

BAB II

TINJAUAN UMUM PERSEKONGKOLAN TENDER DAN PENDEKATAN HUKUMNYA

2.1 Pengertian Tentang Persekongkolan Tender

2.1.1 Pengertian Umum Tentang Persekongkolan

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1 *The Sherman Act* 1890,¹²³ menyatakan bahwa, "...persekongkolan untuk menghambat perdagangan(*....conspiracy in restraint of trade...*).” Mahkamah Tertinggi Amerika Serikat menciptakan istilah “*concerted action*,” untuk mendefinisikan istilah persekongkolan dalam hal menghambat perdagangan, serta merumuskan prinsip, bahwa terhadap pelaku usaha harus dibuktikan, terdapat kegiatan saling menyesuaikan yang berlandaskan pada persekongkolan guna menghambat perdagangan serta pembuktiannya dapat disimpulkan dari kondisi yang ada. Berdasarkan pengertian di Amerika Serikat itulah, maka persekongkolan adalah kesepakatan dalam bentuk kerja sama yang konsekuensinya adalah perilaku yang saling menyesuaikan (*conspiracy is an agreement which has consequence of concerted action*).¹²⁴

Istilah persekongkolan selalu berkonotasi negatif. Hal tersebut terbukti melalui perumusan – perumusan dalam berbagai kamus yang selalu mengartikan sebagai permufakatan atau kesepakatan untuk melakukan kejahatan.¹²⁵ Di bawah ini merupakan pengertian tentang persekongkolan, antara lain :

Dalam kamus “*Dictionary of Law*” – L. B. Curzon, persekongkolan diartikan sebagai *conspiracy*, yakni :

“Conspiracy is if person agrees with any other person that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either can will necessarily amount to or involve the commission of

¹²³Lihat Pasal 1 *the Sherman Act* : “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states or with foreign nations, is declared to be illegal....*”

¹²⁴Knud Hansen, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, Katalis, Jakarta, 2002, hlm. 323 - 324

¹²⁵Mengutip dari Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Kamus Besar Bahasa Indonesia, cet. III, (Jakarta : Balai Pustaka, 2005) , hlm. 1014

*any offence or offences by one or more of the parties to the agreement or he would do so but for the existence of the facts which render any of the offences impossible, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences question.*¹²⁶

Dictionary of Law juga mengartikan kata *Bid*. *Bid is to make an offer for something which is being sold by auction.*¹²⁷

Persekongkolan (*conspiracy*) dalam *Black's Law Dictionary* (1998 : 382) diartikan dengan definisi sebagai berikut :¹²⁸

"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 it self unlawful."

Definisi di atas menegaskan bahwa persekongkolan harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk melakukan tindakan atau kegiatan bersama (*joint efforts*) suatu perilaku kriminal atau melawan hukum. Terdapat dua unsur persekongkolan yaitu : *pertama*, adanya dua pihak atau lebih secara bersama-sama (*in concert*) melakukan perbuatan tertentu dan *kedua*, perbuatan yang disekongkolan merupakan perbuatan yang melawan atau melanggar hukum (Krisanto: 2002).¹²⁹ Yang perlu digaris bawahi adalah *pertama*, bahwa terjadi persekongkolan apabila ada tindakan bersama yang melawan hukum. *Kedua*, suatu tindakan apabila dilakukan oleh satu pihak maka bukan merupakan perbuatan melawan hukum (*unlawful*) tetapi ketika dilakukan bersama (*concerted action*) merupakan perbuatan melawan hukum.¹³⁰

Dalam kamus Besar Bahasa Indonesia, persekongkolan berasal dari kata *sekongkol*. *Sekongkol* artinya adalah orang yang bersama – sama melakukan kejahatan.¹³¹ Sehingga menurut kamus, unsur – unsur sekongkol adalah :

¹²⁶L.B. Curzon, "Conspiracy", *Sixth Edition* (England : Pearson Education Limited, 2002), hlm. 88

¹²⁷L.B. Curzon, *Ibid.*, hlm. 43

¹²⁸Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* ,(With Pronunciations), St. Paul Minnesota : West Publishing, Co., 5th ed., 1998, hlm. 382

¹²⁹Yakub Adi Krisanto, "Analisis Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender.", *Jurnal Hukum Bisnis*, vol. 24, No. 2, Jakarta : Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2005, hlm. 41 - 42

¹³⁰Yakub Adi Krisanto, "Analisis Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender.", *Ibid.*, hlm. 43

¹³¹TIM Prima Pena, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Gita Media Press, hlm. 684

1. Ada dua pihak atau lebih
2. Bersama – sama melakukan suatu kejahatan

Robert Meiner (Siswanto; 2001) membedakan dua jenis persekongkolan apabila melihat pihak-pihak yang terlibat yaitu persekongkolan yang bersifat horizontal (*horizontal conspiracy*) dan persekongkolan yang bersifat vertikal (*vertical conspiracy*).¹³² Persekongkolan horizontal adalah persekongkolan yang diadakan oleh pihak-pihak yang saling merupakan pesaing, sedangkan persekongkolan vertikal adalah persekongkolan yang dibuat oleh pihak-pihak yang berada dalam hubungan penjual (penyedia jasa) dengan pembeli (pengguna jasa). Asril Sitompul (1999:31) juga membedakan persekongkolan menjadi dua yaitu persekongkolan intra perusahaan dan persekongkolan paralel yang disengaja. Persekongkolan intra perusahaan terjadi apabila dua atau lebih pihak dalam satu perusahaan yang sama mengadakan persetujuan untuk mengadakan tindakan yang dapat menghambat persaingan. Persekongkolan paralel disengaja terjadi apabila beberapa perusahaan mengikuti tindakan yang dilakukan perusahaan besar (*market leader*) yang sebenarnya merupakan pesaing.¹³³

Ada juga yang menyamakan istilah persekongkolan (*conspiracy/konspirasi*) dengan istilah *Collusion* (kolusi), yakni sebagai : “ *A secret agreement between two or more people for deceitful or produlent purpose.*” Artinya, bahwa dalam kolusi ada suatu perjanjian rahasia yang dibuat oleh 2 (dua) orang atau lebih dengan tujuan penipuan atau penggelapan yang sama artinya dengan konspirasi dan cenderung berkonotasi negatif atau buruk.¹³⁴

Secara yuridis pengertian persekongkolan usaha atau *conspiracy* ini diatur dalam Pasal 1 angka 8 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, yakni :

“sebagai bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.”

¹³²Ari Siswanto, “*Bid Rigging*” Sebagai Tindakan Antipersaingan dalam Jasa Konstruksi, Refleksi Hukum UKSW, Salatiga, April – Oktober, 2001, hlm. 4

¹³³Asril Sitompul, *Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1999, hlm. 31

¹³⁴Dalam Ellyta Ras Ginting, *Groiler International Dictionary, Ibid.*, hlm. 72

Berdasarkan dengan definisi – definisi persekongkolan tersebut, muncul permasalahan yaitu apabila terjadi kerjasama antara dua pelaku usaha, tetapi yang melakukan perbuatan hanya salah satu pihak dari pihak yang bekerjasama. Padahal dengan melakukan sendiri suatu perbuatan pihak tersebut dapat menguasai pasar atau mempengaruhi proses tender. Apakah situasi demikian dapat dikatakan telah terjadi persekongkolan? Situasi tersebut sangat mungkin terjadi dalam pelaksanaan tender, karena kerjasama yang dibangun dilakukan tidak pada saat proses tender berlangsung. Sehingga pada saat tender, salah satu pihak mengikuti proses tender dan dapat menguasai pasar karena kekuatan modal atau pengaruh pada pasar tertentu. Salah satu indikator terjadinya persekongkolan yaitu apakah terdapat tujuan untuk menguasai pasar ketika melakukan kerjasama.¹³⁵

2.1.2 Pengertian Umum Tentang Tender

Dalam hukum persaingan usaha salah satu hal yang menjadi obyek persekongkolan adalah persoalan atau masalah tender, dimana pengertian tender atau lelang dapat diketemukan dalam berbagai sumber, yaitu :

1. Berdasarkan Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah¹³⁶ (yang mencabut Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah¹³⁷), tender atau pengadaan barang/jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa.
2. Berdasarkan kamus hukum,¹³⁸ tender atau Aanbestenden (*to put out contract*) adalah memborongkan pekerjaan/menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan

¹³⁵Yakub Adi Krisanto, *Ibid.*, hlm. 43

¹³⁶Lihat Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

¹³⁷Lihat Keppres No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah

¹³⁸Lihat Kamus Besar Bahasa Indonesia. Periksa juga dalam Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary, (With Pronunciations)*, St. Paul Minnesota : West Publishing, Co., 5th ed., 1998, hlm. 412

perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pemborongan itu dilakukan.

