkap dan detail, sehingga memberi celah atau membuka peluang terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Berdasarkan teori tentang regulasi yang telah dipaparkan dalam bab sebelumnya, seharusnya peraturan perundang-undangan yang berlaku dapat menjadi sebuah instrumen yang dapat digunakan untuk mengatasi kekurangan dalam kondisi persaingan yang tidak sempurna. Sehingga melalui regulasi yang dikeluarkan oleh pemerintah, masyarakat tidak dirugikan dan sistem perekonomian dapat berjalan dengan lancar, dan pada akhirnya dapat tercipta iklim persaingan usaha yang sehat.

Dalam putusan perkara Nomor 28/KPPU-L/2010, tanggal 22 November 2010, Majelis Komisi memutuskan bahwa telah terjadi persekongkolan tender baik secara vertikal maupun horizontal. Hal ini terbukti dari adanya kepemilikan silang antara P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dengan P.T. Atakana (Terlapor II). P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) memiliki pemegang saham dan

susunan Direksi dan Komisaris yang sama. Pemilik P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) dalam perkara tender ini telah terbukti melakukan penyusunan dokumen penawaran tender secara bersama-sama, hal ini terbukti dari adanya kesamaan kesalahan pengetikan dokumen penawaran tender yang diajukan kepada Panitia Lelang. Selain itu juga terbukti bahwa P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) mempunyai nomor telepon dan faksimili yang sama. Dengan adanya hubungan afiliasi antara Terlapor I dan Terlapor II, memudahkan bagi mereka untuk melakukan pengaturan penawaran harga tender. Untuk dapat memenangkan tender ini, maka P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) juga melakukan pengaturan harga atas 68 item pekerjaan dalam dokumen Rekapitulasi dan Daftar Kuantitas dan Harga dalam dokumen penawaran yang diajukan kepada Panitia Lelang. Pengaturan harga penawaran tender yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II ini tentunya telah mengurangi persaingan di antara para peserta tender lainnya.

Majelis Komisi dalam perkara ini menetapkan bahwa Panitia Lelang (Terlapor III), telah terbukti melakukan kelalaian oleh karena tidak memeriksa ada atau tidaknya perusahaan-perusahaan terafiliasi yang mempunyai potensi dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Berdasarkan hasil pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU, Ketua Panitia Lelang merupakan orang yang telah berpengalaman dan telah mengetahui bahwa tender ini dilaksanakan dengan berpedoman

pada Keppres Nomor 80 Tahun 2003, Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi ("UU Jasa Konstruksi") dan Keputusan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 243 tentang Standar Dokumen Pelelangan dan Standar Evaluasi Penawaran. Pasal 17 ayat 6 UU Jasa Konstruksi dengan jelas mengatur bahwa:

"Badan-badan usaha yang dimiliki oleh suatu atau sekelompok orang yang sama atau berada pada kepengurusan yang sama tidak boleh mengikuti pelelangan untuk satu pekerjaan konstruksi secara bersama-sama."

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II dan Terlapor III dalam proses tender ini telah melakukan pelanggaran terhadap UU Jasa Konstruksi. Dalam proses pemeriksaan perkara yang dilakukan oleh KPPU, Terlapor III mengakui tidak melakukan evaluasi sebagaimana mestinya dengan alasan susunan keanggotaan Panitia Lelang terdiri dari orang-orang baru.

Dalam perkara tender ini, indikasi terjadinya persekongkolan tender seharusnya telah dapat diketahui oleh Panitia Lelang pada saat :

1. Pembukaan dokumen penawaran: Pada saat pembukaan dokumen penawaran tender, seharusnya Panitia Lelang mempertanyakan mengapa terdapat kesamaan kesalahan pengetikan dan Prakuilifikasi perusahaan atau pra lelang. Panitia Lelang seharusnya memeriksa dengan cermat ada tidaknya perusahaan-perusahaan terafiliasi yang berpotensi dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Apalagi dengan mengingat bahwa pelaksanaan tender ini juga

tunduk pada UU Jasa Konstruksi, yang secara tegas dan jelas menyatakan bahwa perusahaan-perusahaan yang terafiliasi tidak diperbolehkan mengikuti tender yang sama. Dalam perkara tender ini, Panitia Lelang telah meloloskan P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II), yang jelas merupakan perusahaan yang terafiliasi. Seharusnya Panitia Lelang mengugurkan P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) dalam tahap evaluasi administrasi dan dengan demikian mereka tidak dapat mengikuti proses tender selanjutnya, Panitia Lelang dalam hal ini tidak melaksanakan tugasnya dengan baik, oleh karena telah membiarkan terjadinya persekongkolan di antara peserta tender;

2. Evaluasi teknis: Pada saat dilakukan evaluasi teknis, Panitia Lelang seharusnya memeriksa dengan seksama adanya penyesuaian harga atas 68 item pekerjaan dalam dokumen Rekapitulasi dan Daftar Kuantitas dan Harga dalam dokumen penawaran tender yang diajukan oleh P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II). Penyesuaian harga yang dilakukan oleh P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) jelas mengurangi persaingan di antara para peserta tender lainnya. Panitia Lelang seharusnya tidak memberikan poin dalam proses evaluasi teknis tersebut. Yang terjadi justru sebaliknya yaitu panitia Lelang memberikan poin yang lebih tinggi, sehingga P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) keluar sebagai pemenang tender;

