

**PERSEKONGKOLAN TENDER PADA PROYEK KERJASAMA
PEMERINTAH DAN SWASTA DALAM PERSPEKTIF
HUKUM PERSAINGAN USAHA**

**STUDI PUTUSAN KPPU
PERKARA NOMOR 15/KPPU-L/2007 & PERKARA NOMOR 23/KPPU-L/2007**

TESIS

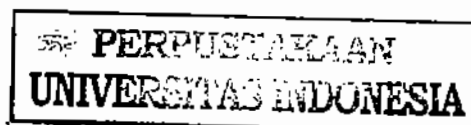
Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum (M.H.)

**MADUSENO DEWOBROTO
0606006406**



T
25724

**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI HUKUM EKONOMI
JAKARTA
JULI 2008**



HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Maduseno Dewobroto
NPM : 0606006406
Tanggal : 18 Juli 2008
Tanda Tangan :



HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh:

Nama : Maduseno Dewobroto

NPM : 0606006406

Program Studi : Hukum Ekonomi

Judul Tesis : Persekongkolan Tender Pada Proyek Kerjasama Pemerintah Dan Swasta Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha: Studi Terhadap Putusan KPPU Nomor 15/KPPU-L/2007 dan Putusan KPPU Nomor 23/KPPU-L/2007.

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Hukum Ekonomi, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Dr. Syamsul Maarif, S.H., LL.M.

Penguji : Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D.

Penguji : Dr. A. M. Tri Angraini, S.H., M.H.

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 26 Juli 2008

KATA PENGANTAR

Tidak ada suatu kebahagiaan yang lebih besar selain mengucapkan puji dan syukur ke hadirat Allah SWT atas limpahan rahmat dan hidayah-Nya, dalam bentuk kesehatan, kekuatan, dan ketabahan sehingga saya dapat menyelesaikan penulisan tesis ini

Saya menyadari bahwa penulisan tesis ini tidak akan dapat selesai tanpa adanya bantuan dari berbagai pihak. Oleh karena itu, dalam kesempatan ini saya menyampaikan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada:

1. Dr. Syamsul Maarif, S.H., LL.M. selaku pembimbing yang telah banyak meluangkan waktu di sela-sela kesibukannya untuk memberikan bimbingan dan arahan dalam penulisan tesis ini.
2. Isteriku Maya Setya Dewi yang selalu memberikan semangat dan memberikan dukungan.
3. Seluruh orang tuaku khususnya almarhum Rokhmad Sedewo.
4. Adik-adikku yang selalu mendukungku untuk menyelesaikan tesis ini.
5. Rekan-rekan seperjuangan dari KPPU dalam menyelesaikan studi ini.
6. Semua pihak yang tidak dapat saya sebutkan satu per satu, yang telah memberikan dukungan dan bantuan dalam penyelesaian tesis ini.

Akhir kata, saya berharap Allah SWT berkenan membalas kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga tesis ini dapat membawa manfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan khususnya ilmu hukum.

Jakarta, 18 Juli 2008

Penulis

HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademika Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Maduseno Dewobroto
NPM : 0606006406
Program Studi : Hukum Ekonomi
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Tesis

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul:

“Persekongkolan Tender Pada Proyek Kerjasama Pemerintah Dan Swasta Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha (Studi Terhadap Putusan KPPU Nomor 15/KPPU-L/2007 dan Putusan KPPU Nomor 23/KPPU-L/2007).”

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada tanggal : 18 Juli 2008
Yang menyatakan


(Maduseno Dewobroto)

ABSTRAK

Nama : Maduseno Dewobroto
N P M : 0606006406
Program Studi : Hukum Ekonomi
Program Pasca Sarjana
Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
Judul Tesis : Persekongkolan Tender Pada Proyek Kerjasama Pemerintah Dan Swasta Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha: Studi Terhadap Putusan KPPU Nomor 15/KPPU-L/2007 dan Putusan KPPU Nomor 23/KPPU-L/2007.

Program Pembangunan Nasional Tahun 2000-2004 menyatakan bahwa pinjaman luar negeri secara bertahap harus dikurangi. Dalam rangka mengurangi hutang luar negeri dalam pembiayaan pembangunan nasional diperlukan suatu alternatif pembiayaan. Salah satu alternatif yang muncul dengan melibatkan sektor swasta melalui pengerahan dana untuk pembangunan infrastruktur yang diperlukan. Bagi sektor swasta hal ini merupakan peluang investasi yang diharapkan mendatangkan keuntungan sedangkan bagi pemerintah alternatif ini merupakan upaya penyediaan infrastruktur tanpa perlu mengeluarkan dana yang cukup besar. Kerjasama pemerintah dan swasta ini harus terjadi berdasarkan suatu kesepakatan yang saling menguntungkan dan untuk itu perlu suatu aturan yang jelas. Dalam proses pembentukan kerjasama ini Pemerintah tidak bisa secara mudah mengikat diri dengan pihak tertentu untuk melakukan kerjasama ini melainkan harus melalui serangkaian kegiatan dalam rangka pemilihan *partner/rekan* kerjasama dari pihak swasta yang . Serangkaian kegiatan dalam rangka pemilihan *partner/rekan* kerjasama tersebut dilakukan melalui pelelangan. Pelelangan ini dimaksudkan untuk mencari yang *partner/rekan* kerjasama yang terbaik diantara yang terbaik dalam penyediaan infrastruktur. Ironisnya dalam proses pelelangan terjadi suatu persekongkolan yang bertujuan untuk mengatur dan atau menentukan pihak tertentu agar dapat menjadi pemenang. KPPU sebagai lembaga pengawas persaingan usaha berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 memiliki kompetensi untuk memeriksa dan memutus perkara-perkara yang berkaitan dengan isu-isu persaingan usaha. Pendekatan yang digunakan oleh KPPU dalam menjalankan tugasnya menggunakan metode *per se illegal* dan *rule of reason*. Pada perkara tender ini KPPU menggunakan pendekatan *rule of reason*.

Kata kunci/ *key word* : Kerjasama Pemerintah Swasta dalam Perspektif Hukum Persaingan

ABSTRACT

Name: Maduseno Dewobroto
NPM: 0606006406
Study Program: Economics Law
Post Graduate Program
Faculty of Law
University of Indonesia
Thesis Title: Tender Conspiracy on Public Private Partnership Project in the Business Competition Law Perspective: Study on the Number 15/KPPU-L/2007 and the Number 23/KPPU-L/2007 KPPU Verdicts.

National Development Program (Propenas) Year 2000-2004 states that abroad loan must be decreased. A fund alternative is needed to decrease the abroad loan aimed to fund the national development. An emerged alternative is to involve private sector through fund mobilization to develop needed infrastructures. This is a profitable investment to private sector, and to the government this alternative is an effort to provide the infrastructure without expend enormous fund. This public private partnership must do be based on a mutual agreement and a clear rule. In the partnership formation process, the government can not easily bind themselves to certain party to make a partnership but have to past a set of activities in order to select the private sector partner, that done by tender. This tender intended to find the best of the best *partner* to provide the infrastructure. Ironically, in the tender process occurs a conspiracy aimed to set and or to determine certain party to be the winner. KPPU as the business competition supervisor institution based on Law Number 5 Year 1999 have the competencies to examine and resolved business competition issue cases. The approach used by the KPPU to perform its duty use *per se illegal* and *rule of reason* methods. In this tender, KPPU use the *rule of reason* approach.

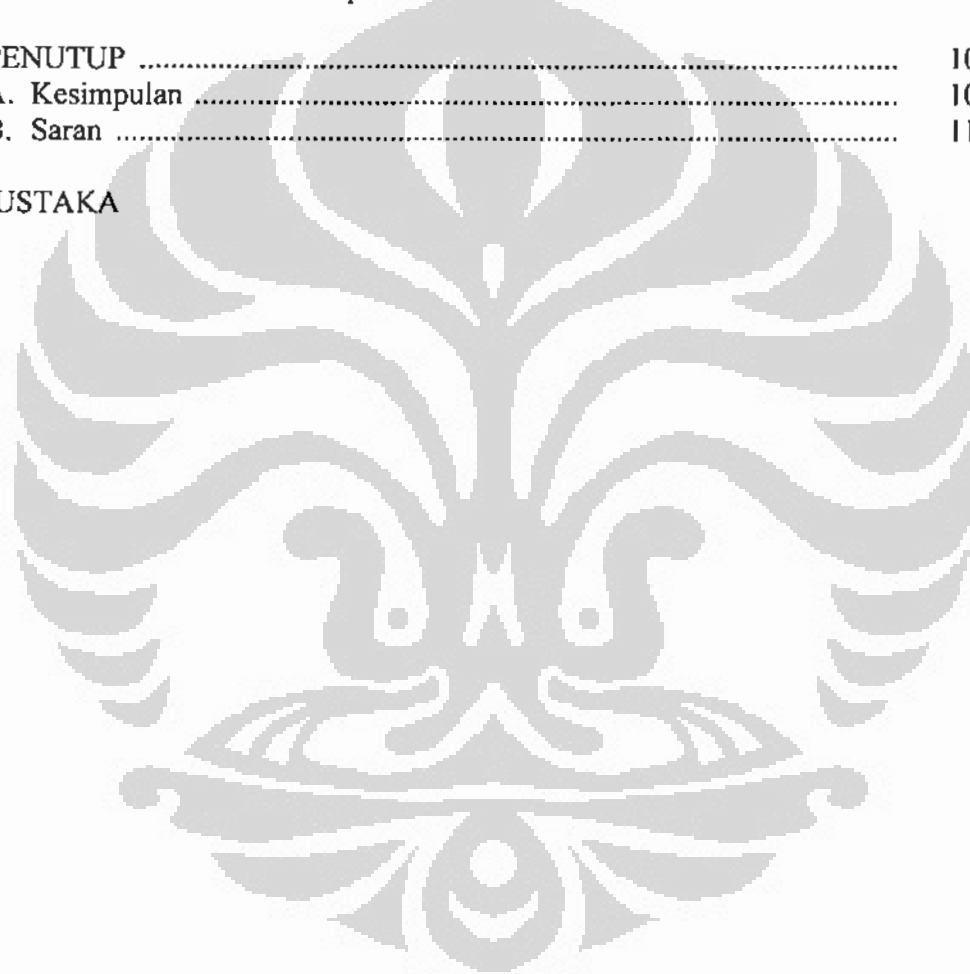
Keywords: Public private partnership on the Competition Law Perspective

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS	v
ABSTRAK	vi
DAFTAR ISI	viii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Permasalahan	9
C. Tujuan Penelitian	9
D. Kegunaan Penelitian	10
E. Kerangka Teori dan Konseptual	10
F. Definisi Operasional	13
G. Metode Penelitian	15
F. Sistematika Laporan Penelitian	17
BAB II PENGADAAN MELALUI KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA DALAM PERSPEKTIF UU NOMOR 6 TAHUN 1999	19
A. Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah melalui Pengaturan Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003	19
B. Pengadaan melalui Kerjasama Pemerintah dan Swasta	28
C. Tender dalam Perspektif Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999	36
BAB III PENEGAKKAN HUKUM PERSAINGAN DALAM PERSEKONGKOLAN TENDER	44
A. Larangan Persekongkolan Tender menurut Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999	45
B. Larangan Persekongkolan Tender di Amerika Serikat	49
C. Larangan Persekongkolan Tender di Jepang	53
D. Metode Pendekatan dalam Mendeteksi dan Menganalisis Persekongkolan Tender	59

BAB IV	ANALISIS YURIDIS PUTUSAN KPPU PADA PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DALAM PROYEK KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA	67
A.	Putusan Perkara Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih	68
B.	Putusan Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Pasar Melawai Blok M.....	82
C.	Analisis Yuridis Terhadap Putusan KPPU	91
BAB V	PENUTUP	108
A.	Kesimpulan	108
B.	Saran	110

DAFTAR PUSTAKA



BAB I

PENDAHULUAN

A Latar Belakang

Sesuai dengan amanat Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN) Tahun 1999-2004 dan telah dijabarkan dalam Program Pembangunan Nasional (Propenas) Tahun 2000-2004 serta Rencana Pembangunan Tahunan (Repeta) Tahun 2001 dan Repeta Tahun 2002, dinyatakan bahwa pinjaman luar negeri secara bertahap harus dikurangi. Sejalan dengan upaya pengurangan utang luar negeri ini, tentunya upaya-upaya pencarian dana alternatif kreatif dan murah bagi pembangunan baik dari sumber dalam negeri maupun dalam negeri harus dilakukan.¹

Di lain pihak, selama beberapa dekade ini di pasar keuangan swasta telah terjadi inovasi secara berkala dalam memobilisasi sumberdaya keuangan untuk pembangunan. Inovasi di pasar keuangan swasta ini telah meluas dari fasilitas kredit skala kecil yang terus berkembang dengan pengenalan pasar dan instrumen keuangan yang lebih rumit dan maju. Mengacu pada kemajuan inovasi-inovasi di pasar keuangan swasta ini, sudah semestinya jika hal tersebut dapat diikuti pula oleh sektor publik.²

¹ Direktorat Neraca Pembayaran dan Kerjasama Ekonomi Internasional Bappenas, *Pengembangan Sumber Dana Alternatif Untuk Pembiayaan Pembangunan*, (Jakarta, 2003), hal 1.

² *Ibid.*

Undang-Undang Nomor 25 tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional Tahun 2000-2004 menyebutkan berbagai program pembangunan nasional di bidang ekonomi, di antaranya menyediakan sarana dan prasarana penunjang pembangunan ekonomi (transportasi, pos, telekomunikasi, informatika, listrik, energi/pertambangan, irigasi, dan lain-lain). Pembangunan infrastruktur membutuhkan dana yang sangat besar, bahkan bagi pemerintah. Mengingat sumber dana yang terbatas, dalam jangka pendek upaya yang dilakukan pemerintah adalah mempertahankan tingkat jasa pelayanan, terutama melalui upaya pemeliharaan dan rehabilitasi sarana dan prasarana umum, untuk memenuhi permintaan pelayanan jasa bagi masyarakat maupun dunia usaha. Dalam jangka menengah, upaya yang dilakukan adalah melanjutkan restrukturisasi dan reformasi di bidang sarana dan prasarana umum agar efisiensi pelayanan jasa tersebut dapat ditingkatkan. Upaya tersebut juga membuka peluang usaha baru bagi masyarakat dan dunia usaha untuk ikut serta dalam penyediaan jasa pelayanan prasarana serta meningkatkan aksesibilitas (kemudahan) masyarakat terhadap pelayanan jasa sarana dan prasarana, supaya masyarakat dan dunia usaha terdorong untuk beraktivitas baik dalam kegiatan sosial maupun ekonomi.³

Kebutuhan akan sarana dan prasarana terus meningkat seiring dengan perkembangan dan kemajuan suatu bangsa. Ketika biaya penyediaan sarana dan prasarana meningkat melebihi kemampuan pendanaan oleh pemerintah, tercipta

³ *Ibid.*

alternatif pemecahan baru yang inovatif dalam memenuhi kebutuhan tersebut yaitu melalui kerjasama antara pemerintah dengan sektor swasta dan masyarakat. Penyediaan dana pengadaan sarana dan prasarana tidak selalu harus diambil dari utang, salah satu bentuk lain pendanaan sarana dan prasarana adalah melalui investasi. Investasi adalah salah satu faktor penting penentu keberhasilan konkrit dari pembangunan ekonomi. Keberadaannya merupakan modal dasar bagi perwujudan pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan. Dalam jangka panjang, bila dibarengi dengan peningkatan daya saing, investasi akan meningkatkan penawaran melalui peningkatan stok kapital yang pada gilirannya akan meningkatkan pula kemampuan masyarakat untuk menghasilkan *output* atau melakukan kegiatan-kegiatan produksi. Kegiatan produksi tersebut akan meningkatkan penyerapan tenaga kerja dan proses tersebut pada akhirnya meningkatkan kualitas pembangunan ekonomi karena diversifikasi kegiatannya.⁴

Dalam penyediaan infrastruktur, aspek lain yang perlu diperhatikan adalah siapa yang bertanggung jawab. Di sini terjadi perubahan persepsi, yaitu dari persepsi tradisional yang mempertahankan pandangan bahwa penyediaan infrastruktur harus dilakukan oleh pemerintah dengan alasan untuk melindungi kepentingan umum, menuju ke persepsi yang memperbolehkan bahkan mengundang partisipasi swasta dalam pembangunan infrastruktur demi peningkatan efisiensi, *cost effectiveness* dan

⁴ Bappenas, *Buku Pegangan 2007 Penyelenggaraan Pemerintahan dan Pembangunan Daerah: Ringkasan Eksekutif Pengembangan Ekonomi Daerah dan Sinergi Kebijakan Investasi Pusat-Daerah*, (Jakarta, 2007), hal. 1.

kualitas pelayanan serta daya saing dalam menghadapi globalisasi.⁵ Lebih lanjut dikemukakan bahwa masuknya sektor swasta untuk berkompetisi akan meningkatkan daya saing sehingga terjadi perubahan dari monopoli pemerintah ke persaingan dalam penyediaan layanan. Keadaan yang demikian akan meningkatkan efisiensi dan menurunkan biaya pemerintah. Alasan perlunya partisipasi swasta adalah:

- 1 Sektor pemerintah sering kekurangan sumber pendanaan dan sumber daya manusia yang dibutuhkan untuk melaksanakan proyek-proyek yang diperlukan;
- 2 Perusahaan-perusahaan swasta biasanya dijalankan dan dikelola lebih baik dan lebih efisien daripada badan-badan usaha milik negara;
- 3 Partisipasi swasta membantu menyaring proyek-proyek yang bersifat "*white elephants*" (tidak jelas kelayakan ekonominya);
- 4 Penerapan tarif pemakai (*user fees*) yang dihitung berdasarkan pada biaya lebih mudah diterima secara politis jika penyedia infrastrukturnya adalah sektor swasta; dan
- 5 Menciptakan paradigma baru dalam penyediaan jasa pelayanan infrastruktur yaitu dari monopoli publik ke suatu model kompetitif.⁶

⁵ Soedjito, Bambang Bintoro dan Chris Summer, [http://lnweb18.worldbank.org/eap/eap.nsf/Attachments/country/\\$File/bbs.ppt#256,1,Infrastructure In East Asia & The Pacific](http://lnweb18.worldbank.org/eap/eap.nsf/Attachments/country/$File/bbs.ppt#256,1,Infrastructure%20In%20East%20Asia%20&%20The%20Pacific), diakses 7 Juni 2008

⁶ *Ibid.*

Seiring dengan berlakunya era otonomi daerah pada tahun 2002, dalam rangka pembangunan dan pelayanan infrastruktur perkotaan dan daerah, pemerintah kota atau daerah tidak bisa lagi sepenuhnya mengandalkan bantuan pemerintah pusat untuk membiayai pembangunan. Dana yang dapat disediakan oleh pemerintah daerah relatif terbatas, sehingga pilihan yang mungkin adalah menggali potensi dana dari sektor swasta untuk pembangunan infrastruktur dengan skema kerjasama/kemitraan pemerintah dan swasta (KPS) atau *public private partnership* (PPP).

Terwujudnya skema kerjasama/kemitraan pemerintah dan swasta atau *public private partnership* (PPP) mempunyai arti pemerintah telah memberi kesempatan kepada sektor swasta untuk ikut serta dalam pembangunan dan atau pengelolaan infrastruktur. Untuk mencari/memilih *partner* dari sektor swasta yang dinilai menguntungkan untuk memulai kerja sama, pemerintah perlu melakukan seleksi terhadap pihak swasta yang berminat menjalin kerjasama, sebagaimana dimaksud dalam Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 7 tahun 1998 tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta dalam Pembangunan dan atau Pengelolaan Infrastruktur dan Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur. Salah satu seleksi yang sering dilakukan oleh pemerintah dalam mencari *partner* kerja sama adalah melalui kegiatan tender.

Tender adalah tawaran untuk mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Pengertian tender mencakup tawaran untuk mengajukan harga untuk memborong atau

melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan barang dan atau jasa, membeli suatu barang dan atau jasa, serta menjual suatu barang dan atau jasa.⁷

Falsafah yang terkandung dalam kegiatan tender adalah menciptakan persaingan usaha yang sehat dan jujur. Dalam kegiatan tender, melekat unsur moral dan etika bahwa pemenang tender tidak dapat diatur sehingga diperoleh harga terendah melalui penawaran terbaik pemenang tender. Ironisnya tender yang pada awalnya dijadikan metode untuk mencari yang terbaik dari setiap penawaran yang ada diselewengkan dengan adanya persekongkolan tender.

Persaingan usaha tidak sehat pada persekongkolan tender disebabkan oleh ketidakseimbangan antara kesempatan pasar dengan jumlah pelaku usaha.⁸ Persekongkolan dalam kegiatan tender merupakan perbuatan yang dilakukan oleh peserta tender untuk memenangkan salah satu peserta tender melalui pengaturan-pengaturan. Persekongkolan dalam kegiatan tender merupakan perbuatan yang mengutamakan aspek perilaku berupa perjanjian untuk bersekongkol yang dilakukan secara diam-diam. Dalam persekongkolan tender, penawar menentukan perusahaan tertentu yang harus mendapat pekerjaan melalui harga kontrak yang diharapkan. Kecenderungan tersebut terdapat di semua negara termasuk di Indonesia, seperti tender arisan di beberapa proyek lembaga atau instansi pemerintah.

⁷Indonesia, *Undang-Undang Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU Nomor 5 Tahun 1999 LN No.33 Tahun 1999, TLN No.3817, Penjelasan Pasal 22.

⁸ Sadono Sukirno, *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*, Cct. II, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003), hal.83.

Persekongkolan merupakan konspirasi usaha dalam bentuk kerjasama antar pelaku usaha untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Perilaku bersekongkol untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Larangan persekongkolan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain yang bertujuan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang suatu tender merupakan perbuatan curang dan tidak adil. Untuk meningkatkan iklim usaha yang mendukung tumbuh dan berkembangnya penyedia barang dan jasa berkualitas dan mampu bersaing, larangan persekongkolan tersebut tercantum pula dalam UU Jasa Konstruksi.⁹

Salah satu materi hukum yang diharapkan mampu memberi kontribusi pembangunan ekonomi dan merupakan salah satu syarat prinsip ekonomi moderen adalah iklim persaingan usaha yang sehat.¹⁰ Peraturan untuk mewujudkan iklim usaha yang sehat ini tertuang dalam instrumen atau perangkat hukum persaingan usaha, yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya disebut UU Nomor 5 Tahun 1999) yang diikuti dengan pemberian kesempatan yang lebih luas pada sektor swasta untuk berkontribusi dalam pertumbuhan ekonomi.¹¹ Salah satu substansi UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah larangan terhadap persekongkolan dalam kegiatan tender. UU

⁹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Jasa Konstruksi*, UU Nomor 18 Tahun 1999, LN. 54, TLN 3833.

¹⁰ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Cet. 1, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hal.11.

¹¹ *Ibid.*

Nomor 5 Tahun 1999 ini dikawal pelaksanaannya oleh sebuah lembaga yang bernama Komisi Pengawas Persaingan Usaha (selanjutnya disebut KPPU).

Sejak berdiri tahun 2000 hingga tahun 2005, KPPU telah memutuskan perkara persaingan usaha dan dapat kita lihat bahwa perkara persekongkolan tender merupakan perkara terbanyak yang ditangani KPPU. Selain perkara mengenai persekongkolan tender, terdapat perkara-perkara yang berkaitan dengan pasar seperti monopoli (Pasal 11), perjanjian tertutup atau *exclusive dealing* (Pasal 15), penguasaan pasar (Pasal 19), posisi dominan (Pasal 25), dan pemilikan saham (Pasal 27).

Tender yang berkaitan dengan pola kerjasama pemerintah dan swasta merupakan hal baru di KPPU. Sejauh ini baru dua kasus yang telah diperiksa dan diputus dan mempunyai kekuatan hukum tetap terkait tender kerjasama pemerintah dan swasta yang ditangani KPPU yaitu Putusan Perkara Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Putusan Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M.

Kesamaan dari perkara tersebut adalah berkaitan dengan pembangunan/peremajaan pusat perniagaan. Di mana pemerintah setempat tidak memiliki dana untuk melakukan pembangunan/peremajaan sehingga diperlukan peran serta pihak lain yaitu pihak swasta. Seleksi penentuan *partner* dari sektor swasta ini dilakukan melalui suatu proses tender dan *beauty contest*. Persamaan yang lain dalam kedua perkara yang menjadi obyek penelitian penulis adalah adanya dugaan persekongkolan dalam seleksi tersebut. Laporan yang diterima KPPU menyatakan

pada kedua tender tersebut berindikasi persekongkolan sehingga menimbulkan kerugian negara.

B Permasalahan

Bertolak dari uraian mengenai latar belakang penulisan di atas, penulis merumuskan permasalahan sebagai berikut:

- 1 Apakah tender pada proyek Pembangunan Mal Prabumulih dan Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M merupakan tender sebagaimana dimaksud dalam UU No. 5 Tahun 1999?
- 2 Bagaimana metode pendekatan hukum untuk membuktikan persekongkolan dalam proyek Pembangunan Mal Prabumulih dan Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M?

C Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

- 1 Mengetahui dan mengkaji apakah tender kerjasama pemerintah dan swasta pada proyek Pembangunan Mal Prabumulih dan Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M merupakan tender sebagaimana dimaksud dalam UU No. 5 Tahun 1999.

- 2 Mengetahui dan menganalisa metode pendekatan hukum yang digunakan KPPU untuk membuktikan persekongkolan dalam tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M.

D Kegunaan Penelitian

Penelitian tentang persekongkolan tender pada proyek kerjasama pemerintah dan swasta dalam perspektif hukum persaingan usaha diharapkan memberi sumbangan pemikiran sebagai berikut:

- 1 Secara teori, penelitian dimaksudkan untuk memberi kontribusi pemikiran dan pengembangan ilmu hukum bisnis, khususnya ilmu hukum persaingan usaha.
- 2 Secara praktis, penelitian dimaksudkan untuk memberi informasi bermanfaat bagi penulis, mahasiswa fakultas hukum, akademisi, praktisi hukum dan bisnis maupun masyarakat, mengenai praktik persaingan usaha tidak sehat yang dilakukan melalui persekongkolan dalam kegiatan tender.

E Kerangka Teori dan Konsepsional

Pembangunan infrastruktur untuk kepentingan masyarakat merupakan tanggung jawab pemerintah, tetapi karena keterbatasan dana maka perlu melibatkan pihak lain untuk menyediakan infrastruktur yang diperlukan. Kegiatan penyediaan infrastruktur dengan melibatkan pihak lain dilakukan melalui suatu mekanisme persaingan.