3. Dalam penjelasan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999,¹³⁹ tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang - barang atau untuk menyediakan jasa.

Jika pengertian tender atau lelang dari berbagai sumber ini disimpulkan, maka tender itu sendiri mempunyai cakupan yang lebih luas, karena tender merupakan serangkaian kegiatan atau aktivitas penawaran mengajukan harga untuk :

1. Memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan.
2. Mengadakan atau menyediakan barang dan atau jasa.
3. Membeli barang dan atau jasa.
4. Menjual barang dan atau jasa, menyediakan kebutuhan barang dan/atau jasa secara seimbang dengan berbagai syarat yang harus dipenuhi, berdasarkan peraturan tertentu yang ditetapkan oleh pihak terkait.¹⁴⁰

Tawaran dalam tender dilakukan oleh pemilik kegiatan atau proyek, dimana pemilik dengan alasan keefektifan dan keefisienan apabila proyek dilaksanakan sendiri maka lebih baik diserahkan kepada pihak lain yang mempunyai kapabilitas untuk melaksanakan proyek atau kegiatan. Dalam pengertian tersebut yang termasuk dalam ruang lingkup tender antara lain *pertama*, tawaran mengajukan harga (terendah) untuk memborong suatu pekerjaan. *Kedua*, tawaran mengajukan harga (terendah) untuk mengadakan barang-barang. *Ketiga*, tawaran mengajukan harga (terendah) untuk menyediakan jasa. Terdapat tiga terminologi berbeda untuk menjelaskan pengertian tender yaitu pemborongan, pengadaan, dan penyediaan. Tiga terminologi tersebut menjadi pengertian dasar dari tender, artinya dalam tender suatu pekerjaan meliputi pemborongan, pengadaan, dan penyediaan. Apabila suatu

¹³⁹Lihat penjelasan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

¹⁴⁰Berdasarkan pengertian pedoman Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999, pengertian tender mencakup pengertian – pengertian tersebut, yakni tawaran mengajukan harga untuk membeli atau mendapatkan barang dan atau jasa, atau menyediakan barang dan atau jasa, atau melaksanakan suatu pekerjaan

pekerjaan atau proyek ditenderkan maka pelaku usaha yang menang dalam proses tender akan memborong, mengadakan atau menyediakan barang/jasa yang dikehendaki oleh pemilik pekerjaan kecuali ditentukan lain dalam perjanjian antara pemenang tender dengan pemilik pekerjaan.¹⁴¹

Para pihak dalam tender terdiri dari pemilik pekerjaan atau proyek yang melakukan tender dan pelaku usaha yang ingin melaksanakan proyek yang ditenderkan (peserta tender). Tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang tender dalam suatu iklim tender yang kompetitif harus terdiri dari dua atau lebih pelaku usaha peserta tender. Dua atau lebih pelaku usaha akan berkompetisi dalam mengajukan harga dari suatu proyek yang ditawarkan, sehingga apabila peserta tender hanya satu maka pilihan pemilik pekerjaan menjadi lebih terbatas. Keterbatasan pilihan sangat tidak menguntungkan bagi pemilik pekerjaan karena ide dasar dari pelaksanaan tender adalah mendapatkan harga terendah dengan kualitas terbaik. Sehingga dengan keberadaan lebih dari dua peserta tender akan terjadi persaingan dalam pengajuan harga untuk memborong, mengadakan atau menyediakan barang dan/atau jasa.¹⁴²

2.1.3 Pengertian Umum Tentang Persekongkolan Tender

Dengan demikian persekongkolan tender merupakan suatu bentuk kerja sama yang dilakukan dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.¹⁴³ Perjanjian ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai

¹⁴¹Yakub Adi Krisanto, “Analisis Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender.”, Jurnal Hukum Bisnis, vol. 24, No. 2, Jakarta : Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2005, hlm. 44

¹⁴²Yakub Adi Krisanto, *Ibid.*, hlm. 45

¹⁴³Hasil studi yang dilakukan oleh ekonom Indonesia menunjukkan, bahwa persoalan persaingan usaha di tanah air lebih banyak didominasi oleh 3 (tiga) hal, yaitu : (a) tindakan anti persaingan usaha yang dilakukan oleh perusahaan /pelaku usaha yang mendapat persetujuan/lisensi dari pemerintah/penguasa (*government consent*); (b) tindakan anti persaingan yang dalam hal pengadaan kebutuhan barang dan atau jasa yang diselenggarakan oleh pemerintah atau badan – badan pemerintah melalui penetapan tender (*bid rigging*) yang dilakukan melalui kolusi, manipulasi pekerjaan, kontrak serta perbuatan curang lainnya; (c) tindakan anti persaingan usaha yang dilakukan oleh pelaku usaha/perusahaan dengan menggunakan strategi untuk menghancurkan pesaing atau menghambat pesaing masuk ke pasar, misalnya dalam bentuk integrasi vertikal, penetapan harga jual kembali (*resale price maintenance*) dan pembagian wilayah (*market allocation*)

pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien.¹⁴⁴ Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beriktikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.

Persekongkolan tender (*bid rigging*) adalah praktek yang dilakukan antara para penawar tender selama proses penawaran, untuk pelaksanaan kontrak kerja yang bersifat umum, dan proyek lain yang ditawarkan oleh pemerintah dan pejabat – pejabat di tingkat daerah. Dalam hal terdapat persekongkolan tender, para penawar akan menentukan perusahaan mana yang harus mendapat *order* dengan harga kontrak yang diharapkan. Dalam *bid rigging*, sebelum diumumkan pemenang tender dan besarnya harga kontrak, masing – masing peserta tender melakukan penawaran dengan harga yang telah direncanakan sebelumnya, sehingga pada akhirnya dicapai harga penawaran dan pemenang tender sesuai yang diharapkan oleh mereka.¹⁴⁵

Ada beberapa bentuk persekongkolan yang dilarang dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, karena bertujuan menguasai pasar, sehingga berpotensi menimbulkan persaingan usaha tidak sehat, yakni berupa :

1. Persekongkolan untuk menentukan pemenang tender (Pasal 22)¹⁴⁶
2. Persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23), dan
3. Persekongkolan untuk membuat hambatan perdagangan (Pasal 24).

¹⁴⁴R. Syam Khameni, *et. al.*, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* (Washington DC. and Paris : The World Bank and Organization for Economic Cooperation and Development – OECD, 1999), hlm. 23

¹⁴⁵Naoki Okatani, “*Regulation on Bid Rigging in Japan, The United States and Europe*”, *Pacific Rim Law&Policy Journal*, March 1995, hlm. 250

¹⁴⁶Tender di sini yang dimaksud adalah tawaran untuk mengajukan sebuah harga untuk memborong suatu pekerjaan maupun untuk pengadaan barang – barang serta bisa juga untuk menyediakan jasa – jasa tertentu. Periksa Memori Penjelasan atas Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999. Berdasarkan pada pengertian tersebut, maka cakupan tawaran pengajuan harga dalam tender meliputi : (a) memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan tertentu, (b) pengadaan barang dan atau jasa, (c) membeli barang dan atau jasa, serta (d) menjual barang dan/atau jasa

Secara khusus persekongkolan tender diatur dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999,¹⁴⁷ yang berbunyi :

“bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Kata “mengatur” yang terdapat dalam pasal tersebut dapat diartikan sebagai suatu tindakan negatif (konotasinya negatif) yang terkait dengan persekongkolan. Dalam praktek suatu tender yang ditawarkan oleh pemerintah, misalnya, harus diatur secara transparan atau terbuka dengan prosedur tertentu guna menentukan siapa yang akan menjadi pemenang tender.