3. Pengumuman calon pemenang: Pada saat pengumuman calon pemenang tender, apabila Panitia Lelang melaksanakan tugasnya dengan baik, maka seharusnya yang diumumkan menjadi pemenang tender adalah P.T. Putra Sami Jaya, karena perusahaan ini mengajukan harga penawaran tender yang lebih rendah bila dibandingkan dengan harga penawaran tender yang diajukan oleh P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) maupun P.T. Atakana (Terlapor II);

Dalam perkara ini, terjadinya persekongkolan tender antara lain disebabkan oleh hal-hal sebagai berikut:

1. Rasionalitas ekonomi: bahwa menurut ilmu ekonomi manusia secara rasional akan berusaha mencapai kepuasan maksimum bagi dirinya. Dalam perkara ini, P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I), tentunya menginginkan untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya dengan cara mengatur penawaran harga tender, mengatur persyaratan teknis sedemikian rupa dan juga melakukan persekongkolan dengan pihak Panitia Lelang, sehingga akhirnya P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dapat keluar sebagai pemenang tender;
2. Adanya Peluang: pemilik dari P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) maupun P.T. Atakana (Terlapor II), melihat adanya peluang atau celah untuk memenangkan tender dengan cara melakukan persekongkolan tender dengan pihak Panitia Lelang. Pasal 17 ayat 6 UU Jasa Konstruksi dengan jelas mengatur bahwa:

“Badan-badan usaha yang dimiliki oleh suatu atau sekelompok orang yang sama atau berada pada kepengurusan yang sama tidak boleh mengikuti pelelangan untuk satu pekerjaan konstruksi secara bersama-sama.” Dalam proses pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU diketahui bahwa, Ketua Panitia Lelang bukanlah orang baru, tetapi merupakan orang yang sudah berpengalaman dan sudah lama bekerja di Dinas Pekerjaan Umum Kabupaten Mukomuko. Hal ini berarti bahwa, tidak mungkin bahwa Ketua Panitia Lelang tidak mengetahui tentang UU Jasa Konstruksi. Tetapi dalam proses pelaksanaan tender ternyata Ketua Panitia Lelang yang seharusnya menggugurkan P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) maupun P.T. Atakana (Terlapor II) pada saat evaluasi administrasi, tetapi malah meloloskan kedua perusahaan yang terafiliasi tersebut untuk mengikuti proses tender selanjutnya;

3. Integritas Moral Panitia Lelang: pemilik dari P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) maupun P.T. Atakana (Terlapor II) mengetahui dengan jelas bahwa dengan bersekongkol dengan Panitia Lelang, maka Panitia Lelang tidak akan mempermasalahkan tentang kepemilikan yang sama antara P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II). Lebih lanjut dalam proses evaluasi teknis, Panitia Lelang juga memberikan poin atau nilai yang lebih tinggi kepada P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I), sehingga akhirnya P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) keluar sebagai pemenang tender, meskipun ada peserta tender lainnya yang mengajukan harga penawaran tender yang lebih



rendah. Di sinilah dituntut adanya kedisiplinan, kejujuran, keberanian serta integritas moral yang tinggi dari Panitia Lelang dalam menyeleksi para peserta lelang;

4. Regulasi: Dalam perkara ini, jelas bahwa UU Jasa Konstruksi melarang perusahaan-perusahaan yang terafiliasi untuk mengikuti tender yang sama. Namun demikian, mengapa P.T. Saribina Jasakontrindo (Terlapor I) dan P.T. Atakana (Terlapor II) melanggar ketentuan undang-undang tersebut? Dan mengapa Ketua Panitia Lelang yang seharusnya menegakkan hukum dan melaksanakan proses tender sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, justru mengabaikannya? Para pihak yang terlibat dalam persekongkolan tender ini tentunya sudah memperhitungkan untung dan ruginya, apabila mereka menaati ataupun mereka memilih untuk melanggar peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pasal 42 UU Jasa Konstruksi yang mengatur tentang sanksi bila terjadi pelanggaran terhadap pasal-pasal dalam UU Jasa Konstruksi hanya mengatur pemberian sanksi secara umum. Pelanggaran yang dilakukan diluar pelaksanaan pekerjaan konstruksi hanya dijatuhi sanksi administratif saja. Penulis melihat bahwa celah inilah yang digunakan oleh para pihak yang terlibat dalam persekongkolan tender, baik oleh peserta tender maupun oleh Panitia lelang. Berdasarkan teori tentang regulasi yang telah dipaparkan dalam bab sebelumnya, seharusnya peraturan perundangan-undangan menjadi sebuah instrumen yang dapat digunakan untuk mengatasi kekurangan dalam kondisi persaingan yang

tidak sempurna. Sehingga melalui regulasi yang dikeluarkan oleh pemerintah, masyarakat tidak dirugikan dan sistem perekonomian dapat berjalan dengan lancar, dan pada akhirnya dapat tercipta iklim persaingan usaha yang sehat.