Model persaingan telah diakui sebagai alternatif unggul bagi pembangunan ekonomi. Hukum persaingan dalam rangka mendukung sistem ekonomi pasar diciptakan agar persaingan antarpelaku usaha tetap hidup, dilakukan secara sehat, dan konsumen tidak dieksploitasi oleh pelaku usaha.¹² Iklim persaingan yang sehat merupakan syarat mutlak terselenggaranya ekonomi pasar.¹³

Persaingan memungkinkan tersebarnya kekuatan pasar dan menyebabkan kesempatan berusaha terbuka lebih lebar, yang akan memberi peluang bagi pengembangan dan peningkatan kewiraswastaan sebagai modal utama kegiatan pembangunan ekonomi bangsa.¹⁴ Persaingan merupakan suatu situasi yang diperlukan bagi tercapainya efisiensi. Persaingan perlu dijaga eksistensinya demi terciptanya efisiensi, baik bagi masyarakat konsumen maupun bagi setiap perusahaan.

Apabila pasar berlangsung dalam kondisi persaingan sempurna maka sebetulnya tidak ada masalah dan tidak ada pihak yang dirugikan, bahkan yang terjadi adalah produsen akan memperoleh keuntungan yang memadai, dan konsumen akan memperoleh barang/jasa yang semakin berkualitas dan harga yang semakin murah.¹⁵ Tetapi pasar yang ideal tidak pernah ada dalam kenyataan, karena pasar bebas dalam

¹²Jurnal Hukum Bisnis, *Membudayakan Persaingan Sehat*, Editorial dalam Jurnal Hukum Bisnis, Volume 19, Mei – Juni 2002, hal. 4.

¹³Norman S. Pakpahan, *Pokok-pokok Pikiran tentang Hukum Persaingan Usaha*, Jakarta: ELIPS, 1994, hal. 2. Lihat pula Abdul Hakim G. Nusantara dan Benny K. Harman, *Analisa dan Perbandingan Undang-undang Anti Monopoli*, Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 1999, hal. 2.

¹⁴Norman S. Pakpahan, *Kamus Hukum Ekonomi ELIPS.*, Cet.II, (Jakarta: Proyek Elips),2000, hal. 2.

¹⁵A.A. Tarr, *Consumer Protection Legislation and the Market Place*, dalam *Hukum Perlindungan Konsumen I*, ed. Inosentius Samsul, Fakultas Hukum UI, Program Pascasarjana, 2003, hal. 28.

kenyataannya berbentuk pasar persaingan tidak sempurna, yaitu pasar berbentuk oligopoli, monopoli murni, dan persaingan monopolistik.

Persaingan usaha merupakan hal yang baik bagi masyarakat, karena:

- 1 Mendorong produsen dan distributor menurunkan biaya;
- 2 Mendorong produsen untuk menciptakan variasi produk yang menarik pembeli;
- 3 Mendorong pemasok agar mengembangkan barang dan jasa baru;
- 4 Mendorong pemasok supaya memberi pelayanan yang lebih baik bagi konsumen.¹⁶

Persaingan usaha dapat dibedakan menjadi persaingan sehat dan persaingan tidak sehat. Persaingan tidak sehat akhirnya dapat mematikan persaingan yang kemudian memunculkan monopoli, yaitu pasar tanpa adanya persaingan.

Sebagai negara berkembang, Indonesia melakukan deregulasi dalam rangka transisi liberalisasi ekonomi ke arah ekonomi pasar. Salah satu upaya tersebut adalah kebutuhan UU Nomor 5 Tahun 1999 sebagai alat untuk memberi kesempatan yang sama bagi semua pelaku usaha. Salah satu substansi UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah larangan terhadap persekongkolan dalam kegiatan tender. Falsafah yang terkandung dalam kegiatan tender adalah menciptakan persaingan usaha yang sehat dan jujur.

Persekongkolan dalam kegiatan tender merupakan perbuatan yang dilakukan oleh peserta tender untuk memenangkan satu peserta tender melalui persaingan semu.

¹⁶*The Promoting Deregulation and Competition Project, Dasar-dasar Mikroekonomi Terhadap kebijakan dan Undang-undang Persaingan Usaha Indonesia*, Asian Development Bank, Jakarta, 2001, hal.1.

Persekongkolan dalam kegiatan tender merupakan praktik persaingan usaha yang tidak sehat karena pelaku usaha seharusnya bersaing dalam kegiatan tender.

F Definisi Operasional

Penelitian ini menggunakan beberapa istilah. Definisi istilah-istilah tersebut adalah sebagai berikut:

1. Barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, bergerak maupun tidak bergerak yang dapat diperdagangkan, dipakai, digunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.¹⁷
2. Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.¹⁸
3. Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.¹⁹
4. Konsumen adalah setiap pemakai dan atau pengguna barang dan atau jasa, baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan pihak lain,
5. Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan

¹⁷ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *Op. Cit.*, Ps. 1 butir (16)

¹⁸ *Ibid.*, Ps. 1 butir (17)

¹⁹ *Ibid.*, Ps. 1 butir (18).

berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum Negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.²⁰

6. Persekongkolan dalam tender menurut pengertian di beberapa negara merupakan perjanjian beberapa pihak untuk memenangkan pesaing dalam satu kegiatan tender.
7. Persekongkolan/konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.
8. *A public private partnership is a legally-binding contract between government and business for the provision of assets and the delivery of services that allocates responsibilities and business risks among the various partners.*

Dalam pemahaman penulis, Kerjasama Pemerintah dan Swasta (*Public Private Partnership/PPP*) adalah sebuah kontrak yang mengikat secara hukum antara pemerintah dan swasta untuk menyediakan aset dan memberikan jasa, yang menentukan tanggung jawab dan risiko bisnis di antara rekanan.²¹

²⁰Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), *Peraturan Komisi tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU*, PERKOM No. 1 Tahun 2006, Ps. 1 butir 8.

²¹ Partnerships, British Columbia, www.partnershipsbcc.ca/pdf/An%20Introduction%20to%20P3%20-June03.pdf, Updated June 2003, diakses 9 April 2008

9. Tender adalah tawaran untuk mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa.²²
10. Terlapor adalah pelaku usaha dan atau pihak lain yang diduga melakukan pelanggaran.²³

G Metode Penelitian

1 Metode Penelitian Hukum

Penelitian ini menggunakan metode penelitian *juridis normatif* yaitu penelitian hukum yang mengacu pada kaidah-kaidah atau norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan.²⁴ Menurut Soetandyo, metode penelitian dikatakan normatif karena khusus meneliti hukum sebagai norma positif sebagaimana tertulis dalam buku.²⁵ Soetandyo juga menyebut metode penelitian normatif sebagai metode penelitian doktrinal.²⁶

Metode pendekatan yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan analisis (*analytical approach*), dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).

²² Indonesia, *Undang-Undang Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op. Cit.*, Penjelasan Ps. 22

²³*Ibid.*, Ps. 1 butir 25.

²⁴Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, cet. 11, (Yogyakarta: Liberty, 2001), hal. 29.

²⁵Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum. Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya: 70 Tahun Prof. Soetandyo Wignjosoebroto* (Jakarta: Elsam, 2002), hal. 146-147.

²⁶*Ibid.*, hal. 147-148.

2 Data

Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder²⁷ yang antara lain mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan, buku harian dan sebagainya.²⁸ Data sekunder terdiri dari Bahan hukum Primer, Bahan hukum sekunder dan Bahan hukum tertier.

Bahan hukum Primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, seperti (a) Norma (dasar), (b) Peraturan dasar, c) Peraturan Perundang-undangan, (d) Bahan hukum yang tidak dikodifikasikan, (e) Yurisprudensi, (f) Traktat, dan (g) Bahan hukum dari zaman penjajahan yang masih berlaku.²⁹ Bahan hukum sekunder adalah bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti rancangan undang-undang, hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum dan seterusnya.³⁰ Bahan hukum sekunder bernilai penting juga untuk mengembangkan hukum dan ilmu hukum.³¹ Sedang bahan hukum tertier, yakni bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.³²

²⁷Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, "*Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*", cet. 6, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2001), hal. 12.

²⁸ Soerjono Soekanto, "*Pengantar Penelitian Hukum*", cet. 3, *Op. Cit.*, hal.12.

²⁹*Ibid.*, hal. 52.

³⁰Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Op. Cit.*, hal. 13.

³¹ Soetandyo Wignjosebroto, *Op. Cit.*, hal. 155.

³²Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Op. Cit.*, hal 13.

3 Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data dilakukan melalui penelitian kepustakaan dengan mengumpulkan bahan-bahan tertulis yang berhubungan dengan topik yang dibahas berupa peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, buku, internet, majalah dan sumber-sumber lain yang terkait dengan penelitian ini.

H Sistematika Penulisan

Penulisan ini terdiri dari lima bab, tiap bab terdiri dari beberapa sub-bab sebagai berikut:

1. **BAB I** merupakan **PENDAHULUAN** yang berisi latar belakang serta rumusan masalah yang akan dibahas dalam penelitian, uraian tujuan penelitian serta keterangan mengenai istilah-istilah yang dipakai dalam penelitian. Bab ini juga membahas mengenai metode penelitian yang dipakai dalam penelitian serta ringkasan isi masing-masing bab.
2. **BAB II** yang berjudul **PENGADAAN MELALUI KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA DALAM PERSPEKTIF UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999** akan menguraikan mengenai pengadaan barang dan jasa pemerintah melalui pengaturan Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003, pengadaan melalui kerjasama pemerintah dan swasta dan tender dalam perspektif Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

3. BAB III yang berjudul PENEGAKAN HUKUM PERSAINGAN DALAM PERSEKONGKOLAN TENDER berisi uraian tentang larangan persekongkolan tender menurut ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, larangan persekongkolan tender di Amerika Serikat, larangan persekongkolan tender di Amerika Serikat dan metode pendekatan dalam mendeteksi dan menganalisis persekongkolan tender
4. BAB IV yang berjudul ANALISIS YURIDIS PUTUSAN KPPU TENTANG PERKARA PERSEKONGKOLAN TENDER DALAM PROYEK KERJASAMA PEMERINTAH SWASTA berisi uraian tentang Putusan KPPU Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Putusan KPPU Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Pasar Melawai Blok M serta analisis yuridis terhadap Putusan KPPU.
5. BAB V yang merupakan PENUTUP berisi simpulan dan saran.

BAB II

PENGADAAN MELALUI KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA DALAM PERSPEKTIF UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999

Agar pengadaan barang/jasa pemerintah dapat dilaksanakan dengan efektif dan efisien diperlukan suatu aturan main atau mekanisme yang jelas. Mekanisme tersebut merupakan hal yang penting dalam penyelenggaraan tata-kelola pemerintahan yang baik. Sebaliknya mekanisme pengadaan barang dan jasa yang buruk mengakibatkan terhambatnya pelaksanaan proyek pembangunan yang selanjutnya memperbesar biaya yang timbul, menghasilkan kinerja yang buruk, dan atau menunda manfaat tersebut bagi masyarakat. Ketidakterbacaan mekanisme juga membuka peluang korupsi sistemik, menimbulkan banyak protes dan kecurigaan terhadap integritas proses pengadaan barang dan jasa pemerintah.³³

A Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah melalui Pengaturan Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003.

Negara sebagai badan hukum publik memiliki organ birokrasi yang besar yang senantiasa membutuhkan barang dan jasa untuk keperluan pengelolaan pemerintahan

³³ "Indonesia Procurement Watch," <<http://iprowatch.org/?pilih=aboutus&id=1>>, diakses 7 Juni 2008.

dan pemberian jasa pelayanan kepada publik.³⁴ Oleh karena itu, pengadaan barang dan jasa yang terkait dengan sektor pelayanan publik harus dilakukan dengan memperhatikan norma-norma atau prosedur sebagai berikut:

- 1 Proses pengadaan barang dan jasa pemerintah harus bersifat ekonomis. Proses tersebut mampu menghasilkan barang dan jasa dengan kualitas terbaik untuk harga yang telah dibayarkan, atau dengan harga termurah untuk kualitas yang telah ditentukan. Kadangkala diperlukan kombinasi terbaik dari kedua faktor tersebut di atas untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan tertentu.
- 2 Proses pengadaan barang dan jasa pemerintah harus bersifat efisien. Mekanisme yang ada harus sesuai dengan nilai-nilai maupun kompleksitas dari hal-hal yang ditawarkan. Prosedur pengadaan barang dan jasa pemerintah yang bernilai rendah harus dilakukan secara sederhana dan cepat. Sedangkan untuk hal-hal yang kompleksitas maupun peruntukannya bernilai lebih tinggi, maka prosedurnya berlangsung lebih kompleks dan lama agar pertimbangan dapat diberikan berdasar aturan yang lebih ketat. Pengambilan keputusan untuk proyek atau kontrak yang lebih tinggi nilainya membutuhkan suatu proses spesifik dan kepanitiaan tersendiri.

³⁴ Nurmadjito, "Pakta Integritas." *Legal Review 28/TH III.*, (Januari 2005): 38

- 3 Kerangka kerja yang efisien, efektif, dan konsisten sangat diperlukan dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah.
- 4 Prosedur dan arsip-arsip pengadaan harus konsisten dan tersusun secara sistematis karena pertanggungjawaban merupakan aspek yang sangat penting.
- 5 Penyedia barang dan jasa harus diseleksi berdasarkan spesifikasi dan kualifikasi yang didapat melalui penawaran mereka, serta harus diperlakukan sama dalam hal batas waktu dan kerahasiaan.
- 6 Proses harus berlangsung secara transparan. Semua peraturan maupun kriteria pengambilan keputusan harus selalu siap diakses oleh semua penyedia barang dan jasa yang ikut serta dalam pelaksanaan pengadaan barang dan jasa tersebut.³⁵

Di Indonesia, pengadaan barang dan jasa pemerintah telah diatur sejak tahun 1974 melalui Keputusan Presiden yang bersifat mencatur (*regeling*)³⁶ dan senantiasa diperbaharui dan atau disempurnakan. Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah (Keppres Nomor 80 Tahun 2003) yang berlaku efektif pada tanggal 1 Januari 2004 mengatur mengenai pelaksanaan pengadaan barang dan jasa, baik untuk proyek-proyek pemerintah di departemen dan non-departemen yang dianggarkan melalui Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN), proyek-proyek pemerintah daerah yang dianggarkan

³⁵ Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan, *Op.Cit.*, hal. 51-70

³⁶ C.S.T. Kansil, *Hukum Tata Pemerintahan*, Cet. I, (Jakarta: Galia Indonesia, 1984), hal 103.

melalui Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD), maupun proyek-proyek Badan Usaha Milik Negara dan Daerah (BUMN/D).³⁷ Hal tersebut berarti bahwa instansi atau lembaga pemerintah dilarang mengadakan ikatan perjanjian yang anggarannya belum tersedia atau tidak mencukupi, karena hal itu dapat mengakibatkan terlampauinya batas anggaran yang tersedia untuk proyek-proyek yang dibiayai oleh APBN atau APBD.³⁸ Untuk itu, Keppres No.80 Tahun 2003 diharapkan dapat mewujudkan penyelenggaraan pemerintahan yang bersih dan bebas KKN sehingga pengadaan barang dan Jasa dapat dilaksanakan secara efisien dan efektif melalui prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat, transparan, terbuka, adil dan layak bagi semua pihak, dapat dipertanggungjawabkan hasilnya baik dari segi fisik maupun keuangan, dan bermanfaat bagi kelancaran tugas pemerintah dan pelayanan masyarakat.³⁹

Sasaran Keppres Keppres No.80 Tahun 2003 adalah pengguna barang dan jasa maupun penyedia barang dan jasa sesuai dengan tugas, fungsi, hak, kewajiban dan peranannya masing-masing dalam proses pengadaan barang dan jasa. Adapun tujuan yang hendak dicapai adalah memperoleh barang dan jasa yang dibutuhkan dalam jumlah yang cukup secara efisien dan efektif dengan kualitas harga yang dapat

³⁷ Gunawan Wijaya, *Pengelolaan Harta Kekayaan Negara: Suatu Tinjauan Yuridis*, cet. I, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), hal. 25.

³⁸ Indonesia, *Keputusan Presiden tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*, Keppres Nomor 80 Tahun 2003, LN No.120 Tahun 2003, TLN 4330, Pasal 9 Ayat (4).

³⁹ A.M. Tri Anggraini, *Persengkongkolan Penawaran Tender dalam Perspektif Hukum Persaingan*, Makalah Tanpa Tahun. Lihat juga Abdul Hakim G. Nusantara dan Benny K. Harman, *Analisa dan Perhandingan Undang-Undang Antimonopoli: Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, ed. I, (Jakarta: PT Elex Media Komputindo, 1999), hal. 22

dipertanggungjawabkan dalam waktu dan tempat tertentu, serta sesuai dengan ketentuan dan tata cara yang berlaku. Tujuan dimaksud hanya dapat dicapai apabila pelaksanaan proses pengadaan barang dan jasa tersebut berjalan dengan adil tanpa terdapat unsur persesongkolan.

Keppres Nomor 80 Tahun 2003 menghapuskan semaksimal mungkin beberapa perlakuan diskriminatif⁴⁰ dan hambatan.⁴¹

Menghapuskan dimaksud berupa:

- 1 Pembatasan wilayah dan keikutsertaan perusahaan asing.
- 2 Penambahan persyaratan kualifikasi agar semakin banyak pelaku usaha yang dapat mengikuti pengadaan barang dan jasa sehingga terbentuk pasar yang kompetitif.⁴²
- 3 Penghapusan biaya-biaya agar usaha kecil, menengah, maupun koperasi tidak terbebani dengan biaya-biaya yang besar untuk mengikuti kegiatan pengadaan barang dan jasa pemerintah.⁴³

Perbedaan mendasar Keppres Nomor. 80 Tahun 2003 dengan beberapa Keppres sebelumnya adalah pemberlakuan ketentuan mengenai Pakta Integritas⁴⁴ sebagai salah satu⁴⁵ upaya alternatif untuk memberantas korupsi, walaupun hal tersebut belum

⁴⁰ Indonesia, *Keputusan Presiden Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Op.Cit.*, Ps. 16 (3)

⁴¹ Syamsul Maarif, *Beberapa Hambatan dalam Implementasi Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, dalam Yuhassarie, *Proceeding 2002, Op.Cit.*, hal. 110

⁴² Indonesia, *Keputusan Presiden Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, Op.Cit.*, Ps. 14 Ayat (6)

⁴³ *Ibid.*, Ps. 14 ayat (12)

⁴⁴ *Ibid.*, Ps. 1 Angka (21)

⁴⁵ Nurmadjito, *Op.Cit.*, :38-39

sepenuhnya berhasil.⁴⁶ Pakta Integritas merupakan pakta yang menghendaki semua pihak yang terkait dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah berperilaku sesuai dengan kaidah-kaidah dan norma etika, serta mengutamakan integritas. Pakta Integritas memuat mekanisme sanksi, baik pidana maupun perdata apabila para pihak melanggar kesepakatan tersebut. Melalui Pakta Integritas, para pihak memiliki kredibilitas dan apabila terdapat pengingkaran, maka yang bersangkutan dapat dikenakan sanksi-sanksi tersebut di atas.

Sebagai mekanisme pengadaan barang dan jasa pemerintah, Keppres Nomor 80 Tahun 2003 memiliki kelemahan. Keppres Nomor 80 Tahun 2003 hanya memuat sanksi administratif dan perdata⁴⁷ tetapi tidak memuat sanksi pidana korupsi bagi yang melanggarnya. Aspek hukum pidana dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah bersifat tidak langsung. Oleh karena itu, aspek pidana ditetapkan apabila terdapat pelanggaran pidana yang dilakukan oleh pengguna barang dan jasa dan atau pelaku usaha dalam proses pengadaan barang dan jasa.⁴⁸ Pengalaman menunjukkan bahwa titik rawan praktik KKN di Indonesia adalah saat transaksi pengadaan barang dan jasa dilakukan melalui persekongkolan dalam kegiatan tender.⁴⁹ Persekongkolan dalam kegiatan tender dan korupsi merupakan dua hal yang saling berdekatan. KKN dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah dapat dilakukan dalam beberapa

⁴⁶ Transparency International Indonesia (TII) Usulkan Penerapan Pakta Integritas Untuk Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah," <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=12012c1=berita>>, diakses 1 Mei 2008. Lihat juga "Melengkapi Pakta Integritas," <<http://www.riapos.com/web/content/view/3463/27/>>. diakses 1 Mei 2008.

⁴⁷ Indonesia, *Keputusan Presiden Nomor 30 Tahun 2003, Op.Cit.*, Ps. 49 ayat (1) huruf a & b

⁴⁸ *Ibid*, Ps. 49 ayat (1).

⁴⁹ Nurmadjito, *Op.Cit.*: 38.

bentuk. **Pertama**, kolusi antar pelaku usaha sehingga harga penawaran menjadi jauh lebih tinggi dari harga pasar. Dalam harga yang lebih tinggi tersebut, terdapat indikasi "titipan" berupa alokasi profit margin yang diberikan kepada pejabat-pejabat tertentu. **Kedua**, kolusi berupa pemberian persentase tertentu dari pelaku usaha kepada pejabat yang bersangkutan agar pejabat tersebut dapat "mengatur" persaingan atau seolah-olah terdapat persaingan (persaingan semu) dalam pengadaan barang dan jasa. **Ketiga**, penyuaian pejabat agar pejabat yang bersangkutan dapat mengatur dan menentukan pemenang tender. Harga penawaran diturunkan serendah mungkin atau di bawah perkiraan biaya sehingga kontrak dapat dimenangkan. Selanjutnya, harga yang rendah itu ditutup melalui perubahan-perubahan yang dapat menguntungkan pelaku usaha dalam spesifikasi kontrak yang bersifat teknis yang akhirnya disahkan oleh pejabat tersebut.⁵⁰

Oleh karena itu beberapa pihak pernah mengusulkan agar ketentuan mengenai pengadaan barang dan jasa pemerintah dibentuk dalam undang-undang khusus yang mengacu pada aspek tindak pidana korupsi dan sanksi yang diterapkan berupa sanksi tindak pidana korupsi. Usulan dimaksud merupakan usulan alternatif untuk menjaring pihak-pihak yang senantiasa merugikan keuangan negara yang berasal dari uang publik dan disalurkan melalui pajak guna dikelola oleh pemerintah, sehingga

⁵⁰ Robert Klitgaard, Ronald Maclean-Abaroa, dan H. Lindsey Paris, *Penuntun Pemberantasan Korupsi dalam Pemerintahan Daerah (Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention)*, diterjemahkan oleh Masri Maris, cet. II, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia & Partnership for Governance Reform in Indonesia, 2002), hal 46.

kebocoran anggaran negara yang besar dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah dapat dicegah.⁵¹

Keppres 80 Tahun 2003 mengenal beberapa metode untuk memilih penyedia barang dan jasa yaitu pelelangan umum, pelelangan terbatas, pemilihan langsung dan penunjukan langsung dan swaskelola.⁵² Namun dalam menentukan metode yang akan digunakan perlu mempertimbangkan jenis, sifat, dan nilai barang/jasa serta kondisi lokasi, kepentingan masyarakat, dan jumlah penyedia barang/jasa yang ada

Metode pelelangan umum merupakan prinsip utama dalam Keppres Nomor 80 Tahun 2003 dalam pemilihan penyedia barang dan jasa.⁵³ Pelelangan umum sebagai metode pemilihan penyedia barang dan jasa dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman pelelangan resmi untuk penerangan umum sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi agar dapat mengikutinya.⁵⁴

Metode pelelangan terbatas dapat dilakukan dalam hal jumlah penyedia barang dan jasa yang mampu melaksanakan pekerjaan tersebut diyakini terbatas yaitu untuk pekerjaan yang kompleks. Agar menjadikan satu pemahaman yang jelas, Keppres Nomor 80 Tahun 2003 mendefinisikan pekerjaan yang kompleks sebagai pekerjaan yang memerlukan teknologi tinggi dan atau mempunyai resiko tinggi dan atau

⁵¹ Indonesian Procurement Watch, <<http://iprowatch.org/?pilih=aboutus&id=1>>, *Loc. Cit*

⁵² Indonesia, *Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003, Op.Cit.*, Ps. 17 (1).

⁵³ *Ibid.*, Ps. 17 (1).

⁵⁴ *Ibid.*,

menggunakan peralatan dengan desain khusus dan atau bernilai di atas Rp.50.000.000.000,- (lima puluh miliar rupiah).⁵⁵

Metode pemilihan langsung dapat digunakan ketika metode pelelangan dinilai tidak lagi efisien dari segi biaya pelelangan. Langkah yang harus ditempuh oleh panitia pengadaan untuk melakukan pemilihan langsung adalah dengan membandingkan sekurang-kurangnya 3 (tiga) penawaran dari penyedia barang dan jasa yang telah lulus prakualifikasi dan melakukan negosiasi baik teknis maupun biaya. Agar para penyedia barang dan jasa mengetahui adanya pengadaan ini maka panitia pengadaan juga wajib mengumumkan minimal melalui papan pengumuman.⁵⁶

Metode penunjukan langsung dapat dilakukan dalam keadaan khusus atau tertentu terhadap 1 (satu) penyedia barang dan jasa dengan terlebih dahulu melakukan negosiasi baik teknis maupun biaya yang diharapkan diperoleh harga yang wajar dan dapat dipertanggungjawabkan secara teknis.⁵⁷

Secara khusus Keppres Nomor 80 Tahun 2003 menyatakan ketentuan pengadaan barang/jasa yang dilakukan melalui pola kerjasama pemerintah dengan badan usaha, diatur dengan Keputusan Presiden tersendiri.⁵⁸

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, Ps. 17 ayat (3).

⁵⁷ *Ibid.*, Ps.17 ayat (4).

⁵⁸ *Ibid.*, Ps. 51.