Kolusi dalam proses tender dilakukan dengan berbagai jalan, diantaranya berdasarkan pihak yang terlibat yaitu persekongkolan tender yang terjadi diantara pelaku usaha dengan pemilik atau pemberi pekerjaan atau pihak tertentu dan persekongkolan horizontal yaitu diantara sesama pelaku usaha pesaing sendiri. Sedangkan bentuk persekongkolan berdasarkan perilaku adalah dalam bentuk tindakan saling memperlihatkan harga penawaran yang akan diajukan dalam pembukaan tender diantara sesama peserta, dengan jalan saling menyesuaikan penawaran, mengatur pemenang diantara peserta pesaing. Untuk memudahkan kolusi, maka peserta akan merencanakan dan setuju terhadap sistem giliran pada umumnya, pada peserta pesaing tender yang kalah justru akan menerima tawaran untuk menjadi sub kontraktor dari peserta yang memenangkan tender.¹⁴⁸

2.2 Persekongkolan Tender Berdasarkan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

Dengan diberlakukannya Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, diharapkan Pemerintah dapat menjamin iklim usaha yang kondusif bagi pelaku usaha. Iklim usaha yang kondusif bagi pelaku usaha tersebut tentunya dapat menciptakan kesempatan berusaha yang baik, efisiensi dalam perekonomian nasional, efektivitas

¹⁴⁷Lihat Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 dan penjelasannya

¹⁴⁸Kara L. Haberbush, *Limiting The Government's Exposure to Bid Rigging Schemes : A Critical Look at The Sealed Bidding Regime*, Public Contract Law Journal, American Bar Association, 2000, hlm. 4

kegiatan usaha, dan mencegah praktek negatif lainnya untuk menciptakan persaingan usaha tidak sehat. Agar pengadaan barang dan jasa pemerintah dapat dilakukan dengan benar dan sehat, Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 telah menetapkan bahwa persekongkolan tender merupakan kegiatan dilarang yang dilakukan antar pelaku usaha dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.¹⁴⁹

Tender dalam pengertian hukum persaingan usaha diartikan sebagai penawaran pengajuan harga untuk memborong suatu pekerjaan dan atau untuk pengadaan barang atau penyediaan jasa.¹⁵⁰ Tender ditawarkan oleh pengguna barang dan jasa kepada pelaku usaha yang mempunyai kredibilitas dan kapabilitas berdasarkan alasan efektivitas 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, serta
3. Menjamin transparansi dan akuntabilitas pengguna barang dan jasa kepada publik, khususnya pengadaan barang dan jasa di lembaga atau instansi pemerintah.

Dengan demikian ruang lingkup tender meliputi :

1. Tawaran untuk mengajukan harga terendah guna memborong suatu pekerjaan, seperti membangun atau merenovasi gedung pemerintah.
2. Tawaran untuk mengajukan harga terendah guna pengadaan barang, seperti memasok kebutuhan alat – alat tulis dan perlengkapan kantor di instansi pemerintah.
3. Tawaran untuk mengajukan harga terendah guna menyediakan jasa, seperti : jasa *cleaning service* atau jasa konsultan keuangan di lembaga pemerintah.¹⁵¹

¹⁴⁹Lihat Pasal 1 butir 8 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999

¹⁵⁰Indonesia, *Undang – Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *op. cit.*, Penjelasan Pasal 22 Undang - Undang No. 5 Tahun 1999

¹⁵¹Yakub Adi Krisanto, “*Analisis Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender.*”, *Jurnal Hukum Bisnis*, vol. 24, No. 2, Jakarta : Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2005, hlm. 44 - 45

4. Tawaran untuk mengajukan harga tertinggi seperti penawaran atau penjualan lelang barang – barang inventaris atau barang sitaan pemerintah yang cara memperolehnya melanggar hukum.¹⁵²

Dalam iklim berkompetisi, tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang paling tidak harus terdiri dari 2 (dua) atau lebih pelaku usaha sehingga ide dasar pelaksanaan tender berupa perolehan harga terendah dengan kualitas terbaik dapat tercapai.¹⁵³ Namun di sisi lain, persekongkolan tender dapat pula menimbulkan tindakan kolusif yang bertujuan untuk meniadakan persaingan dan menaikkan harga.¹⁵⁴

Ketentuan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 lebih sering mencakup konspirasi atau persekongkolan tender daripada sekedar membatasi persaingan usaha atau apakah kegiatan persekongkolan tender ibaratnya akan mampu membatasi persaingan usaha. Untuk menjawab pertanyaan semacam ini, maka perlu dikaji secara mendalam. Apabila hasil pengumuman tender menguntungkan para peserta yang mengambil bagian dalam tender tersebut, maka secara tersirat dalam konteks kebijakan persaingan usaha setidak – tidaknya mengandung pembatasan terhadap persaingan harga.¹⁵⁵

Di banyak negara kondisi seperti itu sangat mencolok dan sudah biasa, karena pembatasan terhadap persaingan usaha dapat menyentuh kehidupan serta kepentingan negara atau pemerintah dalam arti luas (hingga ke provinsi, kelompok masyarakat, universitas, rumah sakit, sekolah, angkatan bersenjata, pekerjaan umum, perdagangan dan sebagainya).

Jika dilihat dari sisi kebijakan persaingan usaha, maka kondisi seperti ini akan menghambat persaingan harga, dan di banyak negara dianggap sebagai masalah atau kasus yang perlu penanganan secara serius, karena sangat merugikan negara dalam

¹⁵²Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Jakarta : KPPU, 2008, *op. cit.*, hlm. 7.

¹⁵³Yakub Adi Krisanto, *op. cit.*, hlm. 45

¹⁵⁴Knud Hansen, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, Katalis, Jakarta, 2002, hlm. 314

¹⁵⁵L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya : Srikandi, 2008), hlm. 90

jumlah besar, yang berakibat terjadinya kenaikan tingkat harga secara signifikan yang pada gilirannya akan membebani kepentingan serta kehidupan masyarakat pada umumnya.¹⁵⁶

Berbeda dengan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mengkategorikan persekongkolan tender dalam kegiatan yang dilarang. UNCTAD memasukkan persekongkolan (khususnya : *Collusive Tendering*) ke dalam kategori perjanjian atau perilaku yang saling sepakat (*restrictive agreement or arrangements*).¹⁵⁷ Pemahaman dari UNCTAD pun tak jauh berbeda dengan yang diberikan oleh yurisprudensi Amerika Serikat, dimana perjanjian yang dilandasi dengan suatu kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis (lisan), formal maupun tidak formal semuanya dilarang.

Termasuk pula segala perjanjian tanpa memperhatikan, apakah perjanjian tersebut dibuat dengan maksud secara yuridis memiliki kekuatan yang mengikat atau tidak mengikat, semuanya terkena larangan. Terdapat satu kelemahan pada perjanjian informal, dimana perjanjian informal (tidak formal) ataupun perjanjian yang tidak tertulis (lisan) akan menimbulkan masalah dalam pembuktian, karena harus dibuktikan bahwa telah terdapat hubungan komunikasi secara bersama – sama dalam mengambil suatu keputusan usaha antar perusahaan, sehingga berakibat adanya kegiatan yang saling menyesuaikan atau perilaku yang sejajar.

Sama dengan yang lain, UNCTAD – pun menggolongkan persekongkolan tender menjadi 2 (dua) bagian, yaitu persekongkolan tender secara *horizontal* dan persekongkolan tender secara *vertikal*. Persekongkolan tender secara *horizontal* adalah persekongkolan tender yang dilakukan antar peserta tender itu sendiri untuk mengatur serta menentukan pemenang tender. Sedangkan persekongkolan tender secara *vertikal* terjadi apabila persekongkolan tender tersebut dilakukan

¹⁵⁶L. Budi Kagramanto., *Ibid.*, hlm. 91

¹⁵⁷*United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Model Law on Competition (Substantive Possible Elements for A Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches In Existing Legislations United Nations)*, New York and Geneva, 2004, hlm. 21

oleh pemberi atau pemilik pekerjaan dengan peserta tender untuk mengatur serta menentukan pemenang tender.¹⁵⁸

UNCTAD menyatakan, bahwa tender kolusif dapat terjadi dalam berbagai bentuk, seperti :¹⁵⁹

1. Persetujuan untuk mengajukan penawaran yang sama.
2. Persetujuan untuk menentukan pihak yang melakukan penawaran termurah.
3. Persetujuan mengenai penawaran yang tertutup.
4. Persetujuan untuk tidak akan bersaing satu sama lain dalam mengajukan penawaran.
5. Persetujuan untuk menentukan harga atau persyaratan tender lainnya.
6. Persetujuan antara peserta tender yang mengeliminasi peserta tender yang berasal dari luar, serta
7. Persetujuan yang menunjuk pemenang tender atas dasar rotasi atau alokasi pasar geografis ataupun berdasarkan pada pelanggan.