Dalam putusan perkara KPPU Nomor 32/KPPU-L/2010, tanggal 21 Desember 2010, Majelis Komisi memutuskan bahwa P.T. Boga Jaya (Terlapor I), P.T. Bio Kaltim (Terlapor II), Roy Irwan Djatmiko (Terlapor III), Yusuf Fajrin Victor Yuan (Terlapor IV), Panitia Pengadaan Pekerjaan Unit (P3U) untuk Pekerjaan Non Fisik pada Dinas Pendidikan Provinsi Kalimantan Timur Tahun Anggaran 2009 (Terlapor V) tidak terbukti melanggar Pasal 22 UU Nomor 5 tahun 1999. Meskipun dalam tahap pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan lanjutan, Tim Pemeriksa KPPU menyimpulkan telah terjadi persekongkolan baik secara vertikal maupun horizontal, namun demikian dalam sidangnya, Majelis Komisi memberikan penilaian yang berbeda dan menyatakan bahwa para Terlapor tidak terbukti melakukan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Penilaian Majelis Komisi tersebut didasarkan pada fakta-fakta antara lain sebagai berikut:

1. Bahwa terbukti tidak ada hubungan afiliasi antara P.T. Boga Jaya (Terlapor I), P.T. Bio Kaltim (Terlapor II), masing-masing perusahaan mempunyai susunan pemegang saham dan pengurus yang berbeda dan

pengurus masing-masing perusahaan baru saling mengenal pada saat dilakukan pemeriksaan oleh KPPU;

2. Bahwa ternyata "Sdr. Icam" yang menandatangani daftar hadir penyerahan dokumen penawaran mewakili P.T. Bio Kaltim berbeda dengan Sdr. Roy Irwan Djatmiko yang biasa dipanggil "Sdr. Icam", yang merupakan pegawai temporer P.T. Boga Jaya dalam proses tender ini;
3. Bahwa fakta-fakta yang ada tidak cukup kuat untuk dapat membuktikan bahwa dalam perkara tender ini telah terjadi persekongkolan horizontal antara P.T. Boga Jaya (Terlapor I), P.T. Bio Kaltim (Terlapor II), Roy Irwan Djatmiko (Terlapor III), Yusuf Fajrin Victor Yuan (Terlapor IV) untuk memenangkan P.T. Boga Jaya;
4. Bahwa tindakan Panitia Lelang yang hanya menyalin spesifikasi teknis yang diberikan oleh Kuasa Pengguna Anggaran, belum cukup untuk membuktikan telah terjadi persekongkolan antara panitia lelang dengan para peserta tender, Majelis Komisi dalam hal ini memberikan penilaian bahwa tindakan Panitia Lelang tersebut disebabkan semata-mata karena kelalaian saja.

3. Penerapan pendekatan "*Rule of Reason*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 oleh KPPU:

1. Prinsip dasar "*Rule of Reason*":

Prinsip dasar "*Rule of Reason*" adalah bahwa pembatasan persaingan usaha yang tersirat dalam kontrak-kontrak yang rumit, yang

tujuan utamanya tidak relevan menurut hukum antimonopoli, tetapi diperlukan untuk mencapai tujuan utama dengan cara yang layak, untuk menggantikan kerugian persaingan, dan diperlukan untuk mencapai manfaat pro-persaingan, harus dikecualikan dari larangan persekongkolan.<sup>38</sup> Dengan adanya prinsip dasar yang terkandung dalam "Rule of Reason" ini, memungkinkan KPPU, antara lain untuk:

- a. menilai ketidakjelasan suatu proses tender;
- b. memeriksa apakah ada indikasi-indikasi terjadinya persekongkolan tender baik secara vertikal maupun secara horizontal;
- c. mengkaji dampak ekonomi yang ditimbulkan dari persekongkolan tender;
- d. melakukan evaluasi mengenai kerugian peserta tender lainnya.

Namun demikian, "Rule of Reason" juga mempunyai kelemahan, yaitu bahwa dalam pelaksanaannya diperlukan pengetahuan yang luas dari anggota-anggota KPPU, tidak hanya pengetahuan di bidang ilmu hukum saja, tetapi juga diperlukan penguasaan dalam ilmu ekonomi. Oleh karena itu, keanggotaan KPPU sebaiknya tidak hanya beranggotakan ahli hukum saja, tetapi juga beranggotakan ahli-ahli ekonomi. Sehingga KPPU dapat menerapkan prinsip-prinsip dasar yang terkandung dalam pendekatan "Rule of Reason" dengan baik dan semaksimal mungkin,

---

<sup>38</sup> Sacker/Lohse, *Legal Commentary on Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition* (Jakarta: GTZ/PT Katalis Mitra Plaosan, 2002), hal 316.

yang pada akhirnya akan menghasilkan suatu putusan yang adil dan bijaksana bagi para pihak, dalam suatu proses pemeriksaan perkara persekongkolan tender.