B Pengadaan melalui Kerjasama Pemerintah dan Swasta

Berdasarkan definisi operasional di atas mengenai kerjasama pemerintah dan swasta (*public private partnership*), dapat diartikan bahwa kerjasama pemerintah dan swasta (dalam hal ini badan usaha) lebih pada suatu pola pembiayaan dalam rangka penyelenggaraan pelayanan pemerintah. Penekanan pelayanan pemerintah dalam penulisan ini lebih pada penyediaan infrastruktur bagi kepentingan masyarakat. Terbatasnya dana pemerintah pusat dan pemerintah daerah untuk menyediakan infrastruktur yang dibutuhkan oleh masyarakat telah memaksa pemerintah untuk melibatkan sektor swasta biasanya berbentuk suatu badan usaha untuk ikut berpartisipasi dalam proses pembangunan infrastruktur. Untuk itu pemerintah perlu mengambil langkah-langkah yang komprehensif guna menciptakan iklim investasi yang mendorong keikutsertaan badan usaha swasta dalam penyediaan infrastruktur berdasarkan prinsip usaha yang sehat dengan tetap melindungi dan mengamankan kepentingan konsumen, masyarakat, dan badan usaha swasta⁵⁹.

Komitmen pemerintah tersebut salah satunya diwujudkan dalam bentuk penerbitan Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur yang dikeluarkan pada tanggal 9 November 2005 (Perpres Nomor 67 Tahun 2005) sebagai pengganti Keputusan Presiden No. 7 Tahun 1998 tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta

⁵⁹ Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur, "Pengaturan Kerjasama Pemerintah dengan Badan Swasta dalam Penyediaan Infrastruktur melalui Penerbitan Perpres No.67 Tahun 2005", November 2005. hal.1

dalam Pembangunan dan/atau Pengelolaan Infrastruktur (Keppres Nomor 7 Tahun 1998). Penerbitan Perpres pengganti tersebut dimaksudkan untuk mengakomodasi perubahan paradigma dalam kerjasama pemerintah dengan badan usaha swasta dalam penyediaan infrastruktur saat ini, antara lain berupa penerapan kebijakan desentralisasi dan otonomi daerah⁶⁰.

Kerjasama pemerintah dan swasta juga didukung melalui Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang milik Negara/Daerah (PP Nomor 6 Tahun 2006)⁶¹. Masih dalam semangat otonomi daerah, berkaitan dengan pengelolaan aset beberapa pemerintah daerah juga telah membuat peraturan yang mengatur tentang kerjasama pemerintah dan swasta dengan konsideran pengelolaan aset daerah. Namun demikian saat ini peraturan tertinggi yang mengatur kerjasama pemerintah dan swasta dalam rangka penyediaan infrastruktur adalah Perpres Nomor 67 Tahun 2005.

Tujuan dari kerjasama pemerintah dan swasta dalam Perpres Nomor 67 Tahun 2005 adalah penyediaan infrastruktur melalui pengerahan dana swasta, meningkatkan kuantitas, kualitas dan efisiensi pelayanan melalui persaingan yang sehat, meningkatkan kualitas pengelolaan dan pemeliharaan dalam penyediaan infrastruktur

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Dalam konsiderannya PP Nomor 6 Tahun 2006 berbunyi: "*melaksanakan ketentuan Pasal 48 ayat (2) dan Pasal 49 ayat (6) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara perlu menetapkan Peraturan Pemerintah tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah*".

dan mendorong digunakannya prinsip pengguna membayar pelayanan yang diterima atau dalam hal-hal tertentu mempertimbangkan kemampuan membayar pengguna⁶².

Prinsip yang dianut dalam kerjasama pemerintah dan swasta dalam Perpres Nomor 67 Tahun 2005 dan Keppres Nomor 7 Tahun 1998 secara umum juga sama yaitu⁶³:

- 1 Mendorong pengerahan dana masyarakat atau investasi untuk penyediaan infrastruktur.
- 2 Meningkatkan kualitas pembangunan dan pengelolaan infrastruktur.
- 3 Proses pemilihan/pengikutsertaan melalui persaingan yang sehat.

Keppres Nomor 7 Tahun 1998 telah menentukan pihak swasta yang dapat menjadi mitra kerjasama pemerintah dalam pembangunan dan atau pengelolaan infrastruktur adalah badan usaha swasta yang berbentuk badan hukum Indonesia⁶⁴. Identitas badan swasta yang dapat menjadi mitra kerjasama pemerintah dalam pembangunan dan atau pengelolaan infrastruktur sebagaimana diatur dalam Keppres Nomor 7 Tahun 1998 lebih diperjelas melalui Perpres Nomor 67 Tahun 2005 bentuknya yaitu berupa perseroan terbatas, badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah dan koperasi⁶⁵.

⁶² Indonesia, *Peraturan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur*, Perpres Nomor. 67 Tahun 2007 Ps. 3 ayat (1).

⁶³ Indonesia, *Peraturan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur*, *Op. Cit.*, Ps. 6 dan Ps. 3.

⁶⁴ Indonesia, *Keputusan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta dalam Pembangunan dan atau Pengelolaan Infrastruktur*, Keppres No. 7 Tahun 1998 Ps. 1

⁶⁵ Indonesia, *Peraturan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur*, *Op.Cit.*, Ps. 1 angka 4.

Kerjasama penyediaan infrastruktur antara pemerintah dengan badan usaha swasta dalam Perpres tersebut dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip kemitraan yang adil, terbuka, transparan, bersaing, bertanggung-gugat, saling menguntungkan, saling membutuhkan, dan saling mendukung. Kerjasama tersebut dapat dilaksanakan melalui perjanjian kerjasama atau izin pengusahaan⁶⁶. Perpres Nomor 67 Tahun 2005 tidak mengatur secara spesifik dan membebaskan bentuk perjanjian kerjasama pemerintah dan swasta sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pada prakteknya banyak ditemukan bentuk-bentuk perjanjian kerjasama pemerintah dan swasta. Dalam kajian Strategi Percepatan Pembangunan Infrastruktur Dan Pengembangan Wilayah di Indonesia yang dilakukan oleh Kantor Menko Bidang Perekonomian RI telah memilah beberapa contoh perjanjian kerjasama pemerintah swasta. Tabel di bawah ini menyajikan beberapa bentuk perjanjian kerjasama pemerintah dan swasta serta peran dari masing-masing pihak pihak dalam perjanjian sebagai berikut:⁶⁷

Tabel pola kerjasama pemerintah dan swasta

No	Bentuk Kemitraan	Peran	
		Pemerintah	Swasta
1.	<i>Outsourcing</i>	Pembiayaan/membayar jasa	a. SDM b. Teknologi

⁶⁶ Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur, *Loc. Cit.*

⁶⁷ Kantor Menko Perekonomian RI, *Kajian Strategi Percepatan Pembangunan Infrastruktur Dan Pengembangan Wilayah di Indonesia*, Jakarta, 2002, hal. 22-27.

2.	Divestasi Aset	Menjual aset	Membeli dan mengelola aset
3.	<i>Greenfield Project :</i> a. <i>Build-Operate-Transfer (BOT)</i> atau <i>Build-Operate – Own–Transfer (BOOT)</i>	a. Membeli/membayar pemakaian fasilitas b. Aset diserahkan ke pemerintah di akhir masa perjanjian	a. Biaya pembangunan, operasional pemeliharaan selama masa perjanjian. b. Menerima pembayaran dari pemakai fasilitas.
	b. <i>Build-operate-own (BOO)</i>	Pemerintah selaku mitra	a. Biaya pembangunan, operasional pemeliharaan.. b. Pemilik aset c. Menerima pembayaran dari pemakai fasilitas
	c. <i>Build-Transfer-Operate (BTO)</i>	a. Aset diserahkan pada pemerintah setelah selesai dibangun. b. Membeli/membayar pemakaian fasilitas	a. Biaya pembangunan, operasional pemeliharaan, selama masa perjanjian. b. Menerima pembayaran dari pemakaian fasilitas.
	d. <i>Build-Lease-Transfer (BLT)</i>	a. Aset diserahkan kepada pemerintah setelah selesai dibangun. b. Membayar sewa selama masa perjanjian.	a. Biaya pembangunan, biaya operasional pemeliharaan selama masa perjanjian. b. Menerima biaya sewa.
	e. <i>Build-Lease-Operate (BLO)</i>	Pemerintah sebagai mitra	Membangun fasilitas berdasar sewa-beli & selama masa perjanjian aset menjadi milik swasta.
	f. <i>Design-Build-Operate-Maintain (DBOM)</i>	Sama seperti BOT atau BOO (dengan atau tanpa penyerahan aset).	Sama seperti BOT atau BOO, penekanannya pada desain proyek oleh swasta.

	g. <i>Develop-Operate-Transfer</i> (DOT)	Sama seperti BOT	Sama seperti BOT, bisa mengembangkan potensi lain yang ada.
--	--	------------------	---

Bentuk yang sama juga ditemukan pada beberapa peraturan daerah yang mengatur mengenai kerjasama pemerintah dan swasta seperti Peraturan Daerah Kabupaten Subang Nomor 10 Tahun 2001 tentang Kerjasama Pemerintah dengan Pihak Ketiga⁶⁸ dan Peraturan Daerah Kota Bandung Nomor 3 Tahun 2004 tentang Penyelenggaraan Kerjasama⁶⁹. Namun demikian pemilihan bentuk kerjasama dari tiap-tiap proyek

⁶⁸ Pasal 10 menetapkan kerjasama dalam bentuk kontrak adalah:

- a. kerjasama manajemen;
- b. kerjasama produksi;
- c. kerjasama bagi hasil usaha;
- d. kerjasama bagi tempat usaha;
- e. kerjasama bagi keuntungan;
- f. kerjasama bangun, kelola, sewa, serah (*Build Operate Leasehold and Transfer-BOLT*)
- g. kerjasama bangun, kelola, alih milik (*Build, Operator and Transfer-BOT*)
- h. kerjasama bangun, serah (*Build and Transfer BT*)
- i. kerjasama bangun, serah, kelola (*Build, Transfer and Operate-BTO*)
- j. kerjasama rehabilitas, guna , serah (*Renovate, Operate and Transfer-ROT*)
- k. kerjasama renovasi, guna, sewa, serah (*Renovate, Operate, Leasehold and Transfer – ROLT*)
- l. kerjasama bangun, serah, sewa, (*Build, Transfer, Leasehold-BTL*)
- m. kerjasama bangun, sewa, serah (*Build, Rent and Transfer-BRT*)
- n. kerjasama sewa, tambah dan guna (*Contract add and Operate-CAO*)
- o. kerjasama bangun, guna, miliki (*Build, Operate and Own-BOO*)
- p. kerjasama bantuan teknis dan atau pendanaan baik dari dalam negeri atau luar negeri.

⁶⁹ Pasal 8 menetapkan kerjasama manajemen, terdiri dari :

- a. kerja sama bantuan oprasi atau kerja sama operasional; kerja sama kontrak operasi dan peralatan; dan kerja sama patungan
- b. Kerja sama produksi;
- c. Kerja sama bagi hasil usaha;
- d. Kerja sama bagi keuntungan;
- e. Kerja sama bagi tempat usaha;
- f. Kerja sama bangun, ketola, sewa, serah (*build, operate, leasehold and transfer/bolt*);
- g. Kerja sama bangun, kelola, alih, milik (*build, operate and transfer/bot*);
- h. Kerja sama renovasi, kelola, serah (*renovate, operate, transfer/rolt*)
- i. Kerja sama renovasi, kelola, serah (*renovate, operate, transfer/rot*);
- j. Kerja sama bangun, serah, sewa (*build, transfer and rent/btr*);
- k. Kerja sama bangun, serah (*built and transfer/bt*);
- l. Kerja sama bangun, guna milik (*build, operate, own/boo*);

yang akan dilaksanakan perlu kajian yang matang sehingga tujuan awal dari kerjasama pemerintah dan swasta yang sama-sama saling menguntungkan bisa terwujud.

Pada prinsipnya infrastruktur yang akan dibangun merupakan barang milik pemerintah dan untuk menjamin tercapainya tujuan kerjasama pemerintah swasta yang saling menguntungkan tersebut, maka perlu suatu proses penentuan mitra kerjasama yang dalam Perpres Nomor 67 Tahun 2005 juga mendapat porsi cukup besar. Pada kerjasama antara pemerintah dan swasta dalam rangka penyediaan maupun pengelolaan infrastruktur dilaksanakan melalui suatu perjanjian kerjasama atau izin perusahaan setelah melalui suatu proses pelelangan sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 6 Perpres Nomor 67 Tahun 2005 yang berbunyi :

“...kesepakatan tertulis untuk Penyediaan Infrastruktur antara Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah dengan Badan Usaha yang ditetapkan melalui pelelangan umum”.

sedangkan untuk izin perusahaan dalam pengertian Pasal 1 angka 8 Perpres Nomor 67 Tahun 2005 adalah :

“...izin untuk Penyediaan infrastruktur yang diberikan oleh Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah kepada Badan Usaha yang ditetapkan melalui pelelangan”.

dan Pasal 6 huruf d Perpres Nomor 67 Tahun 2005 yang berbunyi:

-
- m. Kerja sama bantuan teknik dan atau alih teknologi maupun bantuan dana/pembiayaan;
 - n. Pembelian saham dari perusahaan yang telah berbadan hukum dan mempunyai prospek baik;
 - o. Pendirian perseroan terbatas;
 - p. Untuk kerja sama lainnya dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip kerja sama, serta sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

“Kerjasama penyediaan infrastruktur antara Menteri/Kepala Lembaga/Kepala Daerah dengan Badan Usaha dilakukan berdasarkan prinsip bersaing, berarti pemilihan Badan Usaha melalui proses pelelangan”

Kewajiban pemerintah melakukan suatu proses pemilihan melalui suatu metode pelelangan dalam menentukan mitra kerjasama untuk menyediakan infrastruktur juga mendapat dukungan dari Pasal 11 PP Nomor 6 Tahun 2006 yang berbunyi:

“...pengadaan barang milik negara/daerah dilaksanakan berdasarkan prinsip-prinsip efisien, efektif, transparan dan terbuka, bersaing, adil/tidak diskriminatif dan akuntabel”.

dan tentunya dalam melaksanakan pengadaan barang milik negara/daerah harus mendasarkan pada suatu peraturan dan pasal 12 ayat (2) PP Nomor 6 Tahun 2006 telah menunjuk peraturan yang harus diikuti yaitu:

“...ketentuan lebih lanjut mengenai pedoman pelaksanaan pengadaan barang milik negara/daerah selain tanah diatur dengan Peraturan Presiden”.

Dengan demikian dapat dipahami bahwa pembangunan suatu infrastruktur melalui kerjasama pemerintah dan swasta hakikatnya adalah pengadaan barang yang dapat berupa barang negara atau daerah dan digunakan sepenuhnya untuk pelayanan kepada masyarakat sehingga dalam proses pengadaannya perlu melalui suatu persaingan yang secara spesifik oleh peraturan yang ada telah ditentukan yaitu melalui metode pelelangan.

Pelelangan umum sebagai syarat dilaksanakannya perjanjian kerjasama pemerintah swasta ini dalam Perpres No.67 Tahun 2005 maupun Keppres Nomor 7 Tahun 1998 telah diatur cukup rinci mulai dari perencanaan pengadaan, pelaksanaan pengadaan. Secara lebih detail pada bagian pelaksanaan pengadaan Perpres No. 67

Tahun 2005 juga mengatur tahapan-tahapan yang harus dilalui yaitu tahap pengumuman dan pendaftaran peserta, prakualifikasi, tata cara prakualifikasi, penyusunan daftar peserta.

C Tender dalam Perspektif Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

UU Nomor 5 Tahun 1999 merupakan undang-undang pertama yang dibuat atas hak inisiatif DPR. Undang-undang ini merupakan harapan dan jaminan bagi pelaku usaha agar dapat berusaha dan bersaing secara sehat. Agar persaingan dapat ditempuh melalui cara-cara yang sehat, khususnya dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, UU Nomor 5 Tahun 1999 menetapkan bahwa persekongkolan atau konspirasi usaha merupakan kegiatan yang dilarang dalam bentuk kerjasama yang dilakukan antar pelaku usaha dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.⁷⁰ Oleh karena itu, persekongkolan harus dilakukan atas dasar kerjasama yang dilakukan pula atas dasar kemauan bersama para pelaku usaha.⁷¹ Persekongkolan dimaksud adalah persekongkolan yang dilakukan dalam kegiatan tender, seperti pengadaan barang dan jasa pemerintah dan atau perusahaan-perusahaan swasta di Indonesia.

Tender dalam pengertian hukum persaingan usaha diartikan sebagai penawaran pengajuan harga untuk memborong suatu pekerjaan dan atau untuk

⁷⁰Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit.*, Ps. 1 Angka (8)

⁷¹Hansen, *Op.Cit.*, hal. 309

pengadaan barang atau penyediaan jasa.⁷² Berdasarkan pengertian di atas, maka cakupan dasar penerapan pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah tender atau tawaran mengajukan harga yang dapat dilakukan melalui tender terbuka, tender terbatas, pelelangan umum dan pelelangan terbatas.⁷³ Tender ditawarkan oleh pengguna barang dan Jasa kepada pelaku usaha yang mempunyai kredibilitas dan kapabilitas berdasarkan alasan efektifitas dan efisiensi. Adapun alasan-alasan lain tender pengadaan barang dan jasa adalah:

- 1 Memperoleh penawaran terbaik untuk harga dan kualitas.
- 2 Memberi kesempatan yang sama bagi semua pelaku usaha yang memenuhi persyaratan untuk menawarkan barang dan jasanya.
- 3 Menjamin tranparansi dan akuntabilitas pengguna barang dan jasa kepada publik, khususnya pengadaan barang dan jasa di lembaga atau instansi pemerintah.

Ruang lingkup tender meliputi:

- 1 Tawaran untuk mengajukan harga terendah untuk memborong suatu pekerjaan, seperti membangun atau merenovasi gedung pemerintah.
- 2 Tawaran untuk mengajukan harga terendah untuk mengadakan barang-barang, seperti memasok kebutuhan alat-alat tulis dan perlengkapan kantor di instansi pemerintah.

⁷²Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit*, Penjelasan Ps. 22

⁷³ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender*, (Jakarta, 2007) hal. 7.

- 3 Tawaran untuk mengajukan harga terendah untuk menyediakan jasa, seperti jasa *cleaning service* atau jasa konsultan keuangan di lembaga pemerintah.⁷⁴
- 4 Tawaran untuk mengajukan harga tertinggi, seperti penawaran atau penjualan lelang barang-barang inventaris atau barang sitaan pemerintah yang perolehannya melanggar hukum.⁷⁵

Apabila merujuk pada kata harga pada pengertian tender di atas maka bayangan kita akan menunjuk pada sederetan angka yang menunjukkan nilai satuan moneter. Namun sebenarnya pengertian harga bukan cuma sebatas nilai dengan satuan moneter. Nilai dengan satuan moneter dibuat untuk memudahkan dalam penghitungan. Kamus besar Bahasa Indonesia mendefinisikan harga sebagai berikut :

*"Nilai barang yang ditentukan atau dirupakan dengan uang; jumlah uang atau alat tukar lain yang senilai, yang harus dibayarkan untuk produk atau jasa pada waktu tertentu dan pada pasar tertentu; kehormatan; guna (arti, kepentingan)."*⁷⁶

Mendasarkan pada definisi tersebut maka sebenarnya makna kata harga menjadi sangat luas. Uang bukan lagi satu-satunya alat untuk mengajukan suatu tawaran namun bisa dengan suatu alat tukar lain yang senilai. Pandangan uang

⁷⁴ Yakub Adi Krisanto, "Analisis Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender." *Jurnal Hukum Bisnis 24 No. 2* (2005): hal 44-45

⁷⁵ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Pasal 22, Op.Cit.*, hal 7. Pengertian tender mencakup tawaran mengajukan harga untuk menjual suatu barang dan atau jasa, seperti dalam Putusan KPPU mengenai Lelang Gula Ilegal, Divestasi Kapal Tanker PT Pertamina dan Penjualan Saham PT Indomobil.

⁷⁶ Departemen Pendidikan Nasional, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga,(Jakarta: Balai Pustaka, 2002), hal. 388.

sebagai satu-satunya alat untuk menawar sesuatu disebabkan oleh pemikiran yang mengutamakan alur pemikiran positivisme atau legalistik.

Dalam alur pemikiran legalistik, hukum adalah "*what the law is, but not what the law should be.*" Legalisme menyebabkan peraturan menjadi "berhala", kehidupan menjadi kaku, kenyataan yang kaya akan nuansa dilihat dengan memakai "kacamata kuda", kebenaran dan keadilan menjadi persoalan legal formal belaka, serta akal sehat dan kearifan terdorong ke belakang. Penganut aliran legalisme menjadi robot yang mekanistik dan melihat persoalan secara hitam putih semata. Teks dan redaksi suatu peraturan begitu digdaya dalam membelenggu kearifan dan akal sehat, dan tidak terdapat keberanian untuk melakukan sesuatu di luar dari teks dan redaksional peraturan tersebut.⁷⁷ Dalam pandangan penulis apabila kita hanya melihat melalui sisi normatif, maka ketentuan cakupan atau ruang lingkup Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 dan penjelasannya menjadi sangat sempit. Dalam hal ini, penulis melihat bahwa cakupan tersebut dapat dikonstruksikan melalui atau berdasarkan penafsiran hukum yang kreatif⁷⁸ yaitu penafsiran teleologis.⁷⁹ Dalam hal ini, ketentuan UU Nomor 5 Tahun 1999 diterapkan untuk mencapai tujuan undang-undang tersebut,⁸⁰ yaitu untuk memulihkan persaingan usaha yang sehat. Diperlukan pemahaman dan pengertian dalam prinsip-prinsip persaingan usaha, bahwa dalam

⁷⁷ Bernard L. Tanya, *Hukum, Politik dan KKN*, cet 1, (Surabaya: Srikandi, 2006). hal 4-5

⁷⁸ *Ibid*, hal. 5

⁷⁹ Mertokusumo, *Op.Cit.*, hal. 61.

⁸⁰ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *Op.Cit.*, Pasal 3

kegiatan ekonomi apapun persaingan usaha harus tetap terselenggara dan terjaga. Artinya, apabila dalam pasar tertentu terdapat hambatan persaingan, maka akibat hambatan tersebut adalah terdapatnya pihak-pihak yang dirugikan seperti konsumen, produsen, dan negara. Oleh karena itu, persaingan usaha yang sehat harus dipulihkan. Di samping itu, hukum persaingan usaha mengenal pula pertimbangan ekonomi dalam memutuskan suatu perkara. Artinya, setiap konspirasi yang membatasi persaingan merupakan suatu larangan terhadap persekongkolan secara penuh sebagai elemen dasar dalam penyesuaian diri dalam aspek kebijakan persaingan usaha.⁸¹

Tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang dalam iklim usaha yang kompetitif harus terdiri dari dua atau lebih pelaku usaha sehingga ide dasar pelaksanaan tender: berupa perolehan harga terendah dengan kualitas yang terbaik dapat tercapai.⁸² Di sisi lain, persekongkolan dalam kegiatan tender mengakibatkan terbentuknya tender kolusif yang bertujuan untuk meniadakan persaingan dan menaikkan harga.⁸³

Mekanisme yang diberikan oleh UU Nomor 5 Tahun 1999 terhadap Keppres No. 80 Tahun 2003 dan Perpres Nomor 67 Tahun 2005 merupakan ketentuan normatif yang melarang pelaku usaha bersekongkol dengan pihak lain guna mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan

⁸¹ M. Udin Silalahi, "Perjanjian Horisontal di Indonesia," *Jurnal Hukum Bisnis* 22 (Januari-Februari 2003): 71

⁸² Krisanto, *Op.Cit.*, hal 45

⁸³ Hansen, *Op.Cit.*, hal. 314.

persaingan usaha tidak sehat. Larangan tersebut mencakup proses pelaksanaan tender secara keseluruhan yang diawali dari prosedur perencanaan, pembukaan penawaran sampai dengan penetapan pemenang tender.⁸⁴ Mekanisme dimaksud merupakan "payung hukum atau *legal support*" UU Nomor 5 Tahun 1999 terhadap Keppres Nomor 80 Tahun 2003 dan Perpres Nomor 67 Tahun 2005, walaupun kedua peraturan tersebut tidak menempatkan UU Nomor 5 Tahun 1999 sebagai salah satu landasan hukumnya.⁸⁵ Sebaliknya, beberapa pasal Keppres Nomor 80 Tahun 2003 dan Perpres Nomor 67 Tahun 2005 mendukung adanya prinsip persaingan yang sehat.

Sebagaimana perangkat hukum persaingan usaha di beberapa negara, ketentuan Pasal 30 UU Nomor 5 Tahun 1999 mensyaratkan pembentukan otoritas persaingan usaha⁸⁶ berupa pembentukan KPPU untuk mengawasi pelaksanaan UU Nomor 5 Tahun 1999 termasuk pengawasan terhadap larangan persekongkolan dalam kegiatan tender di Indonesia, khususnya pengadaan barang dan jasa pemerintah, dan perusahaan swasta.⁸⁷ KPPU yang dibentuk melalui Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1999 Tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha

⁸⁴ Erawaty, A.F. Elly, ed. *Membenahi Perilaku Pelaku Bisnis Melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. 1. (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 62.

⁸⁵ Bandingkan dengan Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2000 Tentang Pedoman Pelaksanaan Barang dan Jasa Instansi Pemerintah yang dalam konsideransnya merujuk pada UU Nomor 5 Tahun 1999.