Kegiatan persekongkolan tender yang sifatnya kolusif terjadi apabila para pesaing sepakat untuk mempengaruhi hasil tender demi kepentingan salah satu pihak dengan tidak mengajukan penawaran atau walaupun mengajukan penawaran akan dilakukan secara berpura – pura (*semu*). Tender kolusif yang dilaksanakan melalui media persekongkolan ini juga bermaksud untuk meniadakan persaingan harga serta berusaha untuk menaikkan harga. Di samping itu, persekongkolan tender yang bersifat kolusif ini bertujuan jika posisi yang mengumumkan adanya tender (diumumkan oleh penyelenggara atau panitia tender) ini dapat mengumumkan berbagai persyaratan yang diminta sesuai kualifikasi yang dimiliki oleh pelaku usaha

¹⁵⁸Menurut UNCTAD hubungan hukum antara pelaku usaha pada dasarnya dapat dibagi menjadi 2 (dua) bagian yaitu horizontal dan vertikal. Hubungan yang horizontal adalah hubungan hukum antara 2 (dua) pelaku usaha yang terikat dalam perjanjian untuk menjalankan kegiatan usaha yang sama atau sejenis, misalnya antara produsen dengan produsen, antara pedagang besar dengan pedagang besar dan yang lainnya. Sedangkan hubungan vertikal merupakan hubungan hukum antara 2 (dua) pelaku usaha yang terikat dalam suatu perjanjian untuk menjalankan kegiatan usaha dalam lingkup usaha yang berbeda atau tidak sejenis tingkatannya (*different states*), baik dalam proses produksi maupun distribusinya, misalnya antara produsen dengan pedagang besar atau antara pedagang besar dengan pedagang eceran. Lihat dalam *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), *Ibid.*, hlm. 22

¹⁵⁹Bentuk tender kolusif menurut UNCTAD. Lihat dalam *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), *Ibid.*, hlm. 25

peserta tender, serta berdasarkan itu pula dapat memahami keinginan para penawar yang sekiranya berpotensi untuk mempengaruhi hasil pengumuman yang menguntungkan pihak penawar. Berkaitan dengan ini UNCTAD menyatakan, bahwa partisipasi aktif oleh para pelaku usaha dalam kegiatan persekongkolan tender dapat dilakukan dalam beberapa bentuk, antara lain :¹⁶⁰

1. Kesepakatan untuk mengajukan penawaran harga atas barang dan atau jasa yang sama.
2. Kesepakatan yang berisi ketentuan siapa yang mengajukan penawaran yang paling baik (termurah) yang nantinya akan menjadi pemenang tender.
3. Bentuk perjanjian tidak akan melakukan persaingan satu sama lainnya dalam mengajukan penawaran tender.
4. Kesepakatan yang dibuat berdasarkan standar umum untuk menentukan harga atau persyaratan tender.
5. Kesepakatan yang sebelumnya mengatur pemenang tender berdasarkan pada rotasi ataupun berdasarkan pada alokasi geografis maupun alokasi pelanggan.

Menurut UNCTAD, tindakan berpartisipasi ikut serta secara aktif dalam persekongkolan tender merupakan suatu tindakan anti persaingan usaha secara sempurna dan sehat serta melanggar hakikat dan tujuan tender yang sesungguhnya, yaitu dengan mengedepankan keinginan untuk mendapatkan barang dan atau jasa dengan harga serta kondisi yang paling menguntungkan, sehingga akibat kegiatan persekongkolan tender tersebut ada pihak lain yang dirugikan. Berpartisipasi secara aktif dalam kegiatan persekongkolan tender di banyak negara merupakan suatu tindakan yang ilegal, oleh karenanya kegiatan seperti itu dilarang.¹⁶¹

Lain halnya dengan batasan persekongkolan tender (*bid rigging*) yang diberikan oleh OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*), yaitu suatu bentuk khusus dari penetapan harga secara kolusif yang dilakukan oleh

¹⁶⁰*United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Draft Commentaries*, 20 Februari 1998, hlm. 23

¹⁶¹Partisipasi secara aktif dalam persekongkolan tender menurut UNCTAD. Lihat dalam *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, *Ibid.*, hlm. 28

beberapa pelaku usaha untuk mengkoordinasikan atau menselaraskan penawaran diantara mereka atas suatu proyek atau kontrak.¹⁶²

Di samping itu, ada 2 (dua) bentuk persekongkolan tender yang sering terjadi, bentuk *pertama* adalah peserta tender sepakat untuk mengajukan beberapa penawaran harga, sehingga dapat mengurangi dan bahkan meniadakan tingkat persaingan harga, serta yang *kedua* adalah kesepakatan dari peserta tender untuk menentukan peserta yang mengajukan penawaran terbaik serta kemudian melakukan rotasi agar semua peserta mendapatkan giliran untuk menjadi pemenang dalam suatu proyek tertentu.¹⁶³

Di negara – negara yang belum atau tidak mempunyai undang – undang anti monopoli sekalipun, sering terdapat atau memiliki peraturan perundang – undangan yang secara khusus mengatur tentang tender.¹⁶⁴ Kebanyakan negara menerapkan ketentuan yang lebih ketat terhadap partisipasi pelaku usaha dalam kegiatan persekongkolan tender, daripada terhadap perjanjian horizontal lainnya. Hal ini menjadi suatu kewajaran, karena dalam kegiatan persekongkolan tender mengandung aspek kecurangan atau penipuan serta menimbulkan pengaruh atau dampak negatif, merugikan belanja pemerintah dan menghamburkan pengeluaran (uang) negara dalam jumlah besar.

¹⁶²OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*), *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, hlm. 16

¹⁶³ Seperti halnya di Indonesia, dalam Bab I pasal 4 ayat (1) Undang – Undang No. 89 Tahun 1998 tentang persaingan usaha di Afrika Selatan, persekongkolan tender dikategorikan sebagai praktek bisnis horizontal yang bersifat membatasi kegiatan usaha, serta dapat terjadi diantara pelaku usaha yang berada dalam pasar yang sama, termasuk yang dilakukan dengan perjanjian, tindakan, maupun keputusan dari pelaku usaha. Periksa pula The Competition Commission, *The Competition Act : A Guide to Prohibited Practices*, Lynnwood Ridge Pretoria – Republic of South Africa, hlm. 2. www.copcom.co.za, dikunjungi pada 17 Juni 2009. Di Afrika Selatan juga mengenal berbagai teknik persekongkolan tender, seperti halnya di negara kita, antara lain, *Bid Supression (Bid Limitting)*, *Complementary Tendering*, *Shadow Bidding*, serta *Bid Rotation.*, *Ibid.*, hlm. 4

¹⁶⁴ Walaupun masih ada beberapa negara yang belum memiliki Undang – Undang Anti Monopoli, akan tetapi ada aturan tersendiri yang berkaitan dengan pelaksanaan tender dan oleh karenanya ada beberapa tindakan tertentu yang dilarang dilakukan oleh para peserta tender. Misalnya, larangan untuk membuat persetujuan dalam menentukan pemenang tender, melakukan pertemuan sebelum dilakukan penawaran harga, mengadakan pertukaran informasi mengenai penawaran, melakukan kesepakatan untuk membayar sejumlah uang, atau memberi keuntungan kepada peserta tender yang kalah yang diberikan oleh pemenang tender, mengadakan kerja sama diantara peserta tender untuk menentukan harga serta syarat – syarat kontrak yang menjadi obyek tender, persetujuan untuk menetapkan tingkat pembayaran tertentu kepada pihak ketiga sebagai upah atas keberhasilan dari pemenang tender, dan menyediakan sejumlah uang sebagai hadiah kepada pihak ketiga terkait dengan keberhasilan pemengan tender.