2. Ruang Lingkup penerapan "*Rule of Reason*" dalam perkara-perkara persekongkolan tender :

KPPU memegang peranan penting dalam menangani pelanggaran yang bersifat "*Rule of Reason*", khususnya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, yang mengatur tentang larangan persekongkolan tender. Dari tahun 2000 sampai dengan tahun 2010, KPPU telah mengeluarkan 193 putusan, 141 di antaranya adalah putusan tentang pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang mengatur tentang larangan persekongkolan tender. Jadi hampir 75% adalah putusan tentang perkara persekongkolan tender. Hal ini berarti bahwa tender-tender yang dilaksanakan di Indonesia selama ini belum semuanya dilakukan dengan jujur dan sehat sebagaimana diamanatkan oleh UU Nomor 5 tahun 1999.

Untuk itulah menurut pendapat penulis, KPPU adalah aktor penting dalam pelaksanaan UU Nomor 5 Tahun 1999, khususnya dalam mengawasi dan menanggulangi terjadinya persekongkolan tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. KPPU dikatakan sebagai suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah maupun pihak-pihak lain. Anggota Komisi diangkat dan diberhentikan oleh Presiden dengan persetujuan

DPR, dengan masa jabatan 5 tahun dan dapat diangkat kembali untuk 1 (satu) kali masa jabatan berikutnya.

Ruang lingkup penerapan "*Rule of Reason*" oleh KPPU diatur dan dibatasi dalam UU Nomor 5 tahun 1999, yaitu dalam Pasal 35 UU Nomor 5 tahun 1999, yang meliputi:

- a. melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24;
- b. mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36 UU Nomor 5 Tahun 1999;
- c. memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- d. menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999;
- e. memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat.

Dalam menjalankan tugasnya, KPPU juga memiliki kewenangan yang diatur dalam Pasal 36 UU Nomor 5 tahun 1999, yaitu:

- a. menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;

- b. melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- c. melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau menghadirkan pelaku usaha, saksi-saksi ataupun ahli-ahli;
- d. meminta keterangan dari instansi pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999;
- e. mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan atau pemeriksaan;
- f. memutuskan dan menetapkan ada atau tidaknya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat;
- g. memberitahukan putusan komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
- h. menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Pada dasarnya setiap peserta tender dalam hal ini tentunya pelaku usaha, ingin memenangkan tender yang diikuti. Namun demikian seringkali terjadi peserta tender maupun panitia tender tidak bertindak jujur dalam melakukan proses tender, sehingga merugikan peserta tender lainnya. Dengan diundangkannya UU Nomor 5 tahun 1999, maka peserta

tender yang merasa dirugikan dapat melaporkannya kepada KPPU. Bagaimana cara peserta tender yang merasa dirugikan menyampaikan laporannya kepada KPPU? KPPU telah mengeluarkan tata cara penyampaian laporan sebagai berikut:

- a. Laporan dibuat dalam bentuk tertulis, ditujukan kepada Ketua KPPU dengan menggunakan bahasa Indonesia yang baik dan benar;
- b. Menyertakan secara lengkap identitas pelapor, terlapor, dan saksi;
- c. Menerangkan secara jelas dan sedapat mungkin lengkap dan cermat mengenai telah terjadi atau dugaan terjadinya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999;
- d. Menyampaikan alat bukti dugaan pelanggaran;
- e. Menyampaikan salinan identitas diri pelapor;
- f. Menandatangani laporan;
- g. Khusus bagi pelapor yang meminta ganti rugi, wajib menyertakan nilai dan bukti kerugian yang dideritanya.

Peranan KPPU dalam menangani perkara persaingan usaha, khususnya masalah persekongkolan tender sangatlah penting, karena KPPU pada saat menerima laporan adanya dugaan pelanggaran tender, KPPU tidak dapat serta merta membuat putusan lalu menjatuhkan sanksi kepada peserta tender yang diduga melakukan pelanggaran. KPPU harus melakukan tahapan-tahapan pemeriksaan /penyelidikan dengan seksama dan teliti, sehingga dapat membuat putusan yang tidak memihak siapapun dan pada akhirnya dapat mewujudkan kepastian berusaha yang sama



bagi setiap pelaku usaha dalam hal ini para peserta tender dan menjamin persaingan usaha yang sehat dan efektif di antara para peserta tender. Berikut di bawah ini adalah langkah-langkah yang harus dilakukan oleh KPPU, sebelum akhirnya membuat putusan mengenai adanya atau tidak adanya pelanggaran terhadap pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999:

- a. Menerima laporan tentang dugaan adanya pelanggaran terhadap pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999;
- b. Melakukan penelitian dan klarifikasi terhadap laporan, yang dilakukan oleh sekretariat KPPU. Penelitian dan klarifikasi laporan ini dilakukan untuk menemukan kejelasan dan kelengkapan tentang dugaan adanya pelanggaran. Setelah sekretariat KPPU menilai kejelasan dan kelengkapan laporan, maka sekretariat KPPU akan membuat resume laporan. Jangka waktu penelitian dan klarifikasi laporan dilakukan selambat-lambatnya 60 hari dan dapat diperpanjang paling lama 30 hari;
- c. Selanjutnya sekretariat KPPU akan melakukan pemberkasan terhadap resume laporan;
- d. Pemberkasan resume laporan dilakukan untuk menilai layak atau tidaknya dilakukan gelar laporan. Pemberkasan terhadap resume laporan atau resume monitoring dilakukan paling lama 30 hari, hasil pemberkasan akan dituangkan dalam bentuk laporan dugaan pelanggaran. Sekretariat KPPU menyampaikan berkas laporan dugaan pelanggaran kepada komisi untuk dilakukan gelar laporan. Gelar