⁸⁶ Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 92

⁸⁷ Pengawasan terhadap persekongkolan dalam kegiatan tender merupakan cakupan tugas KPPU seperti yang diuraikan dalam ketentuan Pasal 35 dan Pasal 36 UU Nomor 5 Tahun 1999 mengenai Tugas dan Kewenangan Komisi.

merupakan lembaga independen,⁸⁸ yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah maupun pihak-pihak lain,⁸⁹ seperti kelompok-kelompok yang menguasai sektor keuangan dan ekonomi. Independensi KPPU yang termuat dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 menggambarkan posisi istimewa yang diperlukan KPPU agar dapat melaksanakan UU tersebut secara efisien dan efektif.⁹⁰ KPPU memiliki kewenangan dan tugas yang sangat luas meliputi fungsi eksekutif, yudikatif, legislatif, konsultatif, dan bersifat multifungsi karena memiliki kewenangan investigasi, penyidikan, pemeriksaan, penuntutan, pemutus, dan konsultatif. Kewenangan konsultatif merupakan kemenangan yang strategis. Dalam hal ini, KPPU memberi saran dan pertimbangan kepada pemerintah khususnya mengenal keputusan suatu lembaga yang menyangkut kebijakan ekonomi. Kewenangan yudikatif merupakan kewenangan KPPU melakukan fungsi penyelidikan, pemeriksaan, pemutus, dan penjatuhan hukuman administratif atas perkara yang diputusnya termasuk kewenangan menjatuhkan sanksi ganti rugi atau denda kepada terlapor.⁹¹ Kewenangan legislatif merupakan kewenangan KPPU untuk membentuk peraturan, baik secara internal mengikat para pekerjanya

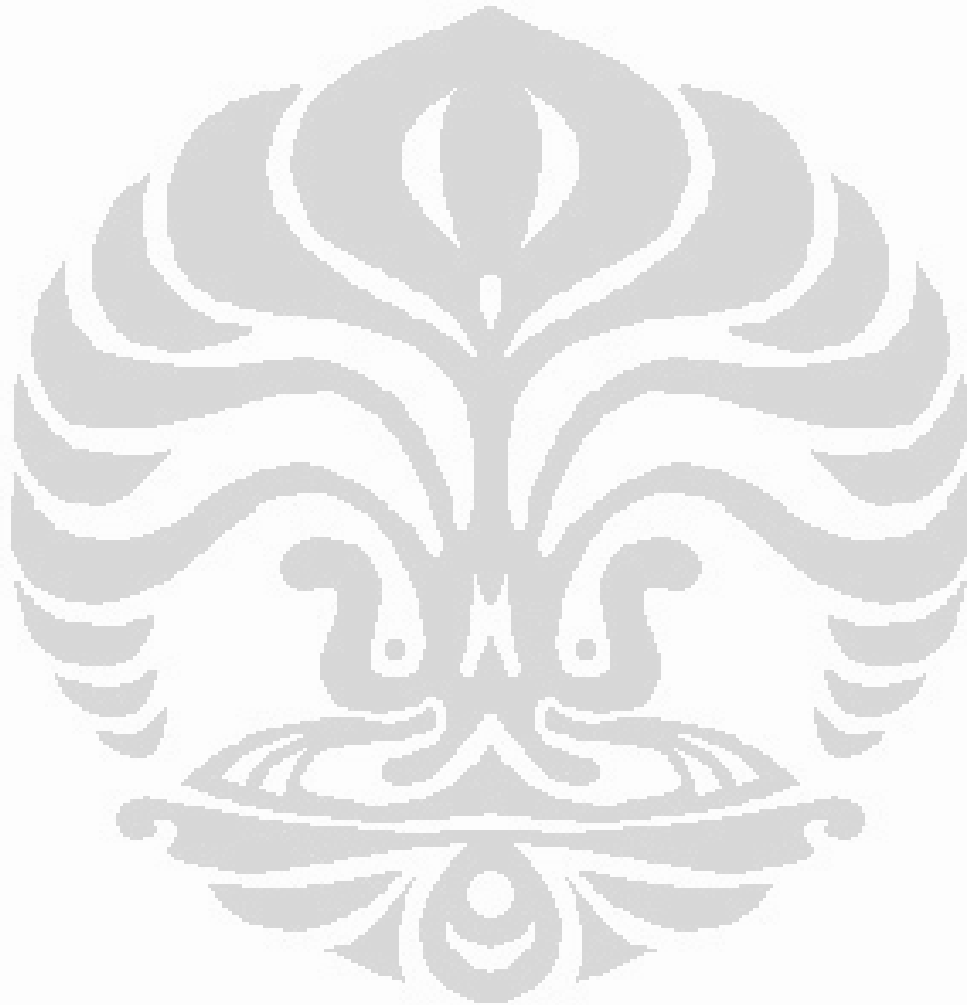
⁸⁸ Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, Op.Cit, hal. 106.

⁸⁹ Asril Sitompul, *Praktik Monopoli dalam Persaingan Usaha Tidak Sehat: Tinjauan Terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999*, cet. 1, (Bandung, PT Citra Aditya Bakti, 1999)hal. 85.

⁹⁰ Hansen, *Op. Cit*, hal. 369.

⁹¹ Lihat juga pendapat yang mengatakan, walaupun KPPU bukan merupakan pengadilan tetapi KPPU ditetapkan sebagai instansi pertama yang menyelesaikan perkara yang terkait dengan ketentuan UU Nomor 5 Tahun 1999, dalam M. Udin Silalahi, "Undang-Undang Antimonopoli Indonesia: Peranan dan Fungsinya di dalam Perekonomian Indonesia," *Jurnal Hukum Bisnis 10* (2000): 33.

maupun eksternal kepada publik seperti pedoman,⁹² tata cara prosedur penyampaian laporan dan penanganan perkara dan lain-lain.⁹³



⁹² Salah satu pedoman dimaksud adalah Pedoman Pasal 27 Tentang Larangan Persengkongkolan dalam Tender Berdasarkan UU No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

⁹³ Sirait, *Hukum persaingan di Indonesia, Op.Cit.*, hal. 109-111

BAB III

PENEGAKAN HUKUM PERSAINGAN

DALAM PERSEKONGKOLAN TENDER

Black's Law Dictionary mendefinisikan persekongkolan (*conspiracy*) sebagai:

"a combination or confederacy between two or persons formed for the purpose of committing, by their joint efforts some unlawful or criminal act, or some act, which is innocent in itself, but becomes unlawful, when done 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".⁹⁴

Definisi tersebut menegaskan bahwa persekongkolan harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk melakukan suatu tindakan atau kegiatan kriminal atau: melawan hukum secara bersama-sama,⁹⁵ termasuk dalam persekongkolan tender, baik untuk pengadaan barang dan jasa di sektor publik maupun sektor swasta karena dianggap dapat menghambat upaya pembangunan negara. Persekongkolan tender dianggap bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat karena tidak memberi kesempatan yang sama pada seluruh pelaku usaha untuk mendapat barang dan jasa yang ditawarkan.⁹⁶ Sehubungan dengan hal ini, penulis mencoba untuk menguraikan masalah persekongkolan tender yang diatur dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 dan berbagai perangkat hukum persaingan usaha di

⁹⁴Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1999) p.258

⁹⁵Kristanto, *Op.Cit.*, hal 43

⁹⁶Rachbini, Didik J. *Ekonomi Politik: Kebijakan dan Strategi Pembangunan*. Cet. I. (Jakarta: Granit, 2004), hal. 117

Amerika Serikat dan Jepang serta bagaimana pendekatan hukum yang digunakan negara-negara tersebut dalam mendeteksi dan menganalisis persekongkolan tender.

A Larangan Persekongkolan Tender menurut Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

Pasal 1 Angka (8) UU No. 5 Tahun 1999 mendefinisikan persekongkolan sebagai berikut:

"... suatu bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol".

Sedangkan di bawah subjudul "Kegiatan yang Dilarang". UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa persekongkolan yang dilarang tersebut mencakup persekongkolan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain untuk:

- 1 Mengatur dan atau menentukan pemenang tender atau tindakan *bid rigging* sehingga dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22;
- 2 Memperoleh informasi kegiatan usaha pesaing yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23;
- 3 Menghambat produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa pelaku pesaingnya dengan maksud supaya barang dan atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang kualitas maupun

kuantitasnya, serta terganggunya ketepatan waktu yang dipersyaratkan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24.⁹⁷

Dalam Pasal 1 Angka (8) dan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 terdapat kesamaan bahwa persekongkolan harus melibatkan dua pihak atau lebih untuk melakukan kerjasama dan memenuhi dua kondisi, yaitu pihak-pihak yang berpartisipasi dan kesepakatan untuk bersekongkol. Persekongkolan bertujuan dan mengakibatkan tender kolusif.⁹⁸ Adapun perbedaan atau ketidakselarasan kedua pasal tersebut di atas adalah ketentuan Pasal 1 Angka (8) UU No. 5 Tahun 1999 memberi tujuan persekongkolan limitatif berupa penguasaan pasar bagi kepentingan pihak-pihak yang bersekongkol,⁹⁹ sedang Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tidak mensyaratkan unsur penguasaan pasar karena tender kolusif tidak terkait dengan struktur pasar. Hal tersebut merupakan kelemahan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

Larangan persekongkolan tender dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menunjukkan bahwa UU ini mengenal unsur perilaku pelaku usaha yang saling menyesuaikan dalam persekongkolan tender. Penerapan hukum persaingan usaha harus difokuskan untuk menilai segi-segi *behavior practice*, seperti tender kolusif dan bukan diarahkan pada segi struktur pasar sebagaimana dalam merger.¹⁰⁰ Tender

⁹⁷ Siswanto, *Op.Cit.*, hal.90.

⁹⁸ Tri Anggraini, *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet. I. (Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal.303.

⁹⁹ Kristanto, *Op.Cit.*, hal.42.

¹⁰⁰ Firoz Gaffar, "Lima Tahun KPPU: Isu Hukum Persaingan Usaha & Penegakkannya," *Jurnal Hukum Bisnis 24 No.3* (2005) : 28

kolusif mengutamakan aspek perilaku¹⁰¹ berupa perjanjian untuk bersekongkol yang umumnya dilakukan diam-diam.¹⁰² Perilaku yang dimaksud adalah perilaku saling menyesuaikan melalui koordinasi secara sadar atau disengaja untuk mencapai tujuan yang sama dalam bentuk konspirasi usaha yang umumnya tidak mengikat pihak-pihak terlibat. Lewat persekongkolan tender, pihak-pihak terlibat berupaya semaksimal mungkin menghindari tekanan persaingan usaha dan melalui persekongkolan pelaku usaha mungkin dapat meningkatkan keuntungan tanpa melakukan persaingan sehat.¹⁰³

Praktik persekongkolan telah meluas di dunia usaha, terutama persekongkolan tender pelaku usaha dengan pemerintah. Praktik tersebut merupakan bagian dari praktik perburuan rente ekonomi dalam sistem ekonomi politik buruk yang mengakibatkan in-efisiensi dan ekonomi biaya tinggi. Salah satu penyebab melemahnya ekonomi Indonesia selain karena hutang dan anggaran belanja negara yang tidak efisien adalah karena persekongkolan tender pengadaan barang dan jasa, khususnya barang dan jasa pemerintah.¹⁰⁴

UU Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas menetapkan dua jenis sanksi yang dapat dikenakan terhadap pelanggaran ketentuan UU ini, khususnya pelanggaran ketentuan Pasal 22, yaitu sanksi administratif dan sanksi pidana berupa pidana pokok dan

¹⁰¹ Rachbini, *Ekonomi Politik, Op.Cit.*, hal. 131.

¹⁰² Anggraini, *Larangan Praktik Monopoli, Op.Cit.*, hal. 363.

¹⁰³ Hansen, *Op.Cit.*, hal. 84-85. Lihat juga Sirait, *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit.*, hal. 120. Bahwa bentuk persekongkolan berdasar perilaku merupakan tindakan saling memperlihatkan penawaran harga antar peserta tender melalui penyesuaian penawaran, pengaturan pemenang antar pesaing yang dilakukan menjelang acara pembukaan surat penawaran harga.

¹⁰⁴ Rachbini, *Ekonomi Politik, Op.Cit.*, hal. 139.

pidana tambahan.¹⁰⁵ Ketentuan Pasal 47 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 memberi wewenang pada KPPU untuk menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU tersebut, sedangkan ketentuan Pasal 47 ayat (2) menetapkan bentuk-bentuk tindakan administratif berkaitan dengan pasal-pasal yang dilanggar.

Selain sanksi administratif UU Nomor 5 Tahun 1999 juga mengatur tentang pidana pokok dan pidana tambahan untuk tiap pelanggaran. Dalam pelaksanaannya, penerapan sanksi-sanksi tersebut memerlukan koordinasi efektif dengan pihak-pihak terkait, seperti Kepolisian Republik Indonesia, Kejaksaan Agung Republik Indonesia dan Komisi Pemberantasan Korupsi Republik Indonesia (KPK)¹⁰⁶ karena umumnya praktik persekongkolan tender terkait dengan indikasi KKN yang meluas, baik dulu maupun saat ini. Selain itu, dalam persekongkolan tender vertikal maupun gabungan horisontal vertikal, penafsiran sempit ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 yang hanya mengatur persekongkolan tender yang dilakukan oleh para pelaku usaha dan tidak memuat unsur keterlibatan pejabat atau panitia lelang memberi pengaruh besar terhadap penerapan sanksi yang diberikan pada pejabat atau panitia lelang, walaupun yang bersangkutan terlibat dalam kegiatan persekongkolan tender. Koordinasi lain yang penting dilakukan adalah koordinasi dengan Departemen Perdagangan Republik Indonesia dan atau Departemen Perindustrian Republik Indonesia terkait dengan jenis-jenis perizinan bidang usaha. Koordinasi dengan Departemen Hukum dan

¹⁰⁵ Tanya, *Op.Cit.*, hal. 92-95.

¹⁰⁶ Rachmadi Usman. *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Cet. I. (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 121-122.

Perundang-undangan Republik Indonesia yang memberi pengesahan suatu badan hukum yang akan berdiri atau mengalami perubahan dalam susunan kepengurusan terkait dengan sanksi pidana tambahan yang termuat dalam ketentuan Pasal 49 UU No. 5 Tahun 1999. Tanpa melalui koordinasi efektif antar instansi terkait, upaya penegakan hukum yang dilakukan KPPU menjadi sia-sia.¹⁰⁷

B Larangan Persekongkolan Tender di Amerika Serikat

Amerika Serikat mengatur dan melakukan pengawasan ketat terhadap persekongkolan tender,¹⁰⁸ sebagaimana tertuang dalam *Sherman Act 1890*.¹⁰⁹ Ketentuan tersebut merupakan UU Anti Monopoli pertama yang disahkan oleh Kongres sebagai reaksi terhadap praktik-praktik bisnis yang menghambat persaingan usaha. Persekongkolan tender diatur dalam Pasal 1 *Sherman Act 1890*¹¹⁰ yang menetapkan bahwa setiap perjanjian, gabungan dalam bentuk perusahaan atau yang lainnya atau konspirasi dengan maksud untuk membatasi perdagangan atau bisnis antara negara-negara federal atau dengan negara-negara asing merupakan perbuatan melawan hukum (*illegal*). Rumusan tersebut berarti tindakan tersebut harus merupakan tindakan kolektif karena konspirasi atau persekongkolan tidak mungkin

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Okatani, Naoki. "Regulations on Bid Rigging in Japan, the United States and Europe." *Pacific Rim Law & Policy Journal* (March 1995): 261

¹⁰⁹ Pada awalnya, pembentukan hukum persaingan di Amerika Serikat adalah dalam rangka mengakomodasi keinginan atau hak untuk bersaing (*the right to compete*). Peraturan perundang-undangan yang paling awal mengatur tentang persaingan usaha adalah Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies yang dikeluarkan oleh Kongres pada tahun 1890 atau *Sherman Act 1890*, dalam Prayoga, *Op.Cit.*, hal, 31

¹¹⁰ Yuhassarie, *Proceedings 2002, Op.Cit.*, hal, 8.

dilakukan oleh satu orang saja. Tindakan kolektif tersebut merupakan persetujuan antara dua pihak atau lebih dalam bentuk perjanjian yang dilarang sehingga dapat dianggap telah terjadi perbuatan melawan hukum.¹¹¹

Di Amerika Serikat, persekongkolan tender ditetapkan sebagai bentuk kecurangan (*fraud*) berupa persekongkolan tender antarpelaku usaha dalam membuat pola-pola untuk mengambil uang konsumen dengan cara menipu.¹¹² Pola dimaksud meliputi:

1. Tekanan terhadap penawaran (*bid suppression*) yang menggambarkan bahwa dua atau lebih pelaku usaha setuju untuk tidak bersaing atau mengundurkan diri dalam penawaran sehingga pelaku usaha tertentu (yang telah ditentukan) dapat memenangkan penawaran.
2. *Complementary bidding*, yaitu dua atau lebih penawar menyetujui pihak tertentu yang akan memenangkan penawaran pemenang yang ditentukan dengan memberitahu harga penawarannya kepada pesaing lain dan meminta mereka untuk menawar lebih tinggi sehingga akhirnya harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah dibanding pesaing lain. Tindakan tersebut memberi kesan seolah-olah terdapat persaingan nyata di antara mereka dan menjadikan pemenang yang telah ditetapkan berhasil memenangkan tender.

¹¹¹ Nusantara, *Op.Cit.*, hal. 90-91, Lihat juga Robert E Connolly, "Do Schemes to Rig Bids and/or Fix Prices Constitute Fraud?" *Practicing Law Institute* (November 12-13, 1992): 499, yang menyatakan bahwa *long before The Sherman Act became part of the American landscape, courts condemned agreement among bidders not to compete as fraudulent.*

¹¹² Anggraini, Larangan Praktik Monopoli, *Op.Cit.*, hal. 365-366.

3. *Bid rotation*, yaitu penentuan giliran untuk memenangkan tender antarpelaku usaha dan memastikan bahwa setiap penawar mendapat kesempatan yang sama dan adil untuk menang. Pola dimaksud umumnya dikenal sebagai tender arisan yang biasanya berbentuk perjanjian bahwa penawar yang kalah menjadi sub-kontraktor pihak yang dimenangkan.
4. *Customer and market division* berupa pembagian wilayah geografis atau pelanggan tertentu bagi masing-masing pelaku usaha sehingga bila terdapat kontrak di wilayah tertentu, maka seluruh penawar telah mengetahui penawar mana yang akan memenangkan tender.¹¹³

Konspirasi melalui persekongkolan tender merupakan perbuatan tindak pidana menurut ketentuan Pasal 1 *Sherman Act 1890*. Kejahatan tersebut dikenakan pidana denda maksimal USD 350.000,- untuk pelanggaran yang pelakunya individual dan atau pidana penjara maksimal tiga tahun, dan denda maksimal USD 10.000.000,- bagi pelanggaran yang pelakunya badan hukum apabila pelanggaran dilakukan sebelum tanggal 22 Juni 2004. Untuk pelanggaran yang terjadi setelah tanggal 22 Juni 2004, hukuman maksimalnya adalah USD 1.000.000,- untuk pelaku pelanggaran individual dan atau pidana penjara maksimal 10 tahun. Bagi badan hukum yang melakukan pelanggaran dikenakan denda maksimal USD 100.000.000,-. Pada kondisi tertentu, pidana denda tersebut dapat ditambah dua kali lipat dari keuntungan atau kerugian yang terjadi. Selain itu, individu atau badan hukum yang melanggar ketentuan tersebut diminta untuk mengembalikan *marked-up prices* kepada konsumen,

¹¹³ *Ibid*, hal, 366-377.

sedangkan konsumen yang dirugikan berhak untuk mengajukan gugatan perdata berupa ganti rugi maksimal tiga kali jumlah kerugian riil yang dideritanya, ditambah biaya perkara dan jasa pengacara.¹¹⁴ Gugatan perdata tersebut biasanya mengikuti keberhasilan tuntutan pidana pemerintah. Penekanan terhadap aspek gugatan ganti rugi secara perdata sangat penting karena gugatan tersebut dianggap efektif untuk mengurangi kelemahan pemerintah dalam menerapkan ketentuan *antitrust law (self-policing by business itself)*.¹¹⁵

Pelaksanaan penegakan hukum persaingan usaha di Amerika Serikat dilakukan oleh dua institusi, yaitu *Federal Trade Commission (FTC)* yang dibentuk berdasar *FTC Act 1914*¹¹⁶ dan *Antitrust Division of the Department of Justice (DoJ-AD)*.¹¹⁷ Ketentuan hukum Amerika Serikat menetapkan bahwa FTC berwenang melakukan penyelidikan, dengar pendapat, mengeluarkan perintah *cease and desist* dan menindak pelanggaran *antitrust law*¹¹⁸ secara perdata. Pada *FTC Act 1911* tidak

¹¹⁴ "Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing and Market Allocation in Post-Disaster Rebuilding Project," <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/disasterprimer.pdf>> 25 Juni 2008.

¹¹⁵ Adrianus Meliala ed., *Praktik Bisnis Curang*, cet. I. (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1993), hal. 150.

¹¹⁶ Amerika Serikat merupakan negara pelopor UU persaingan usaha yang menggabungkan penegakan UU perlindungan konsumen dalam pengawasan badan yang sama, dalam Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, *Op.Cit.*, hal. 204. FTC, dalam hal dan terkait dengan persekongkolan tender secara tegas mengatakan bahwa *consumer choice is a powerful incentive for the seller of any products to keep their prices low and their quality high. To ensure consumer choice, The Antitrust Law set two basic requirements as follows: companies can't agree to limit competition in the ways that hurt consumers, and a single company can't monopolize an industry through unfair practices*, dalam Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 28.

¹¹⁷ Ningrum Natasya Sirait, "Mencermati UU No. 5/1999 dalam Memberikan Kepastian Hukum Bagi Pelaku Usaha," *Jurnal Hukum Bisnis* 22 (Januari-Februari 2003): 65

¹¹⁸ Filosofi antitrust adalah menegakkan demokrasi. Hal itu berarti bahwa semakin banyak pelaku usaha yang terlibat dalam persaingan, maka monopoli kekuasaan di bidang ekonomi, sosial dan politik akan terhapus, dalam Chatamarrasjid, *Menyingkap Tabir Perseroan (Piercing the Corporate Veil): Kapita Selekta Hukum Perusahaan*, cet. I, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 116, Sedangkan yang dimaksud Antitrust Law meliputi, *the Sherman Act 1890, The Clayton Act 1914, the*

terdapat ancaman hukuman pidana,¹¹⁹ sehingga FTC tidak memiliki yurisdiksi kriminal terhadap tindak pidana pelanggaran *antitrust law*. Di lain pihak, DoJ-AD selain berwenang menangani pelanggaran terhadap *antitrust law* secara perdata, berwenang pula menangani pelanggaran ketentuan persaingan usaha dari sisi pidana sehingga tidak ada kemungkinan tumpang tindihnya kewenangan penegakan hukum persaingan usaha secara pidana.¹²⁰

C Larangan Persekongkolan Tender di Jepang

Persekongkolan tender di Jepang dikenal dengan istilah *dango*.¹²¹ Istilah tersebut diatur dalam *Shiteki Dokusen No Kinshi Oyobi Kosei Torihiki Ni Kansuru Horitsu* atau *Law Concerning The Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Fair Trade 1947* (selanjutnya disebut dengan UU Antimonopoli Jepang).¹²² Ketentuan Pasal 2 Ayat (6) UU Antimonopoli Jepang menetapkan bahwa *dango* merupakan pembatasan kegiatan bisnis yang dilakukan lewat kerjasama persekongkolan antar perusahaan atau pelaku usaha dengan cara membatasi

Federal Trade Commission Act 1914, the Robinson-Patman Act 1936, dan the Celler-Kefauver Antimerger Act 1950, dalam Nusantara, *Op.Cit.*, hal. 90-95.

¹¹⁹ Chatamarrasjid, *Op.Cit.*, hal. 119.

¹²⁰ Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 54-55.

¹²¹ "Construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," <<http://www.againstcorruption.org/briefingsitem.asp?id=8559>>, 23 April 2008.

¹²² Prayoga, *Op.Cit.*, hal. 33. Di samping itu, terdapat pula beberapa produk hukum lain yang melengkapi legislasi persaingan usaha, seperti *Act Against Delays and Payment of Subcontract Proceeds 1956* dan *Act to Subcontractory & Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations 1962*, dalam Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 52.

persaingan bisnis yang bertentangan dengan kepentingan umum (kartel).¹²³ Faktor-faktor penyebab *dango* merajalela di Jepang adalah:¹²⁴

- 1 Sejarah, setelah perang dunia kedua pemerintah Jepang mendirikan Departemen Pekerjaan Umum untuk merekonstruksi infrastruktur yang rusak dan hancur akibat perang dunia kedua.¹²⁵ Pendirian departemen tersebut menyebabkan perusahaan jasa konstruksi tumbuh pesat. Sebanyak 99% atau sekitar 520.000 perusahaan jasa konstruksi merupakan pelaku usaha kelas menengah dan kecil. Di samping itu, tenaga kerja yang terserap dalam industri jasa konstruksi mencakup hampir 6.500.000 orang atau 9% dari keseluruhan jumlah tenaga kerja di Jepang. Kondisi tersebut menyebabkan industri jasa konstruksi skala menengah dan kecil di Jepang bersaing ketat, bahkan banyak yang bangkrut akibat persaingan.¹²⁶
- 2 Mantan pejabat tinggi Jepang tetap memperoleh posisi atau kedudukan sebagai *top executives (interlocking relationship or amakudari)*¹²⁷ di beberapa

¹²³ Jon K. Gray, "Open-Competitive Bidding in Japan's Public Works Sector and Foreign Contractor Access: Recent Reforms are Unlikely to Meet Expectations," *the Columbia Journal of Asian Law* (Fall 1996): 437. Adapun pasal tersebut secara lengkap berbunyi "*business activities by which entrepreneurs by contract, agreement, or any other concerted activities mutually restrict or conduct their business activities, in such manner as to fix, maintain, or enhance prices, or to limit production, technology, products, facilities, or customers, or suppliers, thereby causing contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular of trade...*" dalam Prayoga, *Op.Cit.*, hal. 35.

¹²⁴ *In Japan's construction industry, it is understood that bid-rigging is to be rampant, particularly for government funded projects, where officials disclose bidding prices to builders in exchange of favours, in "Construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," Loc.Cit.*

¹²⁵ Gray, *Op.Cit.*, p. 431

¹²⁶ Okatani, *Op.Cit.*, p.263-264.

¹²⁷ Hal tersebut terdapat pula di beberapa perusahaan jasa konstruksi di Amerika Serikat, walaupun dalam jumlah yang kecil dan menyamakan mantan birokratnya sebagai konsultan

perusahaan jasa konstruksi berskala besar. Tawaran tersebut dimanfaatkan untuk mendapat akses dan mempermudah lobi intensif untuk memperoleh proyek-proyek konstruksi berskala besar dari pemerintah Jepang melalui jaringan yang dibina.¹²⁸ Iklim persaingan usaha tidak sehat dimaksud tentu saja tidak menguntungkan bagi perusahaan jasa konstruksi Amerika Serikat yang berpartisipasi dalam kegiatan proyek rekonstruksi di Jepang. Selain itu, praktik tersebut cenderung membuka peluang tindak pidana korupsi.¹²⁹ Sebagaimana dikemukakan di atas, *Dango* diatur dalam ketentuan Pasal 2 Ayat (6) UU Anti Monopoli Jepang termasuk kegiatan *Dango* yang dilakukan oleh asosiasi (kartel). Ketentuan Pasal 3 UU Anti Monopoli Jepang menetapkan pengawasan terhadap *Dango* sebagai larangan terhadap pembatasan kegiatan bisnis yang tidak sehat dan saat asosiasi terlibat di dalamnya. *Dango* diawasi pula melalui ketentuan Pasal 8 (ayat 1 sub 1) UU Anti Monopoli Jepang yang melarang pembatasan substansial terhadap persaingan usaha oleh asosiasi. Di Jepang, asosiasi bisa menjadi halangan untuk masuk ke pasar bersangkutan dan sering menimbulkan persekongkolan tender. Hal tersebut menyebabkan badan

profesional untuk menghindari ketentuan *Foreign Corrupt Practices Act* di Amerika Serikat, dalam Klitgaard, *Op.Cit.*, hal 151-152.