Dalam pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 mensyaratkan adanya persekongkolan yang dilakukan oleh para pelaku usaha dengan pihak lain (pihak ketiga).¹⁶⁵ Persoalan dapat atau tidak dapat diterapkannya ketentuan pasal tersebut bergantung pada 2 (dua) elemen, yaitu adanya para pihak terkait yang harus atau mampu menunjukkan ciri – ciri ikut berpartisipasi, serta telah terjadi kesepakatan untuk melakukan kegiatan yang saling menyesuaikan dan bersifat kolusif.¹⁶⁶

Terhadap Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya dapat diterapkan, apabila pihak yang satu merupakan pelaku usaha, sedangkan pihak lainnya adalah pihak ketiga. Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 menegaskan, bahwa pihak lain di sini tidak harus merupakan pesaing pihak pertama, dan juga tidak harus berupa pelaku usaha, atau dapat juga pihak lain di sini setidak – tidaknya adalah pesaing pihak pertama atau pelaku usaha.¹⁶⁷

Kegiatan persekongkolan tender seperti yang diatur dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 ini mengacu pada tender yang bersifat kolusif. Persekongkolan tender merupakan kegiatan yang saling menyesuaikan dan bersifat kolusif serta ada suatu koordinasi yang dilakukan secara sengaja terhadap perilaku pelaku usaha, yang secara faktual maupun yuridis tidak memiliki kekuatan mengikat, yang dengan sengaja mengganti persaingan usaha yang penuh dengan resiko dengan kerja sama praktis, sehingga berakibat terbentuknya kondisi pasar yang tidak sesuai dengan persyaratan persaingan usaha.¹⁶⁸ Namun ketentuan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 ini bersifat umum dan kurang memberi penjelasan terperinci mengenai pelaksanaan tender. Pasal tersebut hanya melarang persekongkolan dalam menentukan dan atau mengatur pemenang tender tanpa melakukan penjelasan lebih lanjut tentang elaborasi cara – cara atau indikator penentu atau pengaturan pemenang tender.¹⁶⁹

¹⁶⁵Lihat pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999

¹⁶⁶L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya : Srikandi, 2008), hlm. 95

¹⁶⁷L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 95

¹⁶⁸L. Budi Kagramanto, *op.cit.*, hlm. 95

¹⁶⁹Yakub Adi Krisanto, “Analisis Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender.”, *Jurnal Hukum Bisnis*, vol. 24, No. 2, Jakarta : Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2005, hlm. 41 - 42

2.3 Unsur - Unsur Persekongkolan Tender Berdasarkan Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999

Dalam ketentuan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 terdapat larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan persekongkolan dengan pihak lain, untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Adapun unsur – unsur persekongkolan tender yang terdapat dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah :

1. Unsur pelaku usaha (Pasal 1 angka (5) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999).¹⁷⁰

Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama – sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

2. Unsur bersekongkol

Yang dimaksud dengan bersekongkol adalah kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.¹⁷¹ Oleh karenanya, berdasarkan unsur bersekongkol tersebut, maka persekongkolan dapat dibedakan berdasarkan perilakunya yang meliputi antara lain :¹⁷²

- a. Melakukan pendekatan serta mengadakan kesepakatan – kesepakatan dengan instansi atau panitia tender sebelum pelaksanaan tender yang berkaitan dengan berbagai hal dan dapat mengarah untuk memenangkan pelaku usaha tertentu.

¹⁷⁰Lihat dalam Pasal 1 angka 5 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹⁷¹Unsur bersekongkol di sini antara lain adalah kerja sama antara 2 (dua) pihak atau lebih, secara terang – terangan atau diam – diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lain, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, serta menyetujui dan atau memfasilitasi, tidak menolak melakukan tindakan walaupun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu ataupun pemberian kesempatan eksklusif kepada peserta tender oleh panitia tender secara melawan hukum

¹⁷²*Pedoman Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999*, Tim Penyusun Guideline Tender KPPU, Jakarta, 23 November 2004, hlm. 14 - 16

- b. Melakukan pendekatan serta mengadakan kesepakatan yang melanggar larangan persekongkolan tender sehubungan dengan spesifikasi, merek, jumlah, tempat serta waktu penyerahan barang dan jasa yang akan ditenderkan.
- c. Melakukan pendekatan dan membuat kesepakatan mengenai cara, tempat, waktu dan batasan pengumuman tender.
- d. Melakukan komunikasi atau berbagai informasi yang terkait dengan harga yang akan diajukan dalam tender.
- e. Pemberian kesempatan secara eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender dengan cara melawan hukum.
- f. Menciptakan persaingan semu antara peserta tender.
- g. Melakukan penyesuaian penawaran antar pelaku usaha dengan pelaku usaha atau peserta tender lainnya.
- h. Melakukan pembagian kesempatan untuk memenangkan tender secara bergiliran diantara pelaku usaha atau peserta tender.
- i. Melakukan penyesuaian, termasuk manipulasi persyaratan tender dan penawaran yang diterima untuk melakukan tender.

3. Unsur “pihak lain”

Unsur pihak lain menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha. Pengertian pihak lain dalam hal ini meliputi para pihak yang terlibat, baik secara *horizontal* maupun secara *vertikal* dalam proses penawaran tender yang melakukan persekongkolan tender, baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subyek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut. Berdasarkan unsur “pihak lain” ini terdapat 3 (tiga) bentuk persekongkolan tender yaitu :¹⁷³

a. Persekongkolan tender horizontal

Bentuk persekongkolan tender horizontal ini merupakan suatu tindakan kerja sama yang dilakukan oleh para penawar tender dengan mengupayakan

¹⁷³L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 103

agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran.

b. Persekongkolan tender vertikal

Dalam bentuk persekongkolan tender vertikal biasanya ada suatu kerja sama, dan kerja sama tersebut dilakukan antara satu atau beberapa pelaku usaha atau penawar dengan panitia pelaksana tender sebagai pengguna barang dan atau jasa.¹⁷⁴ Dalam pola seperti ini, biasanya panitia memberikan berbagai kemudahan atas persyaratan – persyaratan bagi seorang penawar, sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.

c. Gabungan persekongkolan tender horizontal dan vertikal

Dalam bentuk gabungan persekongkolan tender horizontal dan vertikal biasanya dilakukan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender, misalnya tender fiktif yang melibatkan panitia, pemberi pekerjaan, dan pelaku usaha yang melakukan penawaran secara tertutup.

4. Unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender

Unsur *bid rigging* (persekongkolan tender) lainnya adalah “mengatur dan atau menentukan pemenang tender”. Unsur ini diartikan sebagai suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol, yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan penentuan pemenang tender dapat dilakukan secara horizontal maupun vertikal, artinya baik dilakukan oleh para pelaku usaha atau panitia pelaksana.¹⁷⁵

5. Unsur persaingan usaha tidak sehat

¹⁷⁴Ketentuan Pasal 27 ayat (1 d dan e) Keppres No. 80 Tahun 2003 mengakui terdapatnya bentuk persekongkolan tender horizontal dan bentuk persekongkolan tender vertikal dimana para penyedia barang dan jasa baik secara sendiri maupun secara bersama – sama dapat mengajukan surat sanggahan kepada pengguna barang dan jasa jika ditemukan unsur KKN antar peserta tender dengan anggota panitia pengadaan barang dan jasa

¹⁷⁵L. Budi Kagramanto, *Ibid*, hlm. 110

Unsur yang terakhir dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadinya “persaingan usaha tidak sehat.”¹⁷⁶ Unsur ini menunjukkan, bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena dapat dilihat dari kalimat “...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.” Pendekatan *rule of reason* merupakan pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha untuk mempertimbangkan faktor – faktor kompetitif dan menetapkan ada tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, atau bahkan mengganggu persaingan.¹⁷⁷

2.4 Faktor Penyebab Terjadinya Persekongkolan Tender

Tender pengadaan barang dan jasa di sektor pemerintahan merupakan besaran yang sangat signifikan bagi bangsa Indonesia. Jika bangsa Indonesia dapat mengendalikan kegiatan tender barang dan jasa di sektor pemerintahan dengan baik dan benar, maka penghematan maupun penghilangan kebocoran akan terjadi pula secara signifikan. Pada gilirannya hal itu akan mendorong terjadinya relokasi terhadap sumber daya negara ke arah yang lebih produktif dan bernilai guna. Kenyataannya menunjukkan, bahwa perkara kegiatan persekongkolan tender yang ditangani oleh KPPU ini lebih banyak dilakukan karena adanya intervensi pejabat birokrasi terhadap panitia tender yang tidak lain adalah bawahannya. Ini merupakan salah satu faktor penyebab terjadinya kegiatan persekongkolan tender di Indonesia. Oleh karena kegiatan persekongkolan tender itu erat kaitannya dengan praktek KKN (Korupsi Kolusi Nepotisme),¹⁷⁸ maka para pelaku usaha seringkali merasa lebih leluasa bertindak tanpa khawatir terjerat oleh peraturan anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat maupun peraturan tentang pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah, karena hampir tidak dijumpai adanya dokumen secara tertulis yang

¹⁷⁶Lihat Pasal 1 angka 6 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999