laporan dilakukan dalam suatu rapat gelar laporan yang dihadiri oleh pimpinan KPPU dan sejumlah anggota KPPU yang memenuhi kuorum. Dalam rapat gelar laporan ini akan ditentukan layak atau tidaknya dilakukan pemeriksaan pendahuluan terhadap laporan dugaan pelanggaran. Rapat gelar laporan dilakukan selambat-lambatnya 14 hari sejak selesainya pemberkasan. Dalam rapat gelar laporan ini akan dilakukan penetapan pemeriksaan pendahuluan yang ditandatangani oleh ketua KPPU;

- e. Berdasarkan penetapan pemeriksaan pendahuluan, KPPU melakukan pemeriksaan pendahuluan terhadap laporan dugaan pelanggaran. Pemeriksaan pendahuluan dilakukan oleh sekurang-kurangnya 3 orang anggota KPPU dan untuk kelancaran tugas pemeriksaan, tim pemeriksa pendahuluan dibantu oleh sekretariat KPPU. Pemeriksaan pendahuluan dicatat dalam suatu berita acara pendahuluan yang ditandatangani oleh pihak yang diperiksa dan sekretariat KPPU. Kemudian tim pemeriksa pendahuluan akan membuat kesimpulan yang disusun dalam bentuk laporan hasil pemeriksaan pendahuluan. Pemeriksaan pendahuluan dilakukan dalam jangka waktu paling lama 30 hari sejak ditetapkannya pemeriksaan pendahuluan;
- f. Laporan hasil pemeriksaan pendahuluan disampaikan kepada KPPU. KPPU kemudian dapat menetapkan agar dilakukan pemeriksaan lanjutan apabila terlapor tidak memenuhi panggilan dan/atau tidak memberikan surat dan/atau dokumen tanpa alasan yang sah.

Penetapan pemeriksaan lanjutan disampaikan kepada terlapor dengan melampirkan laporan hasil pemeriksaan pendahuluan;

g. Berdasarkan penetapan pemeriksaan lanjutan, KPPU melakukan pemeriksaan lanjutan. Pemeriksaan lanjutan ini dilakukan oleh tim pemeriksa lanjutan yang terdiri dari sekurang-kurangnya 3 anggota KPPU dan untuk menjamin kelancaran tugas pemeriksaan, tim pemeriksa lanjutan dibantu oleh sekretariat KPPU. Pemeriksaan lanjutan dilakukan untuk menemukan ada tidaknya bukti pelanggaran. Untuk menemukan ada tidaknya bukti pelanggaran, tim pemeriksa lanjutan melakukan serangkaian kegiatan berupa:

1. memeriksa dan meminta keterangan terlapor;
2. memeriksa dan meminta keterangan dari saksi, ahli, dan instansi pemerintah;
3. meminta, mendapatkan dan atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain;
4. melakukan penyelidikan terhadap kegiatan terlapor atau pihak lain terkait dengan dugaan pelanggaran.

Pemeriksaan lanjutan dicatat dalam suatu berita acara pemeriksaan lanjutan yang ditandatangani oleh pihak yang diperiksa dan sekretariat KPPU. Sebelum pemeriksaan lanjutan berakhir, tim pemeriksa lanjutan menyimpulkan ada tidaknya bukti telah terjadinya pelanggaran. Kesimpulan tersebut disusun berdasarkan sekurang-kurangnya 2 alat bukti. Kesimpulan itu kemudian disusun dalam bentuk laporan hasil

pemeriksaan lanjutan. Tim pemeriksa lanjutan menyampaikan laporan hasil pemeriksaan lanjutan berikut surat, dokumen atau alat bukti lainnya kepada KPPU untuk memutuskan telah terjadi atau tidak terjadi pelanggaran yang dilakukan oleh terlapor. Pemeriksaan lanjutan dilakukan dalam jangka waktu paling lama 30 hari terhitung sejak tanggal ditetapkannya pemeriksaan lanjutan;

- h. Untuk memutuskan telah terjadi atau tidak terjadi pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, KPPU membentuk majelis komisi. Majelis komisi ini sekurang- kurangnya terdiri dari 3 orang anggota KPPU. Dalam menjalankan tugasnya majelis komisi dibantu oleh sekretariat KPPU. Majelis komisi melakukan sidang untuk menilai, menyimpulkan dan memutuskan perkara berdasarkan bukti yang cukup tentang telah terjadi atau tidak terjadinya pelanggaran;
- i. Majelis komisi memutuskan telah terjadi atau tidak terjadi pelanggaran berdasarkan penilaian hasil pemeriksaan lanjutan dan seluruh surat dan/atau dokumen atau alat bukti lain yang disertakan di dalamnya termasuk pendapat atau pembelaan terlapor. Keputusan majelis komisi disusun dalam bentuk putusan komisi. Pengambilan putusan komisi dilakukan melalui musyawarah untuk mufakat. Namun apabila tidak tercapai kata mufakat, maka putusan komisi diambil melalui pemungutan suara. Putusan komisi dibacakan dalam suatu sidang majelis komisi yang dinyatakan terbuka untuk umum;