¹²⁸ Bid-rigging cases have recently come to light, in which government officials took the initiative in arranging collusion among contractors as they solicited bids for public works projects. Behind such corruption is the long-standing practice of *amakudari*, literally "descent from heaven", in which high-ranking bureaucrats take executive posts at governmental corporations and other organizations upon retirement, in The Yomiuri Shimbun, "Stiffer Penalties Alone Won't End Bid-Rigging," <<http://www.yomiuri.co.jp/dy/editorial/20080228TDY04006.htm>>. 23 April 2008.

¹²⁹ Gray, *Loc.Cit.* Lihat juga "Construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," *Loc.Cit.*, where the US has long been critical of the industry for these practices and for being closed to foreign builders. In its annual recommendations to the Japanese government, Washington has recommended Tokyo to address the widespread problem of bid-rigging, particularly bureaucrat-led bid rigging.

pengawas persaingan usaha atau *Japan Fair Trade Commission (JFTC)* pada tahun 1979 mengeluarkan dua petunjuk pelaksanaan terhadap pengawasan aktivitas asosiasi atau kartel, yaitu petunjuk pelaksanaan aktivitas asosiasi perdagangan berdasarkan UU Anti Monopoli Jepang dan petunjuk pelaksanaan untuk mencegah asosiasi bertindak sebagai fasilitator dalam persekongkolan kegiatan tender atau perilaku lain yang bertentangan dengan persaingan usaha sehat. Pada tahun 1984, JFTC mengeluarkan petunjuk pelaksanaan berdasarkan UU Anti Monopoli Jepang mengenai berbagai perilaku kegiatan asosiasi dalam industri jasa konstruksi yang terkait dengan proyek-proyek pembangunan (*Construction Industry Guidelines*). Selanjutnya, pada tahun 1994 petunjuk pelaksanaan tersebut direformulasi menjadi *Guidelines on Public Works Projects*¹³⁰ akibat banyaknya kasus *Dango* yang melibatkan asosiasi atau kartel. Implementasi UU Anti Monopoli Jepang dan peraturan perundang-undangan pelengkap lain diserahkan kepada kewenangan JFTC. Faktor-faktor yang melatarbelakangi pembentukan JFTC, adalah:

- 1 Menetralisir konflik kepentingan yang muncul dalam pelaksanaan UU Anti Monopoli Jepang, seperti *amakudari*.
- 2 Memenuhi kebutuhan lembaga otoritas persaingan usaha yang netral dan adil yang beranggotakan ahli-ahli hukum dan ekonomi dalam menegakkan hukum persaingan usaha.¹³¹

¹³⁰ Okatani, *Op.Cit.*, p. 252-253

¹³¹ Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 52-53

Berdasar undang-undang dan peraturan pelaksanaan tersebut, JFTC berwenang untuk mengawasi persekongkolan tender melalui beberapa cara:

- 1 Menghapuskan semaksimal mungkin pelanggaran melalui pembatalan perjanjian penawaran tender yang dicurigai menimbulkan tender kolusif dan publikasi tender-tender kolusif di media massa.
- 2 Mengurangi profit margin pelaku usaha yang bersekongkol dengan cara mengenakan denda atau biaya tambahan (*surcharge*) terhadap penawaran harga pemenang tender ilegal. Sistem denda atau biaya tambahan dimaksud diterapkan tahun 1977 dan kemudian diamandemen tahun 1990 terkait dengan amandemen UU Anti Monopoli Jepang. Hal tersebut dilakukan agar UU Anti Monopoli Jepang berlaku sesuai dengan ketentuan atau standar internasional. Adapun jumlah denda yang dikenakan sebesar maksimal 6% untuk perusahaan berskala besar dan 3% untuk perusahaan berskala menengah dan kecil.
- 3 Menuntut kegiatan-kegiatan yang melanggar perangkat hukum persaingan usaha secara pidana. Oleh karena itu, pada tahun 1990 JFTC mengeluarkan *Guidelines of the Fair Trade Commission Concerning Accusations of Violations of the Antimonopoly Law*. Ketentuan pidana dimaksud berupa pidana denda maksimal JPY 5.000.000,- atau pidana penjara maksimal tiga tahun atau keduanya dapat dikenakan bagi pelaku usaha yang tidak kooperatif dalam pemeriksaan perkara persekongkolan tender. Bila pelanggaran dilakukan oleh

badan hukum atau asosiasi dagang, maksimal denda yang dikenakan adalah JPY 100.000.000,-.¹³²

JFTC juga menetapkan prosedur untuk proses perolehan ganti rugi atas dasar kerugian yang diakibatkan oleh pelanggaran terhadap ketentuan persaingan usaha.

Prosedur dimaksud dapat ditempuh melalui dua cara:

- 1 Pemerintah sebagai pengguna barang dan jasa atau pihak yang dirugikan akibat *Dango* dapat mengajukan gugatan ganti rugi secara perdata sebelum putusan final JFTC. Sedangkan beban pembuktian berada di tangan pihak penggugat seperti kasus-kasus atau gugatan ganti rugi perdata biasa, sebagaimana diatur dalam Pasal 25 UU Anti Monopoli Jepang dan Pasal 709 Hukum Perdata Jepang. Terkait dengan hal tersebut, pada tahun 1991 JFTC menerbitkan *Outline of the Provision of Materials Concerning Damage Remedy Suits against Violations of the Antimonopoly Law*.¹³³
- 2 Ketentuan Pasal 15 UU Antimonopoli Jepang, memberi kemungkinan bagi pihak ketiga untuk menuntut ganti rugi atas dasar prinsip tanggungjawab mutlak (*absolute liability*) dengan menggunakan putusan final JFTC. Melalui putusan final ini, ditentukan bahwa pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan UU Antimonopoli Jepang dapat dituntut oleh pihak yang dirugikan tanpa harus membuktikan perbuatan si pelaku usaha.¹³⁴

¹³² Shingo Seryo, "Cartel and Bid Rigging in Japan," <<http://www.jftc.go.jp/eachpf/03/cartels.pdf>>, diakses 23 April 2008.

¹³³ Okatani, *Op.Cit.*, p. 254-256

¹³⁴ Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 59

Sebagaimana di Indonesia, jumlah laporan persekongkolan tender di Jepang menduduki tingkat teratas.

D Metode Pendekatan dalam Mendeteksi dan Menganalisis Persekongkolan Tender

Hukum persaingan usaha mengenal dua jenis metode pendekatan untuk menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan bisnis dianggap sebagai praktik persaingan usaha tidak sehat.¹³⁵ Pendekatan dimaksud adalah pendekatan *Per se*¹³⁶ *Illegal (Per se Violations)* dan pendekatan *Rule of Reason*.¹³⁷ Kedua metode pendekatan tersebut diterapkan untuk menilai suatu tindakan tertentu pelaku usaha yang melanggar ketentuan hukum persaingan usaha. Pendekatan *Per se Illegal* merupakan pendekatan yang menyatakan bahwa setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu adalah ilegal tanpa melalui pembuktian lebih lanjut atas dampak yang timbul dari suatu perjanjian atau kegiatan usaha. Pendekatan tersebut tidak mempertimbangkan aspek-aspek bisnis atau rasio ekonomi yang dibenarkan dari perjanjian atau kegiatan tertentu sebagai pengecualian, seperti penyesuaian perilaku dalam kegiatan persekongkolan tender yang bertujuan untuk menghindari persaingan. Manfaat penggunaan metode *Per se Illegal* adalah kemudahan dan kejelasan dalam

¹³⁵ Syamsul MaariE. *Perjanjian Penetapan Harga dalam Perspektif UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, dalam Yuhassarie, ed., *Proceedings 2004*, *Op.Cit.*, hal 160.

¹³⁶ Kata "*per se*" berasal dari bahasa Latin yang artinya *by it self, in it self; taken alone; by means of itself; in isolation; simply as such; unconnected with other matters; in its own nature without reference to its relation; inherently*; dalam Prayoga, *Op.Cit*, hal 62

¹³⁷ Sirait, *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *Op.Cit.*, hal.102

proses administratif. Selain itu, pendekatan tersebut memiliki kekuatan mengikat (*self enforcing*) yang luas daripada larangan-larangan yang tergantung pada evaluasi mengenai pengaruh pasar yang kompleks. Oleh karena itu, metode pendekatan *Per se Illegal* dapat mempersingkat proses penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Proses tersebut menjadi relatif mudah dan sederhana karena hanya mencakup identifikasi perilaku ilegal pelaku usaha dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut. Pendekatan *Per se Illegal* tidak memerlukan penyelidikan terhadap situasi dan karakteristik pasti. Oleh karena itu, pada prinsipnya terdapat dua syarat utama dalam melakukan pendekatan *Per se Illegal* yaitu:

1. Penyelidikan ditujukan dan terfokus pada perilaku bisnis daripada situasi pasar karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa melalui penyelidikan mendalam mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode *Per se Illegal* dianggap adil bila perbuatan ilegal tersebut merupakan tindakan yang disengaja yang seharusnya dihindari oleh pelaku usaha.
2. Identifikasi cepat dan mudah mengenai jenis praktik atau batasan perilaku yang dilarang sehingga penilaian atas tindakan pelaku usaha dapat ditentukan dengan mudah, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan, walaupun harus diakui bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas antara perilaku dilarang dan perilaku sah.¹³⁸

¹³⁸ A.M. Tri Anggraini, "Penerapan Pendekatan "Rule of Reason dan Per se Illegal" dalam Hukum Persaingan," *Jurnal Hukum Bisnis* 24 No.2. (2005): 5-7. Lihat juga Sirait, *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit.*, hal 102-103

Metode pendekatan *Per se Illegal* mirip dengan konsep delik formal hukum pidana. Delik formal terjadi bila unsur-unsur tindak pidana yang dicantumkan dalam undang-undang terpenuhi tanpa melihat akibat dari tindakan yang dilakukan.¹³⁹

Pendekatan *Rule of Reason* merupakan pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha sebagai evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu. Pendekatan *Rule of Reason* menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan menghambat atau mendukung persaingan. Pendekatan tersebut dipandang sebagai hukum sebab akibat karena terfokus pada tindakan pelaku usaha, baik langsung maupun tidak langsung yang berakibat merugikan pelaku usaha lain dan atau masyarakat konsumen.¹⁴⁰ Lembaga otoritas persaingan usaha memantau setiap perkembangan usaha terutama kegiatan-kegiatan yang berpotensi melanggar perangkat hukum persaingan usaha, seperti tindakan atau perjanjian yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat dan praktik monopoli. Pendekatan tersebut memungkinkan lembaga otoritas persaingan usaha menafsirkan undang-undang dan mengakomodasi tindakan-tindakan yang berbentuk "*grey area*". Melalui pendekatan *Rule of Reason*, tindakan-tindakan *grey area* diperbolehkan sepanjang berpengaruh positif terhadap persaingan. Pendekatan *Rule of Reason* merupakan jaminan bagi pelaku usaha untuk lebih leluasa mengambil langkah bisnis yang dikehendaki sepanjang hal tersebut dapat dipertanggungjawabkan.¹⁴¹ Keunggulan pendekatan *Rule of Reason* adalah penggunaan analisis efisiensi ekonomi untuk mengetahui dampak tindakan pelaku usaha terhadap persaingan usaha. Pada umumnya, hal tersebut: ditentukan melalui pernyataan atau kata-kata seperti

¹³⁹ Siswanto, *Op.Cit.*, hal. 66.

¹⁴⁰ Rachbini, "Undang-Undang Anti Praktik Monopoli", *Loc. Cit.*

¹⁴¹ Siswanto, *Op.Cit.*, hal, 66

economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources. Kelemahan pendekatan *Rule of Reason* adalah perlunya pengetahuan teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks. Aparat penegak hukum belum tentu memiliki kemampuan dan pemahaman yang memadai untuk menghasilkan keputusan rasional. Keterbatasan kemampuan dan pengalaman hakim dalam mengatasi proses litigasi yang kompleks sering menimbulkan masalah dalam sejarah sistem peradilan di Amerika Serikat. Di Indonesia, terdapat kondisi serupa karena hakim Indonesia umumnya menganut aliran positivisme atau legalistik. Di samping itu, tidak mudah untuk membuktikan kekuatan pasar tergugat mengingat penggugat harus menyediakan saksi ahli di bidang ekonomi dan bukti-bukti dokumen yang ekstensif dari pelaku usaha pesaing lain. Biasanya, penggugat hanya memiliki kemungkinan kecil untuk memenangkan perkara tersebut sehingga pendekatan *Rule of Reason* sering dianggap sebagai *Rule of Per se Legality*.¹⁴²

Pada umumnya, persekongkolan tender dianggap sebagai *Per se Illegal* bahkan masalah kegiatan tender diatur dalam UU khusus di beberapa negara yang tidak mempunyai UU Antimonopoli. Hal tersebut disebabkan oleh peluang untuk berbuat curang dalam tender kolusif yang mengakibatkan kerugian anggaran belanja negara.¹⁴³ Di Indonesia, larangan persekongkolan tender diatur dalam ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 yang menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan

¹⁴² Anggraini, "Penerapan Pendekatan Rule of Reason dan Per Se Illegal", *Op.Cit.*, hal. 9

¹⁴³ Hansen, *Op.Cit.*, hal 313

pasal tersebut menyimpulkan bahwa penyelidikan terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dilakukan melalui metode pendekatan *Rule of Reason*. Hal itu terlihat dalam kalimat yang menyatakan "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat..." Pengertian kalimat dimaksud adalah tender kolusif "dapat" dilakukan apabila tidak "...mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat..." Ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 berbeda dengan pengaturan tender di beberapa negara yang mengutamakan pendekatan *Per se Illegal*, seperti Amerika Serikat dan Jepang. Otoritas pengawas persaingan usaha dapat menjatuhkan pidana denda atau sanksi administratif terhadap pelaku usaha dan atau pengguna barang dan jasa yang terlibat bila pihak-pihak yang berpartisipasi bersepakat dan terbukti dalam kegiatan persekongkolan tender. Pendukung pendekatan tersebut berpendapat bahwa tender kolusif tidak terkait dengan struktur pasar sehingga tidak memerlukan analisis kekuatan pasar karena tidak terdapat unsur pro-persaingan.¹⁴⁴ Tender kolusif mengutamakan aspek perilaku berupa perjanjian persekongkolan yang umumnya dilakukan tanpa bukti tertulis. Konsekuensi logis pendekatan *Rule of Reason* yang dianut Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menyebabkan KPPU sulit untuk melakukan proses penyelidikan persekongkolan tender karena KPPU harus membuktikan bahwa persekongkolan tender "dapat mengakibatkan" persaingan usaha tidak sehat. Unsur dimaksud

¹⁴⁴ Angraini, *Larangan Praktik Monopoli, Op.Cit.*, hal 365.

dianggap sebagai proses pembuktian yang berlebihan sehingga menyulitkan KPPU dalam membuat putusan.¹⁴⁵

Di Amerika Serikat, persekongkolan tender diperlakukan sama dengan kartel, yakni menghukum tindakan tersebut melalui metode pendekatan *Per se Illegal*.¹⁴⁶ DoJ-AD menetapkan praktik tersebut sebagai tindakan kriminal (*overt acts*) berdasar ketentuan Pasal 1 *Sherman Act 1890* yang diancam dengan pidana denda yang tinggi dan pidana penjara. Adapun tujuan pembuktian terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 1 *Sherman Act 1890* tidak diarahkan pada dampak ekonomi atau justifikasi yuridis, seperti peningkatan daya saing produsen dan efisiensi usaha atau keuntungan substansial bagi konsumen tetapi terfokus pada eksistensi perbuatan tersebut. Oleh karena itu, dalam penyelidikan kasus-kasus pelanggaran *antitrust law*, FTC dan DoJ-AD menggunakan pembuktian langsung (*direct evidence*) dan pembuktian berdasarkan keadaan (*circumstantial evidence*)¹⁴⁷ Pembuktian tersebut terlihat dalam penerbitan publikasi DoJ-AD sebagai berikut:

"...most criminal antitrust prosecutions involve price fixing, bid rigging, market division or allocation schemes. Each of these forms of collusion may be prosecuted criminally if they occurred, at least in part, within the past five years. To prove such a crime, we do not have to show that the conspirators entered in to a formal written or express agreement. Price fixing, bid rigging, and other collusive agreements can be established either by direct evidence, such as the testimony of a participant or by circumstantial evidence, such as suspicious bid patterns, travel and expense reports, telephone records, and business diary entries. In bid rigging, it is not necessary that all bidders participate in the conspiracy. Purchasing agents and other victims also provide

¹⁴⁵ Anggraini, "Persekongkolan Penawaran Tender," *Op.Cit.*, hal.15-18.

¹⁴⁶ Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, *Op.Cit.*, hal. 100.

¹⁴⁷ A. Junaidi Masjhud, "Pembuktian Per se Rule dalam UU Anti Monopoli," <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=14562&cl=kolom>>, 25 April 2008.

helpful testimony about how they were deceived and cheated by the conspirators, which can have a substantial impact with a jury. Under the law, price fixing and bid rigging schemes are Per se Violations of the Sherman Act. This means that where such a collusive scheme has been established, it cannot be justified under the law, for example, by arguments or evidence that the agreed upon prices were reasonable, that the agreement was necessary to prevent or eliminate price cutting or ruinous competition, or that the conspirators were merely trying to make sure that each got a fair share of the market. That subverts the competitive bid process."¹⁴⁸

Di Jepang, persekongkolan tender diperlakukan sama dengan kartel yaitu menghukum tindakan tersebut melalui metode pendekatan *Per se Illegal*.¹⁴⁹ Ketentuan dimaksud diterapkan setelah UU Antimonopoli Jepang diamandemen pada tahun 1952. Adapun kategori substansi larangan *Per se Illegal* dalam ketentuan Pasal 2 Ayat (6) UU Anti Monopoli Jepang adalah hambatan yang tidak wajar dalam perdagangan (*unreasonable restraint of trade*). Hambatan tersebut mencakup kegiatan bisnis pelaku usaha yang membatasi atau melakukan kegiatan untuk menetapkan, mempertahankan atau menaikkan harga, atau membatasi produksi, teknologi, barang yang bertentangan dengan kepentingan publik atau persaingan. Latar belakang penerapan metode *Per se Illegal* dalam UU Anti Monopoli Jepang adalah:

- 1 Jepang dikenal sebagai masyarakat di mana kehidupannya berdasar kolektivitas dan konsensus. Budaya Jepang lebih mengutamakan kerja kelompok secara harmonis daripada bekerja atas dasar persaingan.

¹⁴⁸ Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing and Market Allocation in Post-Disaster Rebuilding Projects," *Loc.Cit.*

¹⁴⁹ *Hard core cartels activities, including price fixing, output restriction, bid rigging and market division are prohibited by current Japanese Cartel Law. The key component of which the existence of an agreement constituting a business restriction is a concept similar in nature to per se illegality under the United States antitrust law, in Jiro Tamamura, J.M. Gidley and Douglas M. Jasinski (White & Case LLP) "Japan Cartels, <<http://www.whitecase.com/publicationattachment/04fb4494-c715-4d1a-9be-132cb1512a86/article-japan-cartels.pdf>>, 23 April 2008.*

- 2 Menghilangkan konglomerasi, kebijakan dekonsentrasi terhadap perusahaan-perusahaan besar yang dilakukan oleh pemerintah melalui pembentukan kartel sebelum perang.¹⁵⁰

UU Antimonopoli Jepang banyak mengadopsi ketentuan *antitrust law* Amerika Serikat, seperti *Sherman Act 1890*. Oleh karena itu, JFTC dalam melakukan penyelidikan terhadap pelanggaran UU Antimonopoli menggunakan pembuktian langsung dan pembuktian berdasarkan keadaan, dengan melakukan program investigasi awal yang diperoleh lewat laporan masyarakat, pemantauan berdasarkan kecurigaan awal terhadap *Dango* maupun laporan pihak kejaksaan (*Public Prosecutors Office/PPO*) atas "*blatant violation with a significant impact on national life*" seperti *Dango*.¹⁵¹ Di Jepang, JFTC dan PPO mengharapkan peran aktif masyarakat melalui media massa dan laporan pelaku usaha yang dirugikan melalui kegiatan *Dango*. Hal tersebut karena sulitnya mendeteksi persekongkolan tender. Pada umumnya, hampir semua negara mengalami kesulitan untuk mendeteksi persekongkolan tender karena hal tersebut kadang tersamar dalam suatu regulasi internal yang mengaturnya (*behind the closed doors*).¹⁵²

¹⁵⁰ Prayoga, *Op.Cit.*, hal. 34-35, Lihat juga pendapat Kaoru Harada Deputy Director International Affairs Division JFTC, dimana dikatakan "*traditionally, Japanese government officials in charge of ordering public works, tend to get involved in the collusion of bid rigging. Such involvement is usually caused not only because of the bribery of government officials, but also because those officials believe that the allocation of the projects is good for local businesses, in Kaoru Harada, "Enforcement of the Antimonopoly Act against Cartels in Japan," <<http://www.apec.org.tw/doc/APEC-OECD/2005-8/007.pdf>>, 23 April 2008.*

¹⁵¹ Kei Amemiya, "JFTC Refers Bridge Construction Bid Rigging Case to Public Prosecutors Office for Criminal Indictment," <http://www.mofa.com/news/updates/files/update02016.html>, 5 April 2008

¹⁵² Kaoru Harada, "Enforcement of the Antimonopoly Act. Against Cartels in Japan," *Loc. Cit.*

BAB IV
ANALISIS YURIDIS PUTUSAN KPPU PADA PERKARA
PERSEKONGKOLAN TENDER DALAM PROYEK
KERJASAMA PEMERINTAH DAN SWASTA

Praktik persekongkolan untuk mengatur dan menentukan pemenang dalam kegiatan tender di lembaga atau instansi pemerintah dan perusahaan swasta merupakan praktik persaingan usaha tidak sehat yang sering ditemukan dalam kegiatan bisnis di Indonesia. Pasal 22 UU Anti Monopoli menetapkan larangan persekongkolan tender yang sangat berpotensi terjadi dalam kegiatan pengadaan barang dan atau jasa pemerintah. Dugaan persekongkolan tender merupakan perkara yang paling banyak diperiksa dan diputus oleh KPPU sebagai lembaga penegak hukum persaingan di Indonesia sejak berdiri tahun 2000.

Berkaitan dengan penulisan ini, hingga tahun 2008 KPPU telah memeriksa dan memutus 2 (dua) perkara dugaan persekongkolan tender yang berkaitan dengan proyek Kerjasama Pemerintah dan Swasta (KPS). Putusan KPPU sebagaimana dimaksud di atas adalah Putusan Perkara Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Putusan Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan/ Peremajaan Pasar Melawai Blok M Perusahaan Daerah Pasar Jaya tahun 2005.

Alasan penulis memilih penelitian mengenai perkara tender Tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Tender Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M Perusahaan Daerah Pasar Jaya tahun 2005 dalam penulisan tesis ini pertama, karena kedua perkara tersebut merupakan perkara dugaan persekongkolan tender dalam proyek kerjasama pemerintah dan swasta. Kedua, Putusan Perkara Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Putusan Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan/ Peremajaan Pasar Melawai Blok M Perusahaan Daerah Pasar Jaya tahun 2005. telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap.

A Putusan KPPU Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih

1 Latar Belakang Perkara

Perkara tersebut¹⁵³ berawal adanya laporan ke KPPU mengenai dugaan pelanggaran terhadap ketentuan pasal 22 UU Anti Monopoli. Laporan tersebut terkait dengan proses tender pembangunan Mal Prabumulih di Kota Prabumulih, Propinsi Sumatera Selatan.

Berdasarkan resume laporan diketahui dugaan pelanggaran Pasal 22 UU Anti Monopoli dilakukan oleh 7 (tujuh) pihak yaitu : PT Prabu Makmur (Terlapor I), PT Sungai Musi Perdana (Terlapor II), PT Putra Prabu (Terlapor III), PT Makassar Putra Perkasa (Terlapor IV), PT Alexindo Sekawan (Terlapor

¹⁵³ Putusan Perkara Nomor 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mall Prabumulih

V), PT Lematang Sentana (Terlapor VI) dan Ketua Panitia Lelang Barang/Jasa Pembangunan Mal Prabumulih (Terlapor VII). Para Terlapor sebagaimana disebutkan di atas diduga melakukan persekongkolan untuk mengatur dan menentukan pemenang tender antara lain dengan cara mengatur dokumen dan harga penawaran agar PT Prabu Makmur dapat memenangkan tender pembangunan Mal Prabumulih.¹⁵⁴

2 Fakta – Fakta

Selanjutnya setelah melalui tahap Pemeriksaan Pendahuluan dan Pemeriksaan Lanjutan di KPPU, Tim Pemeriksa menemukan fakta-fakta bahwa tanah yang sedianya akan dibangun Mal Prabumulih merupakan tanah milik Pemerintah Kota Prabumulih yang digunakan sebagai terminal dan pasar tradisional. Para pedagang yang menjalankan kegiatan usahanya di pasar tersebut memperoleh hak guna bangunan (HGB) yang habis masanya pada bulan Maret 2006. Sehubungan dengan berakhirnya masa HGB tersebut, Walikota dan Wakil Walikota Prabumulih berencana untuk memanfaatkan tanah tersebut dengan membangun suatu pusat perbelanjaan modern.¹⁵⁵

Untuk melaksanakan rencana tersebut dengan mengingat keterbatasan dana yang dimiliki oleh Pemerintah Kota Prabumulih, Wakil Walikota Prabumulih selaku Pelaksana tugas (Plt) memutuskan untuk melibatkan pihak swasta sebagai investor. Setelah mendengar saran dan pertimbangan dari

¹⁵⁴ *Ibid.*, hal.1.