¹⁷⁷Thomas E. Sullivan and Jeffrey L. Harrison. *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. New York : Matthew Bender & Co, 1994, hlm. 85

¹⁷⁸Menurut Abdullah Hehamahua, ada beberapa motivasi terjadinya korupsi, yaitu orang berbuat korupsi karena kesempatan ada peluang untuk melakukan korupsi, ingin memperkaya diri sendiri, ingin menjatuhkan pemerintahan, atau bahkan ada sekelompok orang yang melakukan korupsi untuk menguasai suatu Negara. Periksa dalam : Arya Maheka, *Mengenali dan Memberantas Korupsi*, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), Jakarta, 2006, hlm. 24

menyatakan keterlibatan mereka. Ini merupakan sesuatu yang oleh mereka dianggap sebagai kelebihan atau kemahiran dalam melakukan berbagai kegiatan persekongkolan tender.¹⁷⁹

Sebetulnya ada beberapa faktor yang menjadi penyebab terjadinya kegiatan persekongkolan tender yang biasanya sarat dengan muatan KKN, antara lain :¹⁸⁰

1. Penegakan Hukum Yang Inkonsisten (Berubah - Ubah)

Panitia tender atau atasan dari panitia tender dan pelaku usaha seringkali justru banyak melakukan pelanggaran terhadap penegakan hukum serta peraturan yang ada, seperti Keppres No. 80 Tahun 2003 maupun Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999. Banyak sekali peraturan yang berkaitan dengan tender pengadaan barang dan atau jasa oleh pemerintah selalu berubah, dan bahkan setiap tahun peraturannya berubah sesuai dengan pergantian pemerintahan. Masih banyak dijumpai adanya tender pengadaan barang dan jasa yang berpotensi menciptakan persaingan usaha tidak sehat serta korupsi yang merugikan keuangan negara. Hal ini disebabkan peraturan pelaksanaan tender masih banyak yang dilanggar, baik oleh panitia tender maupun oleh para pelaku usaha. Adapun bentuk – bentuk pelanggaran tersebut adalah pelaksanaan tender bersifat tertutup atau kadang tidak transparan serta tidak diumumkan secara luas kepada masyarakat melalui media massa yang ada. Pelaksanaan tender yang tertutup, bersifat diskriminatif dan tidak transparan dapat mengakibatkan para pelaku usaha yang berminat serta memenuhi kualifikasi pada akhirnya tidak dapat mengikuti tender tersebut.¹⁸¹

2. Penyalahgunaan Kekuasaan dan Wewenang

Dalam jenis persekongkolan tender horizontal, vertikal, maupun gabungan persekongkolan tender horizontal dan vertikal, baik yang dilakukan oleh para peserta tender maupun oleh panitia pengadaan barang dan jasa serta pimpinan proyek banyak ditemui adanya persekongkolan yang bersifat kolusif serta mengarah pada tindakan korupsi. Dalam jenis persekongkolan seperti itu banyak

¹⁷⁹L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 129

¹⁸⁰Bandingkan dengan *Faktor – Faktor Penyebab Terjadinya Korupsi*, dalam Arya Maheka, *Ibid.*, hlm. 23

¹⁸¹L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 130

dijumpai penyalahgunaan kekuasaan bahkan kewenangan oleh para birokrat, baik kepada panitia tender (bawahannya) maupun para pelaku usaha lainnya.¹⁸²

3. Terbatasnya Lingkungan Anti Korupsi

Terbatasnya atau langkanya lingkungan yang menerapkan prinsip anti korupsi¹⁸³ dan nepotisme menjadi salah satu penyebab terjadinya kegiatan persekongkolan tender. Hal ini disebabkan adanya sistem serta pedoman yang dimiliki dan berkaitan dengan penerapan prinsip anti korupsi sangat terbatas. Di samping itu, penerapan prinsip anti korupsi di sebuah lingkungan hanya dilakukan sebatas pada formalitas belaka.¹⁸⁴ Sebenarnya antara persekongkolan tender dengan korupsi¹⁸⁵ dan nepotisme sangat berkaitan serta merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan.

4. Rendahnya Pendapatan

Pendapatan kurang memadai yang diterima oleh penyelenggara Negara seringkali dianggap sebagai alasan oleh mereka untuk melakukan tindakan korupsi pada kegiatan pengadaan tender barang dan jasa. Oleh karenanya, harus dipikirkan pula upaya untuk mengurangi ketergantungan penyelenggara Negara agar tidak melakukan tindakan korupsi dengan pemberian pendapatan yang memadai serta tetap memberikan pelayanan terbaik bagi kepentingan masyarakat.¹⁸⁶

5. Keserakahan

Melalui persekongkolan tender pengadaan barang dan jasa milik pemerintah maupun perusahaan negara seperti BUMN merupakan lahan yang paling mudah

¹⁸²L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 131

¹⁸³Antikorupsi merupakan suatu kebijakan untuk mencegah serta menghilangkan peluang bagi berkembangnya korupsi. Pencegahan yang dimaksud adalah bagaimana meningkatkan kesadaran individu untuk tidak melakukan korupsi serta bagaimana menyelamatkan uang serta asset negara. Peluang bagi berkembangnya korupsi dapat dihilangkan dengan melakukan perbaikan sistem (hukum dan kelembagaan) serta memperbaiki manusianya (moral dan kesejahteraan)

¹⁸⁴L. Budi Kagramanto, *loc.cit.*, hlm. 131

¹⁸⁵Dalam perspektif hukum, definisi korupsi dijelaskan dalam Pasal 13 Undang – Undang No. 31 Tahun 1999 jo. Undang – Undang No. 20 Tahun 2001, yang merumuskan dalam 30 (tiga puluh) bentuk atau jenis tindak pidana korupsi, yang dikelompokkan menjadi : kerugian uang negara, suap – menyuap, penggelapan dalam jabatan, pemerasan, perbuatan curang, benturan kepentingan dalam pengadaan barang dan jasa serta gratifikasi.

¹⁸⁶L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm, 133

dalam melakukan tindakan korupsi.¹⁸⁷ Dalam hal ini mereka yang mampu melakukan tindakan korupsi tidak pernah merasa puas dalam mendapatkan kekayaan. Dengan memanfaatkan situasi serta kesempatan yang ada, mereka leluasa melakukan tindakan korupsi dengan menghalalkan segala cara guna mendapatkan keuntungan yang optimal, sehingga pada gilirannya mengakibatkan kerugian Negara. Korupsi menimbulkan ekonomi biaya tinggi, artinya harga jual barang dan jasa di Indonesia semakin mahal. Investasi dari pelaku usaha yang diperlukan guna meningkatkan kegiatan usaha menjadi mahal, karena setiap proses ekonomi harus melewati satu pintu yang namanya “korupsi”.¹⁸⁸ Pada dasarnya persekongkolan tender menurut Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 itu dilarang.¹⁸⁹ Ada 2 (dua) alasan mengapa persekongkolan tender itu dilarang, yaitu : *pertama*, secara langsung dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat serta bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender itu sendiri, yaitu untuk memberikan kesempatan yang seluas – luasnya kepada para pelaku usaha, serta *kedua*, secara tidak langsung dapat menimbulkan kerugian keuangan negara (tender oleh pemerintah maupun perusahaan negara), karena tender seringkali dilakukan dengan penggelembungan anggaran (*mark up*).¹⁹⁰

6. Budaya dan Karakter Bangsa

Budaya dan karakter bangsa kita sudah begitu akrab dengan tindakan memberi upeti, imbalan jasa serta hadiah kepada penguasa. Di samping itu budaya permisif, serba membolehkan serta tidak mau tahu keadaan buruk akibat korupsi¹⁹¹ seringkali menghinggapi para penyelenggara maupun peserta tender.

¹⁸⁷Persekongkolan tender membawa dampak buruk (negatif), antara lain : konsumen atau pemberi kerja akan membayar dengan harga yang lebih mahal daripada harga yang sesungguhnya, barang atau jasa yang diperoleh (dari segi mutu, jumlah, waktu, serta nilai) seringkali lebih rendah dari yang akan diperoleh. Apabila tender dilakukan dengan cara bersekongkol maka akan menimbulkan ekonomi biaya tinggi (*high cost economy*)

¹⁸⁸Lihat dalam Asian Development Bank (ADB), *Jalan Menuju Pemulihan Untuk Memperbaiki Iklim Investasi di Indonesia*, 2005, hlm. 5 – 6.