- j. Putusan komisi dibacakan selambat-lambatnya 30 hari terhitung sejak berakhirnya jangka waktu pemeriksaan lanjutan;
  - k. Segera setelah majelis komisi membacakan putusan komisi, sekretariat KPPU menyampaikan petikan putusan KPPU berikut salinan putusannya kepada terlapor.
3. Penerapan pendekatan "*Rule of Reason*" sebagai perwujudan dari pelaksanaan asas "Praduga Tak Bersalah":

Penerapan pendekatan "*Rule of Reason*" merupakan perwujudan dari pelaksanaan asas "Praduga Tak Bersalah". Berdasarkan hasil penelitian dalam bab sebelumnya, di mana dalam setiap kasus pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, KPPU tidak secara langsung atau serta merta menjatuhkan sanksi kepada para pelaku. Dalam setiap proses pemeriksaan selalu diawali dengan kata "diduga telah terjadi persekongkolan tender", kemudian KPPU terlebih dahulu akan melakukan serangkaian pemeriksaan secara bertahap, yang pada pokoknya dibagi menjadi 3 tahapan pemeriksaan, yaitu:

- a. Pemeriksaan pendahuluan;
- b. Pemeriksaan lanjutan; dan
- c. Sidang Majelis Komisi.

Dalam perkara persekongkolan tender nomor: 07/KPPU-L/2010, yang pada tahap pemeriksaan pendahuluan dan tahap pemeriksaan lanjutan diduga telah terjadi persekongkolan tender baik secara horizontal maupun vertikal, tetapi kemudian berdasarkan pembelaan yang diajukan oleh Panitia

Lelang (Terlapor III), kemudian Majelis Komisi melakukan penilaian-serta pertimbangannya, dan akhirnya memutuskan bahwa persekongkolan yang terjadi hanyalah secara horizontal di antara para pelaku usaha saja. Untuk melakukan tahapan-tahapan pemeriksaan sebagaimana tersebut di atas, dalam perkara ini diperlukan waktu yang sangat panjang yaitu dari tanggal 30 Juli 2009 sampai dengan tanggal ditetapkannya putusan KPPU yaitu pada tanggal 27 Juli 2010. Jadi dalam perkara ini, diperlukan kurang lebih waktu satu tahun bagi KPPU untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Dalam perkara Nomor 28/KPPU-L/2010, pada tahap pemeriksaan pendahuluan dan pada tahap pemeriksaan lanjutan diduga telah terjadi persekongkolan tender baik secara horizontal maupun vertikal. Kemudian berdasarkan hasil pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan lanjutan, serta tidak adanya pembelaan atau bantahan dari para terlapor, maka Majelis Komisi memutuskan bahwa dalam perkara ini telah terjadi persekongkolan tender baik secara vertikal maupun secara horizontal. Untuk melakukan tahapan-tahapan pemeriksaan sebagaimana tersebut di atas, dalam perkara ini diperlukan waktu yang cukup panjang yaitu dari tanggal 10 Februari 2010 sampai dengan tanggal ditetapkannya putusan KPPU yaitu pada tanggal 22 November 2010. Jadi dalam perkara ini, diperlukan kurang lebih waktu sembilan bulan bagi KPPU untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Dalam perkara KPPU Nomor 32/KPPU-L/2010, meskipun dalam tahap pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan lanjutan, Tim Pemeriksa KPPU menyimpulkan telah terjadi persekongkolan baik secara vertikal maupun horizontal, namun demikian dalam sidangnya, Majelis Komisi memberikan penilaian yang berbeda dan menyatakan bahwa para Terlapor tidak terbukti melakukan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Untuk melakukan tahapan-tahapan pemeriksaan sebagaimana tersebut di atas, dalam perkara ini juga diperlukan waktu yang cukup panjang yaitu dari tanggal 18 Mei 2010 sampai dengan tanggal ditetapkannya putusan KPPU yaitu pada tanggal 21 Desember 2010. Jadi dalam perkara ini, diperlukan kurang lebih waktu tujuh bulan bagi KPPU untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

4. Analisis Ekonomi Dari Hukum:

<i>Rule of Reason</i>	<i>Per Se Illegal</i>
<p>1. Untuk menekan "cost", tetapi dalam pelaksanaannya diperlukan biaya yang cukup banyak, a.l.:</p> <p>a. Biaya-biaya untuk melakukan pemeriksaan pendahuluan;</p> <p>b. Biaya-biaya untuk melakukan pemeriksaan lanjutan;</p> <p>c. Biaya-biaya untuk melakukan</p>	<p>1. Untuk menekan "cost", dalam Pelaksanaannya relatif tidak diperlukan biaya apapun, oleh karena apabila ada dugaan pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, maka KPPU, tanpa perlu melakukan Pemeriksaan, langsung dapat</p>