¹⁵⁵ *Ibid.*, hal.6

Kepala Bagian Hukum Pemerintah Kota Prabumulih, Plt. Walikota Prabumulih memutuskan proses pencarian investor pembangunan pasar modern di Kota Prabumulih ini dilakukan melalui mekanisme tender.¹⁵⁶

Sebelum proses tender berjalan, seorang pengusaha bernama Ferry Sulisthio selaku Direktur PT Prabu Makmur menemui Plt. Walikota Prabumulih untuk membicarakan rencana pembangunan Mal Prabumulih dan melakukan pemaparan/presentasi untuk hal yang sama di DPRD Prabumulih dan pemerintah daerah atas persetujuan Plt. Walikota Prabumulih. Tim Pemeriksa KPPU dalam laporannya menyatakan bahwa hanya Ferry Sulisthio dari PT Prabu Makmur yang melakukan pemaparan/presentasi. Langkah lebih jauh yang dilakukan Ferry Sulisthio berkaitan dengan pembangunan Mal Prabumulih adalah dengan menjual rencana kios-kios di Mal Prabumulih melalui perusahaannya yang lain yaitu PT Putra Prabu.¹⁵⁷

Dokumen tender yang dijadikan pedoman oleh Panitia Tender maupun perusahaan peserta tender diantaranya menyatakan harga penawaran harus ditulis dengan jelas dalam angka dan huruf dan dalam hal angka dan huruf berbeda, maka yang digunakan adalah dalam huruf. Apabila harga penawaran dalam huruf tidak bisa diartikan/tidak bermakna, maka pada saat pembukaan penawaran ditulis "TIDAK JELAS". Selain hal di atas dokumen tender juga menyatakan pada pada tahap evaluasi penawaran peserta tidak boleh

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

digugurkan dan harga penawaran yang berlaku adalah harga penawaran terkoreksi.¹⁵⁸

Pelaksanaan tender untuk mendapatkan investor yang akan melakukan pembangunan Mal Prabumulih dimulai pada tanggal 10 September 2006 yang ditandai dengan pengumuman tender di Harian Sriwijaya Post dan Harian Media Indonesia. Pada hari berikutnya tanggal 11 September 2006 hingga 30 September 2006 proses tender dilanjutkan dengan tahap pendaftaran dan pengambilan dokumen tender. Di tengah masa pendaftaran dan pengambilan dokumen tender yaitu tanggal 16 Oktober 2006, Panitia melaksanakan *aanwijzing/penjelasan*. Pemasukan dokumen penawaran dari para pelaku usaha yang berminat menjadi investor dilakukan pada tanggal 31 Oktober 2006. Pada tahapan ini terdapat 7 (tujuh) pelaku usaha yang memasukkan dokumen penawaran yaitu PT Prabu Makmur, PT Makassar Putra Perkasa, PT Sungai Musi Perdana, PT Tiga Reksa Persada, PT Lematang Sentana, PT Alexindo Sekawan dan PT Putra Prabu. Pada saat pembukaan penawaran diketahui bahwa tidak ada satupun dari peserta yang memenuhi persyaratan sehingga Panitia Tender menyatakan tender gagal dan mengusulkan kepada Plt. Walikota Prabumulih untuk mengulang tender. Berdasarkan usulan dari Panitia Tender, Plt. Walikota Prabumulih menyetujui untuk mengulang tender.¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Ibid.*, hal.7

¹⁵⁹ *Ibid.*

Pada tanggal 3 November 2006, Panitia tender kembali mengumumkan adanya tender pembangunan Mal Prabumulih melalui Harian Sriwijaya Post dan Harian Media Indonesia. Pada tanggal 6 November 2006 sampai dengan 17 November 2006 merupakan tahap pendaftaran dan pengambilan dokumen tender bagi pelaku usaha yang berminat. Sebagaimana dalam tender sebelumnya, Panitia Tender melakukan *aanwijzing* ditengah masa pendaftaran dan pengambilan dokumen tender. Pada tanggal 20 November 2006, Panitia Tender membuka dokumen penawaran dari para pelaku usaha yang berminat dan memasukkan penawarannya. Terdapat 7 (tujuh) perusahaan/pelaku usaha yang memasukkan dokumen penawaran yaitu: PT Makassar Putra Perkasa, PT Sungai Musi Perdana, PT Prabu Makmur, PT Tiga Reksa Persada, PT Lematang Sentana, PT Alexindo Sekawan dan PT Putra Prabu. Ketujuh pelaku usaha memasukkan penawarannya sebagai berikut:¹⁶⁰

Tabel harga penawaran dan besaran kontribusi yang diberikan oleh peserta kepada Pemerintah Kota Prabumulih.

No.	Peserta	Harga Penawaran (Rp)	Kontribusi
1.	PT Makassar Putra Perkasa	78.234.424.000	600.000.000
2.	PT Sungai Musi Perdana	90.138.260.000	3.000.000.000
3.	PT Prabu Makmur	89.688.340.000	4.000.000.000
4.	PT Tiga Reka Persada	76.000.000.000	1.080.000.000

¹⁶⁰ *Ibid.*, hal.8.

5.	PT Lematang Sentana	85.463.500.000	570.000.000
6.	PT Alexindo Sekawan	73.825.000.000	610.000.000
7.	PT Putra Prabu	91.474.500.000	7.500.000.000

Panitia Tender menyatakan surat penawaran PT Putra Prabu tidak sah dengan alasan ketidaksesuaian antara nilai penawaran dalam bentuk angka dengan nilai penawaran dalam bentuk huruf (terbilang). Dengan dinyatakan tidak sah surat penawarannya sama artinya PT Putra Prabu digugurkan dan tidak dapat mengikuti proses selanjutnya meskipun tidak ada aturan atau ketentuan dalam dokumen tender yang menyatakan bahwa dalam pembukaan dokumen sudah dapat menggugurkan peserta. Ternyata kesalahan penulisan PT Putra Prabu juga terjadi pada surat penawaran PT Tiga Reka Persada namun Ketua Panitia Lelang tidak menggugurkan penawaran PT Tiga Reka Persada dengan alasan Panitia Tender tidak teliti dalam melihat dokumen penawaran sehingga PT Tiga Reka Persada sehingga lolos ke tahap evaluasi administrasi. Tahap berikutnya setelah memasukkan dokumen penawaran adalah evaluasi dokumen penawaran dalam bentuk evaluasi administrasi, teknis dan harga. Evaluasi administrasi dilakukan oleh Panitia Tender terhadap 6 (enam) peserta tender yaitu PT Makassar Putra Perkasa, PT Sungai Musi Perdana, PT Prabu Makmur, PT Tiga Reksa Persada, PT Lematang Sentana dan PT Alexindo Sekawan, sedangkan dokumen penawaran PT Putra Prabu tidak dilakukan evaluasi. Evaluasi dokumen penawaran dilaksanakan pada tanggal 21 November 2006

dan hasil dari evaluasi administrasi, Panitia Tender menyatakan 4 (empat) peserta tidak lolos (gugur) dengan penjelasan sebagai berikut:¹⁶¹

Tabel peserta yang gugur pada tahap evaluasi administrasi dengan penjelasannya.

No.	Peserta	Penjelasan
1.	PT Tiga Reka Persada	1. Tidak ada SPT/PPh/PPN; 2. Tidak melampirkan SBU;
2.	PT Alexindo Sekawan	1. Tidak ada laporan bulanan PPh/PPn; 2. Tidak melampirkan SBU
3.	PT Makassar Putra Perkasa	1. Tidak ada NPWP; 2. Tidak ada SPT/PPh/PPN; 3. Tidak melampirkan SBU.
4.	PT Lematang Sentana	1. Tidak ada SPT/PPh/PPN; 2. SBU tidak sesuai dengan pekerjaan yang dilelangkan; 3. Pengalaman pekerjaan tidak sesuai.

Meskipun Panitia Tender menyatakan 4 (empat) peserta tender tidak lolos evaluasi administrasi, meski demikian penawaran harga keempat peserta tersebut tetap dilakukan koreksi aritmatik dengan hasil sebagai berikut:¹⁶²

¹⁶¹ *Ibid.*, hal.9.

¹⁶² *Ibid*

Tabel hasil koreksi aritmatik terhadap penawaran para peserta tender.

No.	Peserta	Harga Penawaran (Rp)	Harga Terkoreksi (Rp)
1.	PT Prabu Makmur	89.688.340.000	90.014.371.000
2.	PT Sungai Musi Perdana	90.138.260.000	90.483.097.000
3.	PT Tiga Reka Persada	76.000.000.000	76.207.937.000
4.	PT Makassar Putra Perkasa	78.234.424.000	78.559.007.000
5.	PT Lematang Sentana	85.463.500.000	85.820.541.000
6.	PT Putra Prabu	91.474.500.000	74.110.177.000

Pada tanggal 22 November 2006, Panitia Tender melakukan evaluasi teknis terhadap 2 (dua) peserta tender yang lolos evaluasi administrasi yaitu PT Prabu Makmur dan PT Sungai Musi Perdana dan keduanya dinyatakan lolos evaluasi teknis oleh Panitia Tender. Lolosnya kedua peserta tender dari tahap evaluasi membawa pada tahap selanjutnya yaitu evaluasi harga penawaran. Hasil dari evaluasi harga penawaran adalah sebagai berikut:¹⁶³

Tabel hasil evaluasi harga penawaran

No.	Peserta	Harga Penawaran (Rp)	Kontribusi (Rp)	Ket
1.	PT Prabu Makmur	89.688.340.000	4.000.000.000	Wajar
2.	PT Sungai Musi Perdana	90.138.260.000	3.000.000.000	Wajar

¹⁶³ *Ibid.*

Pada tanggal 28 November 2006, Panitia Tender mengusulkan kepada Pengelola Barang/Jasa kegiatan pembangunan Mal Kota Prabumulih untuk menetapkan pemenang lelang berdasarkan hasil evaluasi administrasi, teknis dan harga sebagai berikut:¹⁶⁴

Tabel usulan calon pemenang tender Mal Prabumulih

Usulan	Peserta	Harga Penawaran (Rp)	Harga Terkoreksi (Rp)	Kontribusi (Rp)
Calon Pemenang I	PT Prabu Makmur	89.688.340.000	90.014.371.000	4.000.000.000
Calon Pemenang II	PT Sungai Musi Perdana	90.138.260.000	90.483.097.000	3.000.000.000

Penentuan pemenang didasarkan bukan hanya pada harga penawaran bangunan tetapi juga berdasarkan besaran kontribusi yang bisa diberikan kepada Pemerintah Kota Prabumulih. Akhirnya pada tanggal 30 November 2006, Panitia Tender mengumumkan PT Prabu Makmur sebagai pemenang tender pembangunan Mal Prabumulih dengan nilai bangunan Rp. 90.014.371,- (sembilan puluh milyar empat belas juta tiga ratus tujuh puluh satu ribu rupiah) dengan nilai kontribusi kepada Pemerintah Kota Prabumulih sebesar Rp. 4.000.000,- (empat milyar rupiah).¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Ibid.*, hal.10.

¹⁶⁵ *Ibid.*

Di dalam putusaannya, KPPU juga mengungkapkan fakta-fakta tentang pelaku usaha peserta tender dimana Ferry Sulisthio merupakan satu-satunya peserta lelang yang melakukan pemaparan/presentasi tentang rencana pembangunan mal di Kantor Pemerintah Daerah dan di DPRD Kota Prabumulih sebelum dilaksanakan Tender.¹⁶⁶

Atas saran dari Panitia Tender, Ferry Sulisthio juga diminta untuk mencari perusahaan lainnya sebagai peserta pendamping agar jumlah peserta yang mendaftar dapat memenuhi persyaratan yang sah yaitu minimal ada 5 (lima) perusahaan yang mendaftar. Dalam rangka memenuhi saran tersebut, Ferry Sulisthio mengajukan penawaran melalui PT Prabu Makmur dan memberikan kuasa kepada tiga perusahaan miliknya yang lain yaitu PT Putra Prabu, PT Sungai Musi Perdana, dan PT. Makassar Putra Perkasa sebagai peserta tender.¹⁶⁷

Khusus untuk PT Sungai Musi Perdana pada saat perkara ini diperiksa KPPU telah bubar dan sepanjang berdirinya perusahaan tersebut hanya sekali ikut tender yaitu tender pembangunan Mal Prabumulih.¹⁶⁸

Peranan Ferry Sulisthio yang lain dalam tender ini adalah dengan menyuruh Andy untuk menghitung harga penawaran PT Putra Prabu dan menempatkan Andy sebagai kuasa direksi pada PT Lematang Sentana dengan memalsukan tanda tangan Jusuf Chandra (direktur dan pemilik PT Lematang

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, hal.11.

¹⁶⁸ *Ibid.*

Sentana) serta meminjam dokumen PT Lematang Sentana tanpa sepengetahuan pemiliknya melalui Alex Suherman.¹⁶⁹

Alex Suherman dalam perkara ini adalah direktur dan pemilik PT Alexindo Sekawan. PT Alexindo Sekawan dipinjam oleh Ferry Sulisthio. Keikutsertaan PT Alexindo Sekawan dalam tender ini melalui Freddy Effendy yang merupakan karyawan paruh waktu Ferry Sulisthio dengan mendapatkan kuasa direksi dari Alex Suherman.¹⁷⁰

Tindakan Ketua Panitia Tender yang terungkap dalam pemeriksaan KPPU adalah selama proses evaluasi penawaran berlangsung, yang bersangkutan sedang menjalani tugas luar kota sehingga tidak turut dalam proses evaluasi penawaran.¹⁷¹

3 Pertimbangan Majelis KPPU

Penilaian Majelis Komisi sebelum memutus perkara ini telah memberikan penilaian berkaitan dengan identitas terlapor, kegiatan pra tender, dokumen tender, pelaksanaan tender dan tindakan para terlapor.

Penilaian Majelis Komisi tentang identitas terlapor menyatakan bahwa PT Prabu Makmur, PT Sungai Musi Perdana, PT Putra Prabu, PT Makassar Putra Perkasa, PT Alexindo Sekawan dan PT Lematang Sentana merupakan subyek hukum pelaku usaha terlapor sebagaimana dimaksudkan dalam UU Nomor 5

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

Tahun 1999. Sedangkan Panitia Tender dalam pertimbangan Majelis Komisi juga merupakan terlapor.

Berkaitan dengan kegiatan pra tender, Majelis Komisi dalam putusannya menilai tindakan Ferry Soelisthio (Direktur dan pemilik PT. Prabu Makmur) yang menghubungi Plt. Walikota untuk meminta ijin dan melakukan pemaparan baik di kantor Pemerintah Kota Prabumulih dan DPRD Kota Prabumulih merupakan upaya melakukan pendekatan dan kesepakatan-kesepakatan dengan penyelenggara sebelum pelaksanaan tender adalah bentuk-bentuk persekongkolan tender. Penilaian Majelis Komisi lainnya berkaitan dengan kegiatan pra tender adalah tindakan Ferry Soelisthio yang sudah menjual rencana kios-kios kepada para pedagang baik dari Prabumulih maupun dari Palembang atas nama rekening PT. Putra Prabu di Bank Mandiri sebelum dilakukan tender pembangunan mal tersebut merupakan tindakan yang memastikan bahwa salah satu perusahaan milik Ferry Soelisthio adalah pemenang dalam tender tersebut.¹⁷²

Penilaian Majelis Komisi berkaitan dengan dokumen tender dalam perkara ini adalah telah dijelaskan dalam dokumen lelang apabila terjadi perbedaan antara angka dan huruf maka yang digunakan adalah dalam huruf dan telah dijelaskan pula dalam evaluasi penawaran tidak boleh digugurkan.¹⁷³

¹⁷² *Ibid.*, hal.15.

¹⁷³ *Ibid.*

Untuk pelaksanaan tender dalam perkara ini, Majelis Komisi memberikan penilaian bahwa PT. Putra Prabu seharusnya menjadi pemenang karena memiliki nilai kontribusi terbesar dan seharusnya tidak boleh digugurkan dalam evaluasi penawaran sehingga tindakan Panitia Tender menggugurkan PT. Putra Prabu dan memenangkan PT. Prabu Makmur merupakan tindakan menghambat persaingan yang sehat dan tindakan yang mengatur dan menentukan pemenang tertentu. Majelis Komisi juga menilai tindakan Panitia Tender tersebut menyebabkan terjadinya potensi kerugian (*potential loss opportunity*) pendapatan Pemerintah Kota Prabumulih sebesar Rp. 87,5 milyar yang berasal dari selisih kontribusi PT. Putra Prabu dengan PT. Prabu Makmur selama 25 tahun.¹⁷⁴

Tentang tindakan para Terlapor, penilaian Majelis Komisi adalah, PT. Lematang Sentana tidak mengikuti dan tidak terlibat dalam persekongkolan lelang pembangunan Mal di Kota Prabumulih tahun 2006 dan PT Prabu Makmur, PT Sungai Musi Perdana, PT Putra Prabu, PT Alexindo Sekawan, dan Panitia Tender terlibat dalam persekongkolan lelang pembangunan Mal di Kota Prabumulih tahun 2006.¹⁷⁵

Berdasarkan penilaian tersebut Majelis Komisi berkesimpulan telah terjadi persekongkolan vertikal antara Ferry Sulisthio melalui PT Prabu

¹⁷⁴ *Ibid.*, hal.16.

¹⁷⁵ *Ibid.*

Makmur sebagai pemenang tender dengan Panitia Tender dan persekongkolan horisontal diantara para peserta tender.

4 Putusan Majelis KPPU

Diakhir proses pemeriksaan berdasarkan kesimpulan di atas, Majelis Komisi mengambil putusan terhadap perkara tender pembangunan Mal Prabumulih sebagai berikut:¹⁷⁶

- a. Menyatakan PT Prabu Makmur, PT Sungai Musi Perdana, PT Putra Prabu, PT Makassar Putra Perkasa, PT Alexindo Sekawan dan Panitia Tender terbukti Pasal 22 UU Anti Monopoli.
- b. Menyatakan PT Lematang Sentana tidak terbukti melanggar Pasal 22 UU Anti Monopoli.
- c. Membatalkan hasil tender pembangunan Mal di Kota Prabumulih tahun 2006;
- d. Menghukum PT Prabu Makmur, PT Sungai Musi Perdana, PT Putra Prabu, PT Makassar Putra Perkasa dan PT Alexindo Sekawan untuk tidak mengikuti tender di seluruh instansi Pemerintah Kota Prabumulih selama 2 (dua) tahun sejak Putusan ini memiliki kekuatan hukum tetap;
- e. Menghukum PT Prabu Makmur, PT Sungai Musi Perdana, PT Putra Prabu, PT Makassar Putra Perkasa dan PT Alexindo Sekawan untuk

¹⁷⁶ *Ibid.*, hal.22.

membayar denda masing-masing sebesar Rp1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) apabila melanggar butir d.

B Putusan KPPU Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Pasar Melawai Blok M

1 Latar Belakang Perkara

Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007 adalah perkara dugaan pelanggaran persekongkolan Tender Pembangunan/ Peremajaan Pasar Melawai Blok M Perusahaan Daerah Pasar Jaya tahun 2005. Perkara ini berawal dari adanya laporan mengenai dugaan pelanggaran pasal 22 UU Anti Monopoli.

Berdasarkan resume laporan diketahui dugaan pelanggaran Pasal 22 UU Anti Monopoli dilakukan oleh 5 (lima) pihak yaitu : Perusahaan Daerah Pasar Jaya (Terlapor I), PT Melawai Jaya Realty (Terlapor II), PT Wijaya Wisesa (Terlapor III), PT Cipta Gemilang Sejahtera (Terlapor IV) dan PT Santika Tirtautama (Terlapor V).¹⁷⁷

2 Fakta – Fakta

Pasar Melawai Blok M merupakan salah 1 (satu) pasar yang diprogramkan untuk dibangun melalui kerjasama dengan pihak ketiga. Proses penentuan pihak ketiga yang akan membangun pasar dilakukan melalui proses tender.

¹⁷⁷ Putusan Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan/Peremajaan Pasar Melawai Blok M.

Seperti pada umumnya pengadaan, pembangunan/peremajaan Pasar Melawai Blok M dimulai dengan adanya pengumuman di Harian Media Indonesia dan papan pengumuman PD Pasar Jaya pada tanggal 20 Agustus 2005. Pada pengumuman yang terpasang di papan pengumuman PD Pasar Jaya memuat syarat pendaftaran diantaranya:¹⁷⁸

- a. Memiliki/berbentuk Badan Hukum Perseroan Terbatas (PT).
- b. Memiliki bonafiditas permodalan yang baik dan memadai sesuai besaran proyek yang akan dikerjasamakan dengan melampirkan laporan keuangan 1 (satu) tahun terakhir. Jika perusahaan tersebut masih baru atau baru didirikan dan belum memiliki laporan keuangan, maka harus mempunyai perusahaan induk (holding company) yang memiliki kemampuan finansial yang baik dan dapat dibuktikan dengan neraca 3 (tiga) tahun terakhir.
- c. Memiliki SIUP yang masih berlaku atau Sertifikat Badan Usaha dalam bidangnya.
- d. Surat Keterangan Domisili Perusahaan dari kecamatan setempat.
- e. Dokumen pendaftaran tersebut harus sudah disampaikan dan diterima di PD Pasar Jaya selambat-lambatnya tanggal 25 Agustus 2005.

Meski rencana pembangunan pasar Blok M telah diprogramkan namun PD Pasar Jaya tidak menyebutkan bentuk kerjasama pada pengumuman.

¹⁷⁸ *Ibid.*, hal.6.

Peraturan yang mendasari kerjasama perusahaan daerah dengan pihak ketiga adalah Keputusan Menteri Dalam Negeri (Kepmendagri) No. 43 Tahun 2000 tentang Pedoman Kerjasama Perusahaan Daerah dengan Pihak Ketiga, Surat Keputusan Gubernur DKI Jakarta No. 39 Tahun 2002 tentang Ketentuan Pelaksanaan Kerjasama Perusahaan Daerah Provinsi DKI Jakarta dengan Pihak Ketiga dan Surat Keputusan Direksi Perusahaan Daerah Pasar Jaya No. 420 Tahun 2003 tentang Ketentuan Pelaksanaan Kerjasama Perusahaan Daerah Pasar Jaya dengan pihak ketiga.¹⁷⁹

Setelah pengumuman tercatat 3 (tiga) perusahaan yang berminat dalam Pembangunan Kembali Pasar Melawai Blok M, dengan mendaftar dan mengajukan surat permohonan kepada PD Pasar Jaya. Ketiga perusahaan tersebut adalah PT Santika Tirtautama, PT Cipta Gemilang Sejahtera dan PT Wijaya Wisesa. PT Santika Tirtautama mengajukan surat permohonan tanggal 5 September yang pada pokoknya merencanakan membangun 7 lantai untuk pertokoan termasuk basement serta 100 unit apartement dan bentuk kerjasama yang ditawarkan adalah *joint venture* yaitu membentuk perusahaan baru dengan komposisi kepemilikan saham yang sesuai dengan kesepakatan. Berikutnya PT Cipta Gemilang Sejahtera mengajukan surat permohonan tanggal 8 September 2005 yang pada intinya berniat membangun kembali Kawasan Melawai Aldiron menjadi Centra Business Secunder yang sesuai dengan konsep pusat perbelanjaan modern 5 lantai dengan Bentuk kerjasama yang ditawarkan adalah

¹⁷⁹ *Ibid.*

sistem BOT (*Build Operate and Transfer*) untuk jangka waktu 30 tahun dengan opsi perpanjangan 20 tahun. Perusahaan lain yang berminat adalah PT Wijaya Wisesa yang mengajukan surat permohonan tanggal 22 September 2005 dan merencanakan untuk membangun pusat perbelanjaan 8 lantai yang terdiri dari *retail center*, *entertainment center* dan *food court*. Bentuk kerjasama yang ditawarkan adalah BTO (*Build Transfer Operate*) dan penyertaan modal yang ditetapkan oleh PD Pasar Jaya dengan nilai kompensasi yang akan dihitung kemudian.¹⁸⁰

Bagi PD Pasar Jaya secara garis besar persyaratan yang harus dipenuhi oleh para developer adalah sebagai berikut.¹⁸¹

- a. Bentuk/model kerjasama mengacu pada SK Gubernur Nomor 39 Tahun 2002.
- b. Calon developer harus membuat studi kelayakan atau proposal.
- c. Bangunan hasil peremajaan merupakan hak PD Pasar Jaya tanpa ikatan hukum dengan pihak manapun.
- d. Calon developer wajib memberikan bank guarantee atau surat pernyataan dari bank pemerintah atau bank swasta besar dalam negeri maupun luar negeri, yang menyatakan bahwa calon developer mempunyai kesanggupan dan kemampuan membiayai dan melaksanakan proyek peremajaan dan penataan Pasar Melawai

¹⁸⁰ *Ibid.*, hal.7

¹⁸¹ *Ibid.*

Blok M serta telah dikonfirmasi oleh PD Pasar Jaya kepada bank yang bersangkutan.

- e. Penetapan terhadap hak dan kewajiban sangat tergantung pada study kelayakan yang dibuat atau kondisi harga pasaran yang berlaku pada saat itu.
- f. Penempatan pedagang lama harus diutamakan untuk mendapat tempat di bangunan baru.
- g. Calon developer tidak boleh mengalihkan/memindahtangankan perjanjian kerjasama, kecuali kepada anak perusahaan atau induk perusahaan setelah mendapat persetujuan tertulis dari PD Pasar Jaya.
- h. Segala biaya yang timbul sejak dibuat MOU sampai dengan pelaksanaan kerjasama, menjadi beban sepenuhnya calon developer.
- i. Subsidi kepada para pedagang lama.
- j. Besarnya kompensasi yang dapat diberikan kepada PD Pasar Jaya.

Menanggapi surat permohonan tersebut, PD Pasar Jaya mengundang ketiga perusahaan tersebut untuk melakukan pembahasan rencana kerjasama pembangunan kembali Pasar Melawai Blok M pada tanggal 12 Oktober 2005 dengan hasil sebagai berikut:¹⁸²

¹⁸² *Ibid.* hal.8.

- a. PT Santika Tirtautama tidak bersedia dengan bentuk kerjasama BTO (*Build Transfer Operate*) dengan penyertaan modal yang ditetapkan oleh PD Pasar Jaya dan tetap berkeinginan kerjasama dalam bentuk joint venture.
- b. PT Cipta Gemilang Sejahtera tidak bersedia dengan kerjasama BTO (*Build Transfer Operate*) dengan penyertaan modal yang ditetapkan oleh PD Pasar Jaya dan tetap berkeinginan kerjasama dalam bentuk BOT (*Build Operate Transfer*).
- c. PT Wijaya Wisesa bersedia dengan kerjasama BTO (*Build Transfer Operate*) dan penyertaan modal yang ditetapkan oleh PD Pasar Jaya dan nilai kompensasi yang akan dihitung kemudian.