¹⁸⁹Lihat Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹⁹⁰L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm, 134

¹⁹¹Akibat buruk dari tindakan korupsi bahwa koruptor dapat menuai keuntungan dan manfaat dari korupsi tanpa kerja keras tetapi masyarakat yang harus membayar apa yang dinikmati oleh koruptor, karena koruptor telah mengambil hak rakyat, mengambil kekayaan atau kesempatan yang seharusnya dapat dipergunakan untuk membangun serta memakmurkan kehidupan rakyat. Periksa : Arya Maheka, “*Korupsi Meningkat, Angka Kejahatan Yang Terjadi Meningkat Pula*,” Global Corruption Report, 2005, *Ibid.*, hlm. 5

Dalam kegiatan persekongkolan tender korupsi serta nepotisme merupakan sesuatu hal yang biasa, sehingga mereka yang terlibat dalam persekongkolan tender menganggap bahwa korupsi itu harus ada dan sebagai hal yang seringkali terjadi.¹⁹²

7. Keuntungan Korupsi Lebih Besar

Biasanya seseorang yang akan melakukan tindak korupsi dalam kegiatan persekongkolan tender sudah menghitung dengan cermat keuntungan yang diperoleh, apabila seseorang melakukan tindak korupsi dalam persekongkolan tender uang Negara yang dikorupsi itu sangat besar jumlahnya, maka jika sewaktu – waktu tertangkap masih ada cukup dana untuk menyuap petugas, dan dia sendiri masih mempunyai kesempatan untuk menyimpan sisa dana atau uang hasil korupsi di tempat lain.¹⁹³

2.5 Indikasi Terjadinya Persekongkolan Tender

Kegiatan tender pengadaan barang dan jasa yang diselenggarakan oleh instansi pemerintah maupun non pemerintah, seringkali terdapat upaya penyelewengan ataupun dalam bentuk indikasi persekongkolan yang bertujuan untuk memenangkan salah satu peserta tender yang sejak awal atau jauh – jauh hari memang dipersiapkan untuk menjadi pemenang tender. Kondisi semacam ini seringkali meresahkan peserta tender lainnya, dan apabila penyelewengan atau penyimpangan tersebut terjadi dalam kegiatan tender, maka orang yang paling bertanggung jawab atas kejadian tersebut adalah Pimpinan Proyek (Pimpro) tender atau pengadaan barang/jasa yang disertai tugas dan tanggung jawab sebagaimana telah diatur dalam Keppres No. 80 Tahun 2003.¹⁹⁴

¹⁹²L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm, 135

¹⁹³Ada beberapa ciri – ciri korupsi yang biasanya terdapat dalam kegiatan persekongkolan tender, yakni antara lain : dilakukan lebih dari satu orang (dalam persekongkolan tender horizontal, vertikal, maupun gabungan antara persekongkolan tender horizontal dan vertikal), motif korupsinya dirahasiakan (ada keuntungan optimal yang ingin diraih), erat hubungannya dengan kekuasaan tertentu, serta berlindung di balik pembenaran norma hukum

¹⁹⁴Pimpinan Proyek (Pimpro) adalah pejabat yang diangkat oleh Menteri/Pimpinan Lembaga/Gubernur/Bupati/Walikota maupun Pejabat yang diberi kuasa serta bertanggung jawab atas pelaksanaan pengadaan barang atau jasa yang dibiayai dari Anggaran Pembangunan Belanja Negara (APBN). *loc. cit.*, (Pasal 1 angka 5 Keppres No. 80 Tahun 2003)

Biasanya pada proses tender banyak terjadi praktek Korupsi Kolusi Nepotisme (KKN) yang dilakukan oleh panitia tender dan peserta tender. Peserta tender cenderung melakukan persekongkolan dengan sesama peserta dan atau antar peserta dengan panitia tender ataupun dengan pejabat instansi yang menyelenggarakan tender. Untuk mengetahui telah terjadi tidaknya suatu persekongkolan dalam tender, maka terdapat berbagai indikasi adanya persekongkolan tender yang seringkali dijumpai pada pelaksanaan tender. Berbagai bentuk indikasi persekongkolan yang dalam praktek sering terjadi ini masih perlu pembuktian lebih lanjut melalui pemeriksaan tim Majelis Komisi Pengawas Persaingan Usaha, antara lain :¹⁹⁵

1. Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan tender, yang meliputi antara lain :
 - a. Pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan tender secara transparan.
 - b. Nilai uang jaminan tender ditetapkan jauh lebih tinggi daripada nilai dasar tender.
 - c. Penetapan waktu dan tempat tender yang sulit dicapai dan diikuti.
2. Indikasi persekongkolan pada saat pembentukan panitia tender, antara lain meliputi :
 - a. Panitia yang dipilih tidak memiliki kualifikasi yang dibutuhkan.
 - b. Panitia terafiliasi dengan pelaku usaha tertentu.
 - c. Susunan dan kinerja panitia cenderung tidak diumumkan.
3. Indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan, antara lain meliputi :
 - a. Persyaratan untuk mengikuti pra kualifikasi membatasi pelaku usaha tertentu.
 - b. Adanya pelaku usaha yang diluluskan dalam pra – kualifikasi walaupun tidak memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan.
 - c. Adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah tahap pra kualifikasi.

¹⁹⁵KPPU, *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan Undang – Undang No. 5 Tahun 1999*, KPPU, Jakarta, 2005, hlm. 12 - 16

4. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman tender, antara lain meliputi :
 - a. Jangka waktu pengumuman tender yang sangat terbatas.
 - b. Informasi dalam pengumuman tender sengaja dibuat tidak lengkap.
 - c. Pengumuman tender dilakukan melalui media masa dengan jangkauan yang terbatas.
5. Indikasi persekongkolan tender pada saat pengambilan dokumen tender, antara lain meliputi :
 - a. Dokumen tender yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta tender.
 - b. Waktu pengambilan dokumen tender yang diberikan panitia sangat terbatas.
 - c. Alamat pengambilan dokumen tender sulit diketemukan oleh calon peserta tender.
6. Indikasi persekongkolan pada saat penutupan harga dasar tender, yang antara lain meliputi :
 - a. Adanya dua atau lebih harga dasar atas suatu produk barang yang akan ditenderkan.
 - b. Harga dasar tender hanya diberikan kepada pelaku usaha tertentu.
7. Indikasi persekongkolan pada saat penjelasan tender, antara lain meliputi :
 - a. Informasi atas barang atau jasa yang akan ditender tidak jelas dan cenderung tertutup.
 - b. Penjelasan tender hanya dapat diterima oleh pelaku usaha yang terbatas.
8. Indikasi persekongkolan saat pembukaan dokumen penawaran tender, antara lain meliputi :
 - a. Adanya dokumen penawaran yang diterima setelah batas waktu.
 - b. Adanya dokumen yang dimasukkan dalam 1 (satu) amplop bersama – sama dengan penawaran peserta tender yang lain.
9. Indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender, antara lain meliputi :
 - a. Jumlah peserta tender lebih sedikit dari jumlah peserta dalam tender sebelumnya.

- b. Harga yang dimenangkan berbeda dari harga sebelumnya oleh peserta tender yang sama.
 - c. Proses evaluasi dilakukan di tempat yang tersembunyi dan sulit dilacak keberadaannya oleh peserta tender yang lain.
10. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang tender, antara lain meliputi :
- a. Pengumuman dilakukan secara terbatas.
 - b. Tanggal pengumuman tender ditunda dengan alasan yang tidak jelas.
 - c. Ada peserta tender yang memenangkan tender secara terus – menerus di wilayah tertentu.
11. Indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan, antara lain meliputi :
- a. Panitia tender tidak menanggapi secara serius sanggahan yang berasal dari peserta tender.
 - b. Panitia cenderung menutup – nutupi proses dan hasil evaluasi.
12. Indikasi persekongkolan saat penunjukan pemenang tender dan penandatanganan kontrak, antara lain meliputi :
- a. Surat penunjukan pemenang tender diterbitkan sebelum proses sanggahan diselesaikan.
 - b. Penerbitan surat penunjukan pemenang tender mengalami penundaan tanpa alasan yang jelas.
 - c. Konsep kontrak dibuat dengan menghilangkan hal – hal yang dianggap penting.
 - d. Penandatanganan kontrak mengalami penundaan tanpa alasan yang jelas.
13. Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan, antara lain meliputi :
- a. Pemenang tender mensub kontrakkan (mengalihkan) pekerjaan yang sudah diperolehnya kepada peserta tender lainnya yang kalah dalam aktivitas tender tersebut.
 - b. Nilai proyek yang diserahkan kepada pemilik proyek tidak sesuai dengan ketentuan awal.