<p>sidang Majelis Komisi;</p> <p>d. Biaya untuk pemanggilan saksi-saksi perkara;</p> <p>e. Biaya untuk pemanggilan saksi-saksi ahli;</p> <p>f. Biaya untuk pengumpulan bukti-bukti;</p> <p>2. Eksternal "Cost":</p> <p>a. Ekonomi: terjadi inefisiensi, karena memerlukan waktu yang lama bagi KPPU untuk menyelesaikan satu perkara tender saja;</p> <p>b. Politik: terjadi ketidakstabilan politik karena tertundanya pelaksanaan tender;</p> <p>c. Sosial: kesejahteraan masyarakat yang akan menikmati hasil pelaksanaan tender terganggu dan tidak dapat segera tercapai;</p> <p>d. Budaya: sikap dan perilaku baik pengusaha dalam hal ini</p>	<p>mengeluarkan putusan.</p> <p>2. Eksternal "Cost":</p> <p>a. Efisiensi: waktu yg diperlukan lebih singkat, karena KPPU tidak perlu melakukan pemeriksaan;</p> <p>b. Politik: lebih stabil karena proses penyelesaian perkara dilakukan dengan cepat;</p> <p>c. Sosial: pencapaian tingkat kesejahteraan masyarakat dapat segera teratasi;</p> <p>d. Budaya: sikap dan perilaku baik pengusaha dalam hal ini peserta tender maupun panitia lelang yang melakukan persekongkolan tender dapat</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



<p>peserta tender maupun panitia lelang yang melakukan persekongkolan tender dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat;</p> <p>e. Lingkungan: persekongkolan tender yang terjadi dapat mengakibatkan terhambatnya persaingan usaha di lingkungan di mana proyek tender diadakan;</p> <p>f. Keamanan: adanya persekongkolan tender tentunya menimbulkan rasa tidak aman bagi para pelaku usaha lain, dan pada akhirnya dapat menghambat terjadinya persaingan usaha yang sehat;</p> <p>g. Ketertiban: persekongkolan tender adalah potret ketidaktertiban para pelaku usaha dan panitia lelang dalam melak-</p>	<p>segera diperbaiki;</p> <p>e. Lingkungan: dapat segera dilakukan pemulihan terhadap lingkungan persaingan usaha yang tidak sehat menjadi lingkungan yang sehat, bersih dan jujur;</p> <p>f. Keamanan: rasa tidak aman bagi para peserta tender yang telah melakukan proses tender dengan jujur dapat segera diatasi;</p> <p>g. Ketertiban: dapat segera dilakukan pelaksanaan tender yang tertib, terbuka, teratur dan jujur di antara para peserta tender;</p> <p>h. Hukum:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Pemenuhan rasa keadilan bagi para peserta tender yang telah dirugikan dapat segera diatasi;</li> <li>- Adanya kepastian hukum;</li> </ul>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

sanakan UU Nomor 5 Tahun  
1999;

h. Hukum:

- Adanya ketidakadilan bagi para peserta tender yang telah melakukan proses tender dengan jujur;
- Pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 bila tidak diselesaikan dengan baik oleh KPPU, akan menimbulkan ketidakpastian hukum;

## BAB V

### PENUTUP

#### A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis dalam bab-bab sebelumnya, maka dapat disimpulkan bahwa:

1. Persekongkolan tender dilakukan oleh pelaku usaha disebabkan antara lain oleh beberapa hal, yaitu:
  - a. Rasionalitas ekonomi: bahwa menurut ilmu ekonomi manusia secara rasional akan berusaha mencapai kepuasan maksimum bagi dirinya. Para pelaku usaha ingin mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya dengan cara antara lain: mengatur penawaran harga tender, mengatur persyaratan teknis sedemikian rupa sehingga dapat keluar sebagai pemenang tender;
  - b. Adanya Peluang: pelaku usaha melihat adanya peluang atau celah hukum untuk melakukan persekongkolan tender;
  - c. Integritas moral panitia tender: kurangnya kedisiplinan, ketertiban, dan keberanian dari panitia tender untuk melaksanakan proses tender sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
  - d. Regulasi: peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang pelaksanaan pengadaan barang dan jasa pemerintah, dalam penelitian hukum ini yaitu Keppres Nomor 80 Tahun 2003, belum mengatur secara

lengkap dan detail, sehingga memberi celah atau membuka peluang terjadinya persekongkolan tender baik secara horizontal maupun vertikal, yang akhirnya menimbulkan persaingan usaha yang tidak sehat.

2. Penerapan pendekatan "*Rule of Reason*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 dalam penyelesaian persekongkolan tender yang dilakukan oleh KPPU:

a. merupakan perwujudan dari pelaksanaan asas "Praduga Tak Bersalah".

Berdasarkan hasil penelitian dalam bab sebelumnya, di mana dalam setiap kasus pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, KPPU tidak secara langsung atau serta merta menjatuhkan sanksi kepada para pelaku. Dalam setiap proses pemeriksaan selalu diawali dengan kata "diduga telah terjadi persekongkolan tender", kemudian KPPU terlebih dahulu akan melakukan serangkaian pemeriksaan secara bertahap, yang pada pokoknya dibagi menjadi 3 tahapan pemeriksaan, yaitu:

1. Pemeriksaan pendahuluan;
2. Pemeriksaan lanjutan; dan
3. Sidang Majelis Komisi.

b. memerlukan proses yang relatif cukup lama, khususnya dalam penelitian hukum ini diperlukan waktu kurang lebih tujuh bulan sampai dengan satu tahun bagi KPPU, untuk dapat memutuskan apakah telah terjadi persekongkolan tender yang merupakan pelanggaran terhadap UU Nomor 5 Tahun 1999.