Untuk menindaklanjuti hasil pertemuan antara PD Pasar Jaya dengan ketiga perusahaan tersebut, PD Pasar Jaya mengadakan rapat internal tanggal 14 Oktober 2005 dan diputuskan bahwa calon developer yang memenuhi persyaratan adalah PT Wijaya Wisesa. Hasil rapat internal ini disampaikan kepada masing-masing peserta melalui surat tanggal 17 Oktober 2005. PD Pasar Jaya menilai sistem kerjasama BTO yang ditawarkan PT Wijaya Wisesa lebih menguntungkan.¹⁸³

Langkah selanjutnya PD Pasar Jaya dan PT Wijaya Wisesa mewujudkan bentuk kerjasamanya dalam bentuk Memorandum of Understanding (MoU) pada tanggal 31 Oktober 2005 dan berdasarkan MoU tersebut, PT Wijaya

¹⁸³ *Ibid.* hal.7-8.

Wisesa dapat menggunakan/menunjuk anak perusahaannya untuk menandatangani dan melaksanakan Perjanjian Kerjasama dengan memenuhi ketentuan dan persyaratan yang ditetapkan dalam Surat Keputusan Gubernur Propinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 39 Tahun 2002 tentang Ketentuan Pelaksanaan Kerjasama Perusahaan Daerah Provinsi DKI Jakarta dengan Pihak Ketiga dan Surat Keputusan Direksi PD Pasar Jaya Nomor 420 Tahun 2003. Untuk melaksanakan pekerjaan tersebut, PT Wijaya Wisesa menunjuk anak perusahaannya yaitu PT Melawai Jaya Realty dan penandatanganan perjanjian kerjasama antara PD Pasar Jaya dan PT Melawai Jaya Realty dilakukan tanggal 17 Mei 2006. Perjanjian kerjasama tersebut diantaranya menyepakati perkiraan biaya proyek dalam adalah sebesar Rp. 581.539.193.504 (lima ratus delapan puluh satu milyar lima ratus tiga puluh sembilan juta seratus sembilan puluh tiga ribu lima ratus empat puluh) yang terdiri dari biaya fisik dan pajak Rp. 494.698.107.223,- (empat ratus sembilan puluh empat milyar enam ratus sembilan puluh delapan juta seratus tujuh ribu dua ratus dua puluh tiga rupiah) serta biaya non fisik dan pajak Rp. 86.841.086.281,- (delapan puluh enam milyar delapan ratus empat puluh satu juta delapan puluh enam ribu dua ratus delapan puluh satu rupiah). Perjanjian kerjasama tersebut juga menyepakati PD Pasar Jaya menerima biaya kompensasi sebesar Rp. 50.000.000.000,- (lima puluh milyar) dan penggantian biaya pembangunan tempat penampungan sementara sebesar Rp.

2.773.720.000,- (dua milyar tujuh ratus tujuh puluh tiga juta tujuh ratus dua puluh ribu rupiah).¹⁸⁴

Fakta lain mengungkapkan PT Wijaya Wisesa tidak pernah menyerahkan *bank guarantee* meskipun telah dipersyaratkan dalam SK Gubernur DKI Jakarta Nomor 39 Tahun 2002. PT Wijaya Wisesa hanya menyerahkan referensi bank dengan alasan sudah menyetorkan kompensasi kepada PD Pasar Jaya maka *bank guarantee* dapat digantikan dengan referensi bank. Meskipun demikian PD Pasar Jaya tetap menunjuk PT Wijaya Wisesa.¹⁸⁵

PT Melawai Jaya Realty sengaja didirikan untuk lebih memfokuskan pada proyek pembangunan /peremajaan kembali Pasar Melawai Blok M. PT. Melawai Jaya Realty sebelumnya merupakan perusahaan yang tidak aktif dengan nama PT. Inter Buana Semesta. Semula komposisi kepemilikan saham PT Melawai Jaya Realty adalah 92,5% milik PT Wijaya Wisesa dan 7,5% milik PT Inti Karya Prada. Dalam perkembangannya terjadi perubahan atas komposisi kepemilikan saham PT Melawai Jaya Realty menjadi 67,5% milik PT Sunter Agung Podomoro, 25% milik PT Wijaya Wisesa dan 7,5% milik PT Inti Karya Prada. Masuknya PT Sunter Agung Podomoro karena PT Melawai Jaya Realty mengalami kesulitan penjualan sehingga PT Wijaya Wisesa

¹⁸⁴ *Ibid.* hal.9.

¹⁸⁵ *Ibid.*

menjual sebagian sahamnya kepada PT Sunter Agung Podomoro dengan tujuan untuk meningkatkan kemampuan marketing.¹⁸⁶

Dalam perkara ini juga terdapat fakta adanya jabatan rangkap diantara perusahaan yang mengajukan proposal yaitu Eddy Wijaya sebagai Direktur dan pemilik PT Santika Tirtautama sekaligus menjabat sebagai Direktur PT Wijaya Wisesa. Meskipun demikian Eddy Wijaya sudah tidak aktif di PT Wijaya Wisesa karena yang bersangkutan lebih aktif di PT Santika Tirtautama yang prioritas bisnisnya pada bidang perminyakan, sedangkan Herry Wijaya selaku Direktur PT Wijaya Wisesa (kakangandung Eddy Wijaya) tidak tahu jika Eddy Wijaya mengikuti Proyek Pembangunan/Peremajaan Pasar Blok M. Ketidaktahuan ini karena keikutsertaan PT Santika Tirtautama dilakukan oleh karyawan tidak tetapnya yaitu Gunawan.¹⁸⁷

3 Pertimbangan Majelis KPPU

Terhadap fakta-fakta dalam pemeriksaan, Majelis Komisi memberikan penilaannya mengenai identitas terlapor, obyek perkara, persekongkolan vertikal dan persekongkolan horisontal.

Penilaian Majelis Komisi tentang identitas terlapor menyatakan bahwa PD Pasar Jaya merupakan perusahaan daerah yang tugas pokoknya melakukan pelayanan umum dalam bidang perpasaran dan ikut menciptakan stabilitas

¹⁸⁶ *Ibid.* hal.14.

¹⁸⁷ *Ibid.* hal.16.

harga dan kelancaran distribusi. Sedangkan PT Melawai Jaya Realty, PT Wijaya Wisesa, PT Cipta Gemilang Sejahtera, PT Santika Tirta Utama merupakan subyek hukum pelaku usaha terlapor sebagaimana dimaksudkan dalam UU Nomor 5 Tahun 1999.¹⁸⁸

Berkaitan dengan obyek perkara ini Majelis Komisi mendasarkan pada Buku Pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999¹⁸⁹ dan berpendapat dalam pembangunan/ peremajaan Pasar Melawai Blok M tahun 2005, PD Pasar Jaya menawarkan kerjasama kepada para calon developer untuk menyediakan jasa membangun, mengelola dan memasarkan kios-kios di Pasar Melawai Blok M. Ada 3 (tiga) calon investor yang mengajukan proposal kerjasama untuk menyediakan jasa membangun, mengelola dan memasarkan kios-kios di Pasar Melawai Blok M kepada PD Pasar Jaya proposal kerjasama yang diajukan adalah penawaran mengenai kompensasi dan nilai bangunan yang akan diserahkan kepada PD Pasar Jaya. Bahwa dengan demikian Majelis Komisi berpendapat telah terjadi proses tender dalam pemilihan calon developer/investor Pasar Melawai Blok M yang dilakukan oleh PD Pasar Jaya untuk membangun, mengelola dan memasarkan kios-kios di Pasar Melawai Blok M.¹⁹⁰

¹⁸⁸ *Ibid.*, hal.35.

¹⁸⁹ pengertian tender mencakup tawaran mengajukan harga untuk memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan dan atau jasa, mengadakan barang dan atau jasa, membeli suatu barang dan atau jasa, menjual suatu barang dan atau jasa.

¹⁹⁰ Putusan Perkara Nomor 23/KPPU-L/2007, *Op.Cit.*, hal.36

Mengenai persekongkolan vertikal Majelis Komisi berpendapat ketentuan/aturan dalam pemilihan calon investor atau pihak ketiga untuk melakukan kerjasama dengan PD Pasar Jaya dalam proses pembangunan/peremajaan Pasar Melawai Blok M adalah SK Gubernur DKI No. 39 Tahun 2002 yang berisi persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi oleh calon investor, diantaranya adalah garansi bank untuk membuktikan bonafiditas calon investor. PD Pasar Jaya tetap menerima dan memilih PT Wijaya Wisesa sebagai calon developer/investor untuk melakukan pembangunan/peremajaan Pasar Melawai Blok M meskipun tidak menyerahkan *bank guarantee* sebagai persyaratan yang harus dipenuhi calon investor. Majelis Komisi berpendapat seharusnya PT Wijaya Wisesa memenuhi persyaratan tersebut sebagai bukti bonafiditas perusahaan dan tidak digantikan dalam bentuk kompensasi sebesar 15.000.000.000,- (lima belas milyar rupiah) yang diserahkan oleh PT. Melawai Jaya Realty yang merupakan anak perusahaan PT Wijaya Wisesa. Meskipun demikian Majelis Komisi berpendapat PD Pasar Jaya telah melakukan kelalaian dan kesalahan prosedur dengan tetap memilih PT Wijaya Wisesa sebagai calon developer/investor untuk Pembangunan Pasar Melawai Blok M meskipun tidak menyerahkan *bank guarantee*.¹⁹¹

Mengenai persekongkolan horisontal Majelis Komisi berpendapat Eddy Wijaya sebagai pemilik dan Direktur PT Santika Tirta Utama merangkap

¹⁹¹ *Ibid.*, hal.38-39.

Direktur PT Wijaya Wisesa saat mengikuti tender Pembangunan Kembali Pasar Melawai Blok M. Namun pada saat itu Eddy Wijaya sudah tidak aktif lagi di PT Wjaya Wisesa sedangkan Herry Wijaya selaku Direktur PT Wijaya Wisesa tidak mengetahui jika Eddy Wijaya turut serta mengikuti Tender Pembangunan/Peremajaan Kembali Pasar Melawai Blok M. PT Santika Tirta Utama tidak melakukan komunikasi dengan PT Wijaya Wisesa saat mengikuti tender Pembangunan/Peremajaan Kembali Pasar Melawai Blok M, demikian pula seluruh persiapan dokumen untuk keikutsertaan PT Santika Tirtautama dan PT Wijaya Wisesa dilakukan oleh masing-masing staf. Pertimbangan PT Santika Tirta Utama mengajukan kerjasama dalam bentuk *joint venture*, karena bentuk kerjasama ini lebih menguntungkan. Bahwa dengan demikian Majelis Komisi tidak menemukan bukti adanya persekongkolan horizontal diantara para calon developer.¹⁹²

4 Putusan Majelis KPPU

Diakhir proses pemeriksaan berdasarkan pertimbangan di atas, Majelis Komisi mengambil putusan terhadap perkara tender Pembangunan/Peremajaan Kembali Pasar Melawai Blok M yaitu menyatakan PD Pasar Jaya, PT Melawai Jaya Realty, PT Wijaya Wisesa, PT Cipta Gemilang Sejahtera dan PT Santika Tirtautama tidak terbukti melanggar Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun

¹⁹² *Ibid.*, hal.40.

1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.¹⁹³

C Analisis Yuridis Terhadap Putusan KPPU

1 Pemahaman Tender dalam Hukum Persaingan dalam Proyek Kerjasama Pemerintah dan Swasta

Seperti pada umumnya suatu putusan, kedua putusan KPPU ini juga mengundang pertanyaan bagi sebagian orang. Pertanyaan tersebut seputar hal yang sangat mendasar yaitu terkait dengan pemahaman tender yang menjadikan KPPU berwenang untuk memeriksa suatu proyek kerjasama pemerintah dan swasta.

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, kiranya perlu dipahami apa yang dimaksud dengan pola kerjasama pemerintah dan swasta (*public private partnership*) yaitu:

"...is a legally-binding contract between government and business for the provision of asset and the delivery of services that allocates responsibilities and business risks among the various partners..."¹⁹⁴

sehingga kerjasama pemerintah dan swasta merupakan lebih pada suatu pola pembiayaan dalam rangka penyelenggaraan pelayanan pemerintah. Penekanan pelayanan pemerintah lebih pada penyediaan infrastruktur bagi kepentingan masyarakat. Terbatasnya dana pemerintah pusat dan pemerintah daerah untuk

¹⁹³ *Ibid.*, hal.44.

¹⁹⁴ *An Introduction To Public Private Partnerships*, British Colombia, Updated June 2003.

menyediakan infrastruktur yang dibutuhkan oleh masyarakat telah memaksa pemerintah untuk melibatkan sektor swasta biasanya berbentuk suatu badan usaha untuk ikut berpartisipasi dalam proses pembangunan infrastruktur.¹⁹⁵

Perlu dipahami juga bahwa pokok perkara ini pihak Pemerintah Kota Prabumulih dan PD Pasar Jaya berencana untuk membangun infrastruktur berupa pusat perniagaan. Pusat perniagaan tersebut akan dibangun di atas tanah yang merupakan aset daerah. Namun pelaksanaan pembangunan infrastruktur tersebut tidak dilakukan dan didanai oleh pemilik aset melainkan oleh dilakukan sepenuhnya oleh pihak lain yaitu pihak swasta. Secara kongkrit Pemerintah Kota Prabumulih dalam perkara ini bekerjasama dengan PT Prabu Makmur untuk membangun suatu pusat perbelanjaan modern yaitu Mal Prabumulih di atas tanah milik Pemerintah Kota Prabumulih dan PD Pasar Jaya berkerjasama untuk membangun atau meremajakan Pasar Melawai Blok M dengan melibatkan pihak swasta yaitu PT. Wijaya Wisesa dan diteruskan oleh PT Melawai Jaya Realty di atas tanah milik PD Pasar Jaya.

Mengingat infrastruktur yang akan dibangun melibatkan aset daerah maka dalam pengadaannya harus dilaksanakan berdasarkan prinsip-prinsip efisien, efektif, transparan dan terbuka, bersaing, adil/tidak diskriminatif dan akuntabel¹⁹⁶ yang pengaturannya Ketentuan lebih lanjut mengenai pedoman pelaksanaan

¹⁹⁵ Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur, "Pengaturan Kerjasama Pemerintah dengan Badan Swasta dalam Penyediaan Infrastruktur melalui Penerbitan Perpres No.67 Tahun 2005", November 2005.

¹⁹⁶ Indonesia, Peraturan Pemerintah, *Op.Cit.*, Ps.11.

pengadaan barang milik negara/daerah selain tanah diatur dengan peraturan presiden.¹⁹⁷ Peraturan sebagaimana dimaksud adalah Perpres Nomor 67 Tahun 2005 yang menggantikan Keppres Nomor 7 Tahun 1998. Perpres Nomor 67 Tahun 2005 tersebut menentukan bahwa pemilihan pihak swasta untuk kerjasama ini dilakukan melalui proses pelelangan. Meskipun Perpres Nomor 67 Tahun 2005 telah memuat tatacara pelelangan namun dalam konsiderannya juga menyebutkan Keppres Nomor 80 Tahun 2003.

Tender dalam pengertian UU Nomor 5 Tahun 1999 diartikan sebagai penawaran pengajuan harga untuk memborong suatu pekerjaan dan atau untuk pengadaan barang atau penyediaan jasa.¹⁹⁸ Cakupan penerapan pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah tender atau tawaran mengajukan harga yang dapat dilakukan melalui tender terbuka, tender terbatas, pelelangan umum dan pelelangan terbatas.¹⁹⁹

Pada perkara pembangunan Mal Prabumulih berdasarkan fakta-fakta yang telah disajikan di atas, pada tanggal 31 Oktober 2006 dan 20 November 2006 terdapat 7 (tujuh) pelaku usaha yaitu PT. Prabu Makmur, PT. Makasar Putra Perkasa, PT. Putra Prabu, PT Sungai Musi Perdana, PT Alexindo Sekawan dan PT Lematang Sentana telah mengajukan penawaran harga untuk membangun Mal Prabumulih. Meskipun dalam putusannya Majelis Komisi tidak

¹⁹⁷ *Ibid*, Ps.12 ayat (2).

¹⁹⁸ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit*, Penjelasan Pasal 22

¹⁹⁹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender*, (Jakarta, 2007) hal. 7.

menyatakan secara eksplisit namun sudah sangat jelas bahwa tindakan para pelaku usaha tersebut sudah memenuhi pengertian tender sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 beserta penjelasannya.

Agak berbeda dengan perkara Pembangunan Pasar Melawai Blok M. Pada perkara ini fakta-fakta yang ada tidak menyatakan adanya pegajuan harga oleh para pelaku usaha. Fakta yang ada adalah para pelaku usaha tersebut mengajukan proposal kerjasama untuk membangun Pasar Melawai Blok M sesuai dengan konsep bangunan dan bentuk kerjasamanya.

Apabila menganut merujuk pada kata harga pada pengertian tender di atas maka bayangan kita akan menunjuk pada sederetan angka yang menunjukkan pada nilai satuan moneter yang akibatnya adalah pengertian tender tersebut menjadi tidak dapat diterima atau diterapkan pada perkara ini. Namun sebenarnya pengertian harga bukan cuma sebatas nilai dengan satuan moneter. Nilai dengan satuan moneter dibuat untuk memudahkan dalam penghitungan. Kamus besar Bahasa Indonesia mendefinisikan harga sebagai berikut :

“Nilai barang yang ditentukan atau dirupakan dengan uang; jumlah uang atau alat tukar lain yang senilai, yang harus dibayarkan untuk produk atau jasa pada waktu tertentu dan pada pasar tertentu; kehormatan; guna (arti, kepentingan).”²⁰⁰

Mendasarkan pada definisi tersebut maka sebenarnya makna kata harga menjadi sangat luas. Uang bukan lagi satu-satunya alat untuk

²⁰⁰ Departemen Pendidikan Nasional, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga, (Jakarta: Balai Pustaka, 2002), hal. 388.

mengajukan suatu tawaran namun bisa dengan suatu alat tukar lain yang senilai. Pandangan uang sebagai satu-satunya alat untuk menawar sesuatu disebabkan oleh pemikiran yang mengutamakan alur pemikiran positivisme atau legalistik. Dalam hal ini, penulis melihat bahwa cakupan tersebut dapat dikonstruksikan melalui atau berdasarkan penafsiran hukum yang kreatif²⁰¹ yaitu penafsiran teleologis.²⁰² Dalam hal ini, ketentuan UU Nomor 5 Tahun 1999 diterapkan untuk mencapai tujuan undang-undang tersebut,²⁰³ yaitu untuk memulihkan persaingan usaha yang sehat. Untuk itu maka Tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang dalam iklim usaha yang kompetitif harus terdiri dari dua atau lebih pelaku usaha sehingga ide dasar pelaksanaan tender: berupa perolehan harga terendah dengan kualitas yang terbaik dapat tercapai.²⁰⁴

Bahwa dengan pemahaman tersebut maka proposal yang diajukan oleh para pelaku usaha kepada PD Pasar Jaya merupakan suatu bentuk penawaran harga sebagaimana dimaksud dalam pengertian tender dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 dan Penjelasannya. Meskipun bentuk penawarannya bukan dalam satuan moneter tetapi harga yang dimaksud adalah kontraprestasi yang harus dibayar oleh PD Pasar Jaya melalui bentuk kerjasama kepada

²⁰¹ *Ibid*, hal. 5

²⁰² Mertokusumo, *Op.Cit.*, hal. 61. Bandingkan dengan pendapat Felix Oentoeng Soebagio, *Beberapa Masalah yang Muncul dalam Pelaksanaan UU No. 5/1999*, dalam Yuhassarie, *Proceedings 2002*, *Op.Cit.*, hal 116

²⁰³ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *Op.Cit.*, Pasal 3

²⁰⁴ Krisanto, *Op.Cit.*, hal 45

pihak swasta yang telah memberikan prestasi berupa bangunan dengan seluruh fasilitasnya. Pada akhirnya sesuai dengan fakta yang sudah disajikan di atas, PD Pasar Jaya menentukan pilihan pihak swasta yang menjadi mitra kerjasamanya berdasarkan penawaran yang telah diajukan.

2 Metode Pendekatan Pembuktian Persekongkolan Tender dalam Proyek Kerjasama Pemerintah dan Swasta

Pada prinsipnya, hukum persaingan usaha mengenal dua jenis metode pendekatan untuk menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan bisnis dianggap sebagai praktik persaingan usaha yang tidak sehat.²⁰⁵ Pendekatan dimaksud adalah pendekatan *Per se Illegal (Per se Violations)*²⁰⁶ dan pendekatan *Rule of Reason*. Pendekatan *Per se Illegal* adalah pendekatan yang menyatakan bahwa setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu adalah ilegal tanpa melalui pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari suatu perjanjian atau kegiatan usaha.²⁰⁷ Pendekatan tersebut tidak memerlukan pertimbangan aspek bisnis atau rasio ekonomi yang dibenarkan dalam perjanjian atau kegiatan tertentu sebagai pengecualian, seperti penyesuaian perilaku dalam

²⁰⁵ Syamsul Maarif, *Perjanjian Penetapan Harga dalam Perpektif UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, dalam Yuhassarie, ed., *Proceedings 2004*, *Op.Cit.*, hal. 160

²⁰⁶ Kata "per se" berasal dari Bahasa Latin yang berarti *by itself; in itself; taken alone; by means of itself; in isolatic; simply as such; unconnected with other matters; in its own nature without reference to its relation; inherently*; dalam Prayoga, *Op. Cit.*, hal. 62.

²⁰⁷ Lihat juga Garner, *Op.Cit*, pp. 1162. *Per se Violation is a trade practice that is considered inherently anti competitive and injurious to the public without any need to determine whether it is actually injured market competition.*

persekongkolan tender yang bertujuan untuk menghindari persaingan. Manfaat utama penggunaan metode *Per se Illegal* adalah kemudahan dan kejelasan dalam proses administratif. Oleh karena itu, pendekatan dimaksud dapat mempersingkat proses penerapan UU Antimonopoli. Proses administratif relatif lebih mudah dan sederhana karena mencakup identifikasi perilaku ilegal pelaku usaha dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut. Pada prinsipnya, terdapat dua syarat utama untuk melakukan pendekatan *Per se Illegal*. *Pertama*, ditujukan dan terfokus kepada perilaku bisnis dan tidak terkait dengan struktur atau situasi pasar karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa melalui pemeriksaan mendalam mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan *Per se Illegal* dianggap adil apabila perbuatan ilegal tersebut merupakan tindakan yang disengaja yang harus dihindari oleh pelaku usaha. *Kedua*, identifikasi yang cepat dan mudah mengenai jenis praktik atau batasan perilaku yang dilarang sehingga penilaian atas tindakan pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan dapat ditentukan dengan mudah.²⁰⁸

Pendekatan *Rule of Reason* merupakan pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha sebagai evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu. Pendekatan *Rule of Reason*

²⁰⁸ A.M. Tri Anggraini, "Penerapan Pendekatan "Rule of Reason dan Per se Illegal" dalam Hukum Persaingan," *Jurnal Hukum Bisnis* 24 No.2. (2005): 5-7. Lihat juga Sirait, *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit.*, hal. 102-103

menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan menghambat atau mendukung persaingan. Pendekatan tersebut dipandang sebagai hukum sebab akibat karena terfokus pada tindakan pelaku usaha, baik langsung maupun tidak langsung yang berakibat merugikan pelaku usaha lain dan atau konsumen.²⁰⁹ Keunggulan metode pendekatan *Rule of Reason* adalah penggunaan analisis efisiensi ekonomi untuk mengetahui implikasi atau dampak tindakan pelaku usaha terhadap persaingan usaha. Melalui pendekatan *Rule of Reason*, lembaga otoritas persaingan usaha darat mengetahui apakah suatu tindakan menghambat atau mendorong persaingan. Pada umumnya, hal tersebut ditentukan melalui kata-kata atau kalimat seperti *economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources.*²¹⁰ Adapun kelemahan pendekatan *Rule of Reason* adalah perlunya pengetahuan teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks.

Pada umumnya, persekongkolan dalam kegiatan tender dianggap sebagai *Per se Illegal* bahkan di beberapa negara yang tidak memiliki UU Antimonopoli mengatur masalah kegiatan tender dalam aturan khusus. Hal tersebut disebabkan oleh peluang untuk berbuat curang dalam tender

²⁰⁹ Rachbini, "Undang-Undang Anti Praktik Monopoli", *Loc.Cit.*

²¹⁰ Lihat juga Garner, *Op.Cit.*, pp. 1333. *Rule of Reason is the judicial doctrine holding that a trade practice violates the antitrust law only if the practice is an unreasonable restraint of trade based on economic factors.*

kolusif yang mengakibatkan kerugian terhadap anggaran belanja negara.²¹¹

Di Indonesia, larangan persekongkolan dalam kegiatan tender diatur dalam ketentuan pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan pasal tersebut menyimpulkan bahwa pemeriksaan terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 22 UU Antimonopoli dilakukan melalui metode pendekatan *Rule of Reason*. Kondisi itu terlihat dalam kalimat yang menyatakan "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat..." Pengertian kalimat dimaksud adalah tender kolusif "dapat" dilakukan apabila tidak "...mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat."

Ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 berbeda dengan pengaturan tender di beberapa negara yang mengutamakan pendekatan *Per se Illegal*, seperti Amerika Serikat dan Jepang. Artinya, tender kolusif tidak terkait dengan struktur pasar sehingga lembaga otoritas persaingan usaha tidak memerlukan analisis kekuatan pasar karena dalam tender kolusif tidak terdapat unsur pro-persaingan.²¹² Tender kolusif

²¹¹ Hansen, *Op.Cit*, hal. 31

²¹² Angraini, *Larangan Praktik Monopoli, Op.Cit.*, hal. 365

mengutamakan aspek perilaku berupa perjanjian persekongkolan yang umumnya dilakukan tanpa bukti tertulis. Konsekuensi logis pendekatan *Rule of Reason* yang dianut oleh ketentuan Pasal 22 UU Antimonopoli terkadang menyebabkan KPPU mengalami kesulitan untuk melakukan proses penyelidikan persekongkolan dalam kegiatan tender karena KPPU harus membuktikan bahwa persekongkolan dalam kegiatan tender dapat mengakibatkan persaingan usaha yang tidak sehat. Unsur dimaksud dianggap sebagai proses pembuktian yang berlebihan sehingga KPPU mengalami kesulitan dalam membuat putusan.²¹³

Pada Putusan Tender Pembangunan Mal Prabumulih, Majelis Komisi membuktikan bahwa para Terlapor (kecuali PT Lematang Sentana) terbukti melanggar ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 mengenai persekongkolan dalam kegiatan tender sedangkan pada Putusan Tender Pembangunan Pasar Melawai Blok M para Terlapor tidak terbukti melanggar ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Dalam hal ini, metode pendekatan yang digunakan oleh KPPU untuk membuktikan persekongkolan tender dalam pemeriksaan perkara ini adalah metode pendekatan *Rule of Reason*. Adapun, alasan-alasan penggunaan metode pendekatan tersebut:

²¹³ Anggraini, "Persekongkolan Penawaran Tender," *Op.Cit.*, hal.15-18. Salah satu hambatan yang dihadapi oleh KPPU dalam mengimplementasi UU Antimonopoli adalah terdapatnya pasal-pasal yang menganut pendekatan *Rule of Reason* yang menyebabkan KPPU mengolah data-data lebih lanjut setelah mendapat sejumlah bukti dalam pemeriksaan laporan, dalam "Ke mana Lagi Rentang Tangan KPPU," *Ombudsman No. 59 Tahun V* (Oktober 2004).

- a. Ketentuan Pasal 35 Huruf (b) UU Nomor 5 Tahun 1999²¹⁴ yang memberi amanat kepada KPPU untuk menganalisis dampak perjanjian dan kegiatan bisnis. Ketentuan dimaksud dianggap sebagai ketentuan umum (*lex generalis*).²¹⁵
- b. Rumusan ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menganut pendekatan Rule of: Reason. Hal tersebut terlihat dalam rumusan kalimat masing-masing pasal yang menyatakan "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli²¹⁶ dan atau persaingan usaha tidak sehat".²¹⁷ Oleh karena itu, ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menganut metode pendekatan *Rule of Reason* dianggap sebagai ketentuan khusus (*lex specialis*).²¹⁸

Selanjutnya, penggunaan metode pendekatan *Rule of Reason* untuk membuktikan persekongkolan tender dalam pemeriksaan perkara ini

²¹⁴ Pasal 35 huruf (b) menugaskan Komisi untuk melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24.

²¹⁵ Syamsul Maarif, *Perjanjian Penetapan Harga dalam perspektif UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, dalam Yuhassarie, ed., *Proceedings 2004, Op.Cit* hal. 164. Lihat juga Sirait, *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.Cit* hal, 111. Substansi pasal-pasal dalam UU Antimonopoli yang menggunakan pendekatan *Rule of Reason* tergambar dalam konteks kalimat yang membuka alternatif interpretasi bahwa tindakan tersebut harus dibuktikan dulu akibatnya secara keseluruhan melalui pemenuhan unsur-unsur yang ditentukan dalam UU, apakah menyebabkan praktik monopoli atau praktik persaingan usaha tidak sehat.

²¹⁶ Untuk Pasal 19 Huruf (d) UU Nomor 5 Tahun 1999.

²¹⁷ Untuk Pasal 19 Huruf (d) dan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999.

²¹⁸ Syamsul Maarif, *Perjanjian Penetapan Harga dalam Perpektif UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, dalam Yuhassarie, ed., *Proceedings 2004, Op.Cit.*, hal. 165

dilakukan dengan mengaitkan unsur praktik monopoli dan atau unsur persaingan usaha yang tidak sehat dalam menganalisis unsur-unsur pokok yang terdapat dalam ketentuan kedua pasal tersebut di atas. Unsur praktik monopoli dan unsur persaingan usaha yang tidak sehat merupakan standar *Rule of Reason* yang dianut oleh UU Nomor 5 Tahun 1999. Dalam kedua unsur tersebut terdapat dua aspek, yaitu:

- a. Aspek dampak berupa terhambatnya persaingan dan merugikan kepentingan umum dalam unsur praktik monopoli.
- b. Aspek cara berupa tindakan tidak jujur dan melawan hukum dalam unsur persaingan usaha yang tidak sehat.²¹⁹

Penerapan unsur praktik monopoli dan unsur persaingan usaha yang tidak sehat dapat dilihat dalam masing-masing ketentuan pasal tersebut sebagai berikut:

Dalam Putusan KPPU, Komisi menguraikan dan menganalisis secara terperinci semua unsur pokok yang terdapat dalam ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. KPPU mengaitkan ketentuan Pasal 1 Angka (6) mengenai unsur persaingan usaha yang tidak sehat sebagai standar *Rule of Reason* yang dianut oleh UU Nomor 5 Tahun 1999 dalam membuktikan unsur mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Keterkaitan ketentuan Pasal 1 Angka (6) UU Nomor 5 Tahun 1999 berperan penting dalam menafsirkan dan pemenuhan unsur-unsur

²¹⁹ *Ibid.*

yang terdapat dalam ketentuan Pasal 22 Antimonopoli karena sistematika ketentuan Pasal 1 Angka (6) UU Antimonopoli ditandai oleh tiga alternatif kriteria, yaitu: persaingan usaha dilakukan dengan cara tidak jujur dan atau , secara melawan hukum dan atau menghambat persaingan usaha.

Selanjutnya, cara yang dimaksud dalam unsur terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat terkait dengan ketentuan Pasal 1 Angka (6) UU Nomor 5 Tahun 1999 adalah pada perkara Tender Pembangunan Mal Prabumulih berupa tindakan Ferry Sulisthio (pemilik dari PT. Makasar Putra Perkasa, PT. Prabu Makmur, PT Putra Prabu, PT Sungai Musi Perdana serta meminjam PT Alexindo Sekawan) menghubungi Plt. Walikota untuk melakukan pemaparan merupakan suatu pendekatan dengan penyelenggara sebelum tender dilaksanakan dan sudah menjual rencana kios-kios kepada pedagang serta mengerahkan perusahaannya yang lain untuk ikut mengajukan penawaran. Hal-hal tersebut merupakan suatu bentuk pengaturan dan semua tindakan tersebut tidak sesuai dengan prosedur dan merupakan tindakan yang dilakukan secara melawan hukum. Akibat dari pengaturan tersebut maka terciptalah suatu persaingan semu dalam tender tersebut.

Agak berbeda dengan Putusan Perkara Pembangunan Pasar Melawai Blok M. Pada perkara tersebut tidak ditemukan adanya kaitan ketentuan Pasal 1 Angka (6) UU Nomor 5 Tahun 1999 dengan tindakan para

Terlapor. Sesuai pertimbangan Majelis Komisi tindakan PD Pasar Jaya tetap memilih PT Wijaya Wisesa meskipun tidak menyerahkan *bank guarantee* tidak memiliki akibat apapun dan dalam pertimbangan Majelis Komisi hal tersebut hanya merupakan kesalahan prosedur. Fakta tentang kepemilikan PT Wijaya Wisesa dan PT Santika Tirta Utama oleh Eddy Wijaya yang dalam pertimbangan Majelis Komisi juga dinilai tidak ditemukan bukti yang cukup dalam pengaturan maka dalam perkara ini Para Terlapor dinyatakan tidak bersekongkol.

Sebagaimana penulis kemukakan di atas, pendekatan *Rule of Reason* merupakan pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha sebagai evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu. Pendekatan *Rule of Reason* menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan menghambat atau mendukung persaingan. Pendekatan tersebut dipandang sebagai hukum sebab-akibat karena terfokus pada tindakan pelaku usaha, baik langsung maupun tidak langsung berakibat merugikan pelaku usaha lain dan atau konsumen.

BAB V

PENUTUP

A KESIMPULAN

Pada bagian terakhir ini ditarik kesimpulan berdasarkan uraian yang telah disajikan pada Bab-bab sebelumnya. Adapun kesimpulan-kesimpulan tersebut adalah sebagai berikut:

- 1 Bahwa tender pada perkara tender pembangunan Mal Prabumulih dan perkara tender pembangunan Pasar Melawai Blok M merupakan tender sebagaimana dimaksud dalam UU Nomor 5 Tahun 1999, karena hakikatnya pengadaan adalah suatu tindakan pengadaan infrastruktur yaitu pusat perniagaan. Pada proses pengadaan tersebut Pemerintah Kota Prabumulih maupun PD Pasar Jaya telah melibatkan pihak swasta untuk membiayai dan membangun infrastruktur tersebut. Dalam rangka menentukan pihak swasta yang akan melaksanakan pengadaan tersebut pihak Pemerintah Kota maupun PD Pasar Jaya melaksanakan suatu proses pemilihan terhadap pihak swasta yang akan menjadi mitranya. Pemerintah Kota Prabumulih dan PD Pasar Jaya Proses melakukan proses pemilihan tersebut dengan cara yang berbeda namun dengan prinsip yang sama yaitu adanya pengajuan penawaran harga meskipun harga dimaksud tidak hanya dalam bentuk satuan moneter.

2 Hukum persaingan usaha mengenal dua jenis metode pendekatan untuk menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan bisnis dianggap sebagai praktik persaingan usaha yang tidak sehat. Metode pendekatan dimaksud *Pertama, Per se Illegal* yang menyatakan bahwa setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu adalah ilegal tanpa melalui pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari suatu perjanjian atau kegiatan usaha. *Kedua, Rule of Reason* yang menetapkan bahwa suatu perjanjian atau kegiatan usaha menghambat atau mendukung persaingan. Pendekatan tersebut dipandang sebagai hukum sebab-akibat karena terfokus pada tindakan pelaku usaha, baik langsung maupun tidak langsung yang berakibat merugikan pelaku usaha lain dan atau konsumen. Pada umumnya, persekongkolan dalam kegiatan tender dianggap sebagai *Per se Illegal* di beberapa negara karena tender kolusif tidak terkait dengan struktur pasar, sehingga lembaga otoritas persaingan usaha tidak memerlukan analisis kekuatan pasar. Di Indonesia, penyelidikan terhadap pelanggaran ketentuan mengenai larangan persekongkolan dalam kegiatan tender menganut metode pendekatan *Rule of Reason* sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 22 UU Antimonopoli. Hal tersebut menyebabkan KPPU mengalami kesulitan dalam melakukan proses penyelidikan dan membuat putusan karena KPPU harus membuktikan bahwa persekongkolan dalam kegiatan tender dapat mengakibatkan persaingan usaha yang tidak sehat, sebagaimana

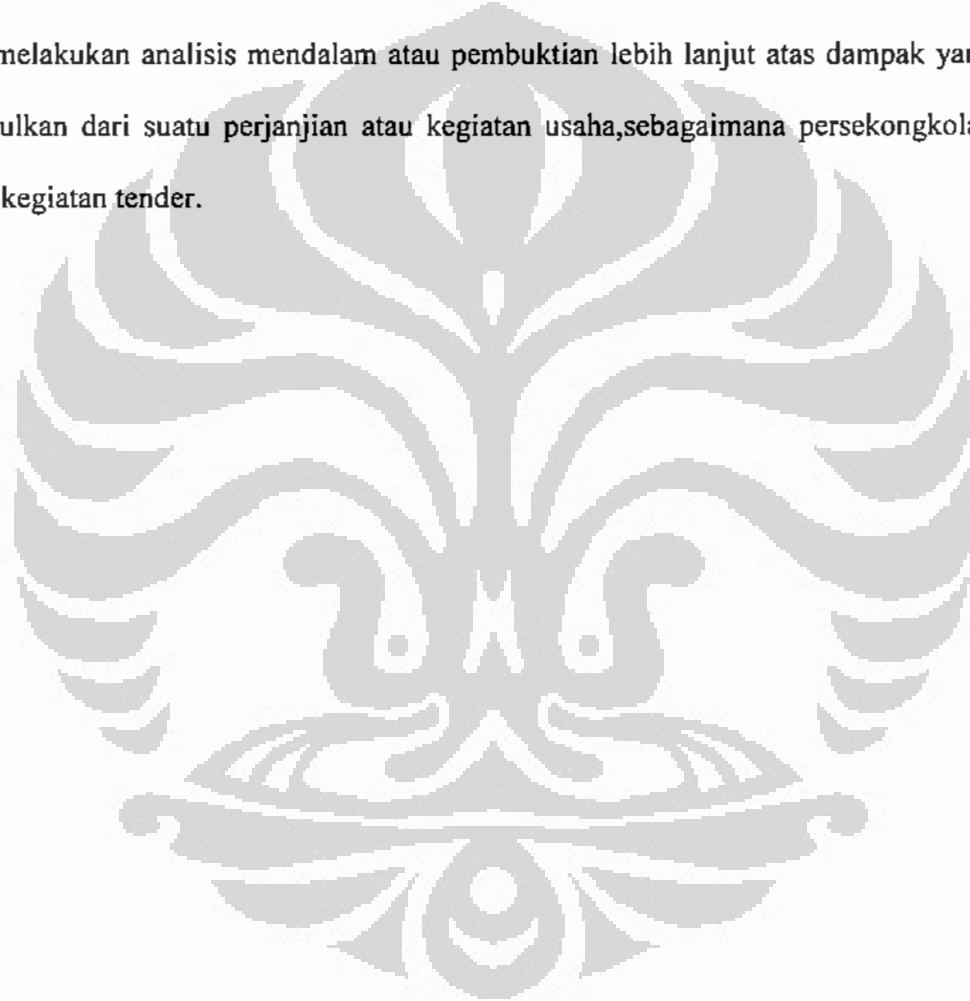
pemeriksaan perkara tender Pembangunan Mal Prabumulih dan Pembangunan Pasar Melawai Blok M. Dalam pemeriksaan perkara di atas, KPPU menggunakan metode pendekatan *Rule of Reason*. Alasan penggunaan metode pendekatan tersebut :

- a. Ketentuan Pasal 35 Huruf (b) UU Antimonopoli yang memberi amanat kepada KPPU untuk melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha yang tidak sehat sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 17- Pasal 24 UU Nomor 5 Tahun 1999.
- b. Rumusan ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang diterapkan dalam pemeriksaan perkara di atas menganut pendekatan *Rule of Reason*, artinya, KPPU harus menganalisis aspek dampak dan aspek cara dalam unsur praktik monopoli dan unsur persaingan usaha yang tidak sehat, sebagaimana dikemukakan dalam alasan pertama.

B SARAN

Ketentuan Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang menganut pendekatan *Rule of Reason* mengharuskan KPPU memperoleh bahan-bahan penelitian yang lengkap untuk melakukan proses penyelidikan dan analisis mendalam sebelum membuat putusan, karena KPPU harus membuktikan bahwa persekongkolan dalam kegiatan

tender dapat mengakibatkan persaingan usaha yang tidak sehat. Oleh karena itu, pembuat UU atau DPR perlu mengamandemen UU Antimonopoli, khususnya perubahan perumusan terhadap kedua ketentuan pasal tersebut di atas melalui metode pendekatan *Per Se Illegal* sehingga KPPU dan atau aparat penegak hukum lain tidak perlu melakukan analisis mendalam atau pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari suatu perjanjian atau kegiatan usaha, sebagaimana persekongkolan dalam kegiatan tender.



DAFTAR PUSTAKA

I. BUKU:

- Anggraini, A. M. Tri. *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet. I. Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Bappenas, *Buku Pegangan 2007 Penyelenggaraan Pemerintahan dan Pembangunan Daerah: Ringkasan Eksekutif Pengembangan Ekonomi Daerah dan Sinergi Kebijakan Investasi Pusat-Daerah*, Jakarta, 2007.
- Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan. *Upaya Pencegahan dan Penanggulangan Korupsi pada Pengelolaan APBN/APBD*. Jakarta: Tim Pengkajian SPKN, 2002.
- Chatamarrasjid. *Menyingkap Tabir Perseroan (Piercing the Corporate Veil): Kapita Selekta Hukum Perusahaan*. Cet. I. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000.
- Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Edisi Ketiga. Jakarta: Balai Pustaka, 2002.
- Direktorat Neraca Pembayaran dan Kerjasama Ekonomi Internasional Bappenas, *Pengembangan Sumber Dana Alternatif Untuk Pembiayaan Pembangunan*, Jakarta, 2003.
- Erawaty, A.F. Elly, ed. *Membenahi Perilaku Pelaku Bisnis Melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. I. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999.
- Fuady, Munir. *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*. Cet. II. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003.
- Garner, Bryan A. ed. *Black's Law Dictionary*. 8th ed. (St.Paul, Minnesota: West Publishing, 1999.
- Hansen, Knud. *et al. Undang-Undang No. 5 Tahun 1999: Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. II. Jakarta: *Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ)* bekerjasama dengan PT Katalis, 2002.
- Ibrahim, Johnny. *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*. Cet. I. Malang:

Bayumedia Publishing, 2005.

Kansil, C.S.T. *Hukum Tata Pemerintahan*. Cet. I. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984.

Kantor Menko Perekonomian RI, *Kajian Strategi Percepatan Pembangunan Infrastruktur Dan Pengembangan Wilayah di Indonesia*. Jakarta, 2002

Khemani, R. Shyam. *A Framework for The Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1st Edition. Washington, D.C: The World Bank Washington D.C., and Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Paris, 1998.

Klitgaard, Robert, Ronald Maclean-Abaroa; dan H. Lindsey Parris. *Penuntun Pemberantasan Korupsi dalam Pemerintahan Daerah (Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention)*. Diterjemahkan oleh Masri Maris. Cet. II, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia and Partnership for Governance Reform in Indonesia, 2002.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia. *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender*. 2005.

Komite Kebijakan Percepatan Penyediaan Infrastruktur, *Pengaturan Kerjasama Pemerintah dengan Badan Swasta dalam Penyediaan Infrastruktur melalui Penerbitan Perpres No.67 Tahun 2005*, Jakarta, 2005.

Meliala, Adrianus. ed. *Praktik Bisnis Curang*. Cet. I. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1993.

_____. *Menyingkap Kejahatan Kerah Putih*. Cet. I. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995.

Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*. Cet. II. Yogyakarta: Liberty, 2001.

Miraza, Bachtiar Hassan. *Dinamika Pelaku Bisnis*. Cet. I. Bandung: Ikatan Sarjana Ekonomi Indonesia Bandung, 2004.

Nusantara, Abdul Hakim G. dan Benny K. Harman. *Analisa dan Perbandingan Undang-Undang Antimonopoli: Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. 1. Jakarta: PT Elex Media Komputindo, 1999.

Papahan, Norman S. *Pokok-pokok Pikiran tentang Hukum Persaingan Usaha*, Jakarta: ELIPS, 1994.

- Pakpahan, Normin S. ed. *Kamus Hukum Ekonomi ELIPS*. Cet. II. Jakarta: Proyek ELIPS, 2000.
- Prayoga, Ayudha D, ed. *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengaturinya di Indonesia*. Cet. I. Jakarta: Proyek ELIPS, 2000.
- Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Cet. III. Jakarta: Balai Pustaka, 2005.
- Rachbini, Didik J. *Ekonomi Politik: Kebijakan dan Strategi Pembangunan*. Cet. I. Jakarta: Granit, 2004.
- Samsul, Inosentius. *Perlindungan Konsumen: Kemungkinan Penerapan Tanggungjawab Mutlak*. Cet. I. Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.
- Sirait, N. Natasya. *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. I. Medan: Pustaka Bangsa Press, 2003.
- _____. *Hukum Persaingan di Indonesia: UU No. 5/1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. I. Medan: Pustaka Bangsa Press, 2004.
- Sirait, Ningrum Natasya, ed. *Peran Lembaga Peradilan dalam Menangani Perkara Persaingan Usaha*. Cet. I. Jakarta: Partnership for Business Competition (PEC), 2003.
- Siswanto, Arie. *Hukum Persaingan Usaha*. Cet. I. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Sitompul, Asril. *Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Tinjauan Terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999*. Cet. I. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. III. Jakarta: UI-Press, 1986.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Cet. II. Jakarta: C: Rajawali, 1986.
- Sukirno, Sadono. *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*. Cet. II. Jakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 2003.
- Tanya, Bernard L. *Hukum, Politik dan KKN*. Cet. 1. Surabaya: Srikandi, 2006.
- Usman, Rachmadi. *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Cet. I. Jakarta: PT

Gramedia Pustaka Utama, 2004.

Wignjosoebroto, Soetandyo. *Hukum. Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya: 70 Tahun Prof. Soetandyo Wignjosoebroto*. Jakarta: Elsam, 2002.

Wijaya, Gunawan. *Pengelolaan Harta Kekayaan Negara: Suatu Tinjauan Yuridis*. Cet. I. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004.

Yuhassarie, Emmy dan Tri Harnowo. ed. *Proceedings 2002: Undang-Undang No. 5/1999 dan KPPU*. Cet. I. Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum bekerja sama dengan Pusdiklat Mahkamah Agung RI, dan Konsultan Hukum EY Ruru & Rekan, 2003.

_____. *Proceedings 2004: Undang-Undang No. 5/1999 dan KPPU*. Cet. II. Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005.

II. ARTIKEL:

Anggraini, A.M. Tri. "Penerapan Pendekatan *Rule of Reason* dan *Per se Illegal* dalam Hukum Persaingan." *Jurnal Hukum Bisnis 24-No.2* (2005): 5.

Editorial. "Membudayakan Persaingan Sehat." *Jurnal Hukum Bisnis Volume 19* (Mei-Juni 2002) : 4.

Gaffar, Firoz. "Lima Tahun KPPU: Isu Hukum Persaingan Usaha dan Penegakannya." *Jurnal Hukum Bisnis 24 No. 3* (2005): 28.

Gray, Jon R. "Open-Competitive Bidding in Japan's Public Works Sector and Foreign Contractor Access: Recent Reforms are Unlikely to Meet Expectations." *the Columbia Journal of Asian Law* (Fall 1996): 437.

Krisanto, Yakub Adi. "Analisis Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender." *Jurnal Hukum Bisnis 24 No. 2* (2005): 42.

Kompetisi. "Mengasah Integritas melalui Bersaing Sehat dalam Tender." (4 September 2005): 17.

Maarif, Syamsul. "Tantangan Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia." *Jurnal Hukum Bisnis 19* (Mei-Juni 2002): 49-50.

Nurmadjito. "Pakta Integritas." *Legal Review 28/TH III* (Januari 2005): 38.

Okatani, Naoki. "Regulations on Bid Rigging in Japan, the United States and Europe." *Pacific Rim Law & Policy Journal* (March 1995): 251.

Rachbini, J. Didik. "Antimonopoly and Fair Competition Law No. 5/1999: Cartel and Merger Control in Indonesia." *Jurnal Hukum Bisnis* 19 (Mei-Juni 2002): 10.

Silalahi, M. Udin. "Undang-Undang Antimonopoli Indonesia: Peranan dan Fungsinya di dalam Perekonomian Indonesia." *Jurnal Hukum Bisnis* 10 (2000): 33.

Sirait, Ningrum Natasya. "Mencermati UU No. 5/1999 dalam Memberikan Kepastian Hukum Bagi Pelaku Usaha." *Jurnal. Hukum Bisnis* 22 (Januari-Februari 2003): 65.

III. MAKALAH

Anggraini, A.M. Tri. *Persekongkolan Penawaran Tender dalam Perspektif Hukum Persaingan*. Makalah Tanpa Tahun.

Sardjono, Agus. *Anti Monopoli dan Persaingan Sehat*. Makalah disampaikan di Pusdiklat Anggaran Badan Pendidikan dan Pelatihan Keuangan, Jakarta, Tanpa Tahun.

IV. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN:

Indonesia. *Undang-Undang tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. UU No. 5 Tahun 1999 LN No. 33 Tahun 1999, TLN No. 3817.

Indonesia. *Undang-Undang tentang Jasa Konstruksi*. UU No. 18 Tahun 1999 LN No. 54 Tahun 1999, TLN No. 3833.

Indonesia. *Peraturan Pemerintah tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi*, PP No. 29 Tahun 2000 LN Tahun 2000 No. 64, TLN No. 3956.

Indonesia. *Peraturan Pemerintah tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah*, PP No. 6 Tahun 2006 LN Tahun 2006 No. ..., TLN No.

Indonesia, *Keputusan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta dalam Pembangunan dan atau Pengelolaan Infrastruktur*, Keppres

No. 7 Tahun 1998. LN No. ... Tahun 1998, LN ...

Indonesia. *Keputusan Presiden tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*, Keppres No. 80 Tahun 2003, LN No. 120 Tahun 2003, TLN 4330.

Indonesia, *Peraturan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur*, Perpres Nomor. 67 Tahun 2007, LN No. ... Tahun 2007, TLN

V. PUTUSAN-PUTUSAN:

Putusan KPPU Nomor: 15/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Mal Prabumulih.

Putusan KPPU Nomor: 23/KPPU-L/2007 tentang Tender Pembangunan Pasar Melawai Blok M.

VI. INTERNET:

Amemiya, Kei. "JFTC Refers Bridge Construction Bid Rigging Case to Public Prosecutors Office for Criminal Indictment" <<http://www.mofo.com/news/updates/files/update02016.html>>, 5 April 2008.

"Construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case." <<http://www.againstcorruption.org/briefingsitem.asp?id=8559>>, 23 April 2008.

Harada, Kaoru. "Enforcement of the Antimonopoly Act against Cartels in Japan," <<http://www.apeccp.org.tw/doc/APEC-OECD/2005-8/007.pdf>>, 17 April 2008.

"Indonesian Procurement Watch." <<http://iprowatch.org/?pilih=aboutus&id=1>>, 7 Juni 2008.

Masjhud, A. Junaidi. "Pembuktian Per se Rule dalam UU Anti Monopoli." <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=14562&cl=kolom>>. 25 Maret 2006.

Seryo, Shingo. "Cartel and Bid Rigging in Japan." <<http://www.jftc.go.jp/eachpf/03/cartels.pdf>>. 23 April 2008.

Tamamura, Jiro. J.M. Gidley and Douglas M. Jasinski (White & Case LLP), "Japan

Cartels." <http://www.whitecase.com/.../publicationattachment/04_fb4_4_94-s715-4dla-9bel-132cb1512a86/article_japan-cartels.pdf>, 23 April 2008.

The Yomiuri Shimbun, "Stiffer Penalties Alone won't End Bid-Rigging." <<http://www.yomiuri.co.jp/dy/editorial/20060228TDY04006.htm>>, 23 April 2008.

"Transparency International Indonesia (TII) Usulkan Penerapan Pakta Integritas Untuk Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah." <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id~12012cl=berita>>, 1 Mei 2008.