- c. Hasil pengerjaan proyek tidak sesuai dengan ketentuan dalam spesifikasi teknis.

Berbagai indikasi tersebut hanya merupakan pedoman bagi para pelaku usaha atau peserta tender dan pejabat atau panitia tender untuk tidak melakukan persekongkolan tender. Pada prinsipnya pedoman mengenai berbagai bentuk indikasi persekongkolan tender tersebut dibentuk sesuai dengan tujuan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999,¹⁹⁶ yaitu untuk memulihkan persaingan usaha pada pasar bersangkutan. Sehingga Komisi Pengawas Persaingan Usaha perlu memberikan batas – batas kewenangan yang jelas pada setiap tahapan tender, kemudian masyarakat dapat memahami dan mengerti secara jelas tahapan – tahapan tender mana yang menjadi kewenangan untuk dilakukan pemeriksaan lebih lanjut oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

2.6 Modus Persekongkolan Tender

Konspirasi atau persekongkolan dalam penawaran umum diartikan sebagai bentuk kesepakatan kerja sama diantara para penawar yang seharusnya bersaing, dengan tujuan memenangkan peserta tender tertentu. Perjanjian ini dapat dilakukan oleh dua atau lebih peserta tender yang setuju untuk tidak mengajukan penawaran, atau oleh para peserta tender yang menyetujui agar satu peserta melakukan penawaran dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga murah dan paling efisien.¹⁹⁷

Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beriktikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan. Berkaitan dengan

¹⁹⁶Indonesia, *Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *op. cit.*, Pasal 3

¹⁹⁷R. Syam Khemani, *et. al.*, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* (Washington D.C. and Paris : The World Bank and Organization for Economic Cooperation and Development – OECD, 1999), hlm. 23

hal ini, UNCTAD menetapkan, bahwa tender kolusif pada dasarnya bersifat anti persaingan, karena dianggap melanggar tujuan penawaran tender yang sesungguhnya, yaitu mendapatkan barang atau jasa dengan harga dan kondisi yang paling menguntungkan pihak penyelenggara.¹⁹⁸

Dalam praktek terdapat beberapa modus beroperasinya persekongkolan penawaran tender, antara lain :¹⁹⁹

1. Bid Suppression

Tekanan terhadap penawaran (*bid suppression*), artinya bahwa satu atau lebih penawar setuju untuk tidak mengikuti tender, atau menarik penawaran yang telah diajukan sebelumnya, dan memberi kesempatan agar penawar lain dapat memenangkan tender tersebut.²⁰⁰ Berdasarkan metode ini persekongkolan dapat dilakukan oleh 1 (satu) atau lebih pelaku usaha untuk memenangkan peserta lain. Dalam *bid suppression* ini terjadi upaya pemaksaan yang dilakukan diantara peserta tender, agar yang lain bersedia menahan diri untuk tidak mengajukan penawaran harga atau bahkan peserta tender lain dipaksa untuk menarik diri dari arena persaingan penawaran harga.

2. Complementary Bidding

Penawaran yang saling melengkapi (*complementary bidding*), yaitu kesepakatan diantara para penawar dimana dua atau lebih penawar setuju terhadap siapa yang akan memenangkan penawaran. Pemenang yang dirancang kemudian mengatakan kepada penawar lain mengenai harga yang direncanakan, sehingga mereka akan melakukan penawaran dengan harga yang lebih tinggi. Sebaliknya, pemenang yang dirancang akan memerintahkan penawar lain untuk menawar di tingkat harga yang ditentukan, sehingga harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah daripada pesaing yang lain. Tindakan tersebut

¹⁹⁸Sacker and Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, GTZ – Katalis Publishing, Jakarta, 2000, hlm. 313

¹⁹⁹R. Syam Khemani, *et. al.*, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* disebutkan adanya bentuk – bentuk kejahatan dalam proses tender, seperti : *bid suppression*, *complementary bidding*, dan *bid rotation*. *op. cit*, hlm. 25 - 26

²⁰⁰R. Syam Khemani, *et. al.*, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *loc. cit*, hlm. 25

menciptakan kesan seolah – olah terdapat persaingan sesungguhnya diantara mereka, sehingga kontraktor yang dirancang berhasil memenangkan tender.²⁰¹

3. Bid Rotation

Perputaran penawaran atau arisan tender (*bid rotation*), adalah pola penawaran tender dimana satu dari penawar setuju untuk kembali sebagai penawar yang paling rendah. Dalam hal ini, penawar tender lain (selain pemenang yang sudah ditentukan sebelumnya), secara bersama – sama akan menawar setinggi – tingginya, sebelum sampai pada gilirannya untuk memenangkan tender. Seringkali perputaran ini menetapkan adanya jaminan, bahwa mereka akan mendapat giliran untuk memenangkan tender. Kadangkala dalam beberapa pola semacam ini, terdapat perjanjian untuk mengantisipasi, bahwa penawar yang “kalah” dalam tender akan menjadi subkontraktor bagi pihak yang dimenangkan.²⁰²

4. Market Division

Pembagian pasar (*market division*), adalah pola penawaran tender yang terdiri dari beberapa cara untuk memenangkan tender melalui pembagian pasar. Melalui metode ini, para penawar dapat merancang wilayah geografis maupun pelanggan tertentu, sehingga jika terdapat kontrak di wilayah tertentu, seluruh penawar sudah mengetahui penawar mana yang akan memenangkan tender.²⁰³

Dalam semua modus persekongkolan tender tersebut, acapkali pemenang tender, atau penawar yang lebih murah, dapat mengamankan kesepakatannya melalui pembayaran langsung sejumlah uang atau melakukan perjanjian sub – kontraktor dengan penawar yang kalah. Tindakan tersebut sebetulnya sangat beresiko, karena bagaimanapun juga perjanjian tersebut adalah ilegal. Melalui aktivitas tersebut, kontraktor dapat dianggap menghambat atau melarang sub – kontraktor menjual

²⁰¹Kara L. Haberbush, *Limiting The Government's Exposure to Bid Rigging Schemes, a Critical Look at The Seale Bidding Regime*, Public Contract, Law Journal, 2000, hlm. 99

²⁰²Kara L. Haberbush, *Ibid.*, hlm. 100. Bandingkan dengan pandangan lain yang membagi pola *bid rigging* ke dalam jenis – jenis berikut ini : *bid suppression, complementary bidding, bid rotation, dan subcontracting*. Periksa pula dalam, Daniel R. Karon, *Price Fixing, Market Allocation, and Bid Rigging Conspiracies : How Counsel Your Clients to Detect Violations and Inform You of Potential Claims*, American Journal of Trial Advocacy, Fall, 2001, hlm. 249

²⁰³Kara L. Haberbush, *Ibid.*, hlm. 100

jasanya secara langsung kepada pemerintah, dan hal semacam ini secara yuridis dilarang. Pada akhirnya berbagai macam komisi yang terkandung dalam transaksi antara kontraktor dan sub – kontraktor dianggap sebagai bentuk pelanggaran hukum.²⁰⁴

2.7 Para Pihak dan Cara Menentukan Adanya Persekongkolan

2.7.1 Para Pihak Dalam Persekongkolan

Persekongkolan dapat dilakukan oleh sesama pihak intra perusahaan dan dapat pula secara paralel yang sengaja dilakukan oleh satu perusahaan dengan perusahaan lainnya.²⁰⁵ Persekongkolan intra perusahaan terjadi apabila ada dua atau lebih pihak dari satu perusahaan yang sama atau sejenis mengadakan persetujuan untuk melakukan tindakan yang dapat menghambat persaingan usaha. Seperti, misalnya, bila ada suatu perusahaan memiliki divisi (bagian) yang berbeda, dimana masing – masing divisi bertanggung jawab atas jenis produksi yang berbeda, namun masih dalam satu badan hukum, walaupun masing – masing divisi saling bersaing satu sama lain. Oleh karena masing – masing divisi tersebut masih merupakan bagian dari satu perusahaan, maka persetujuan yang mereka lakukan tidak dapat dikategorikan sebagai suatu persekongkolan sesuai pemahaman atau pengertian yang dilarang oleh undang – undang anti monopoli.

Namun apabila suatu perusahaan membentuk organisasinya dalam