## B.Saran

Berdasarkan hasil penelitian, analisis, dan kesimpulan di atas, peneliti memberikan saran-saran sebagai berikut:

1. KPPU selaku pengawas harus mampu bertindak tegas dalam memberikan sanksi terhadap para pelaku persekongkolan tender, baik itu pelaku usaha maupun panitia tender. Namun demikian, peneliti menyadari bahwa ada satu kendala bagi KPPU untuk dapat bertindak tegas terhadap panitia tender, yaitu isi ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang membatasi bahwa yang dapat dikenakan sanksi hanyalah pelaku usaha saja. Oleh karena itu, peneliti menyarankan agar pemerintah segera merevisi Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, sehingga semua pihak yang terlibat dalam persekongkolan tender dapat dikenakan sanksi tanpa kecuali;
2. Oleh karena ternyata penerapan pendekatan "*Rule of Reason*" dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 dalam penyelesaian persekongkolan tender ternyata memerlukan waktu yang relatif cukup lama, maka sebaiknya kasus-kasus persekongkolan tender juga dapat diselesaikan secara "*Per Se Illegal*".

## DAFTAR PUSTAKA

### Teratur

- Sen, Knud et al. *Legal Commentary on Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices And Unfair Business Competition*. Jakarta: PT Katalis Mitra Plaosan, 2002.
- Mansyah, *Pokok-Pokok Persaingan Usaha di Indonesia*. Jakarta: Kencana, 2008.
- Him, Johnny. *Pendekatan Ekonomi Terhadap Hukum, Teori Dan Implikasi Penerapannya Dalam Penegakan Hukum*. Surabaya: ITS Press, 2009.
- Andi Fahmi et al. "Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks." Jakarta: KPPU, 2009.
- H. Abdul. *Aspek-aspek Pengubah Hukum*. Jakarta: Kencana, 2009.
- Rocky. *Persekongkolan Tender Barang/Jasa*. Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2010.
- Suyud. *Hukum Anti Monopoli*. Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Rocky. *Tanya Jawab Seputar Tata Cara Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*. Jakarta: Visimedia, 2010.
- Soy Martua. *Persaingan Sehat & Akselerasi Pembangunan Ekonomi*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2010.
- Sumardi Tresna. *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha*. Jakarta: The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program, 2010.
- Sini, Christine. *English as a Legal Language*. London: Kluwer Law International Ltd, 1998.
- Mamaji Muhammad & Adi Sulistiyono. *Hukum Ekonomi Sebagai Panglima*. Sidoarjo: Masmedia Buana Pustaka, 2009.
- Asril. *Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Bandung: P.T. Citra Aditya, 1999.
- Mamudji & Soerjono Soekanto. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: C.V. Rajawali, 1986.
- Thomas & Robert Cooter. *Law and Economics*. USA: Harper Collins Publishers, 1988.

ani Ahmad & Gunawan Widjaja. *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*. Jakarta: P.T. Rajagrafindo Persada, 2006.

## Peraturan perundang-undangan

Indonesia. *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33).

*Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.*

*Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender.*

## Artikel

Coase Theorem". (online). tersedia di : [http://en.wikipedia.org/wiki/coase\\_theorem](http://en.wikipedia.org/wiki/coase_theorem), (4 April 2011).

Fahmi, Andi. "Analisis Ekonomi Dalam Hukum Persaingan Usaha". *Law Review*. Vol.IX.No. 3 (Maret 2010): 146.

KPPU. "Putusan" (On-line). Tersedia di [www.kppu.go.id/id/putusan](http://www.kppu.go.id/id/putusan) (2011).

KPPU. "Persaingan Sehat Sejahteraan Rakyat." *Majalah KPPU*. Jakarta: 15.

Laporan Utama. "KPPU dan Iklim Investasi". *Media Berkala KPPU Kompetisi*. Edisi 26 (2011).

Ronald Coase". (online). tersedia di : [http://en.wikipedia.org/wiki/Ronald\\_Coase](http://en.wikipedia.org/wiki/Ronald_Coase). (26 Maret 2011).

Siombing, Arnold. "Analisis Putusan KPPU Dan Pengadilan Negeri Dalam Persekongkolan Tender Pekerjaan Pengerukan Alur Pelayaran Pelabuhan Belawan Tahun 2006". *Jurnal Persaingan Usaha*. Edisi 3 (2010) : 158.

Sendang, M. "Kedudukan Lembaga Negara Khusus (Auxiliary State's Organ) Dalam Konfigurasi Ketatanegaraan Modern Indonesia (Studi Mengenai Kedudukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia)". *Jurnal Persaingan Usaha*. Edisi 1 (2009) : 172.

Sefa, Diana. "Efisiensi dan Pelaksanaan Hukum Persaingan Usaha". *Jurnal Persaingan Usaha*. Edisi 3 (2010) : 118.

#### Kamus

Dictionary, Black's Law. *Fifth Edition*. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979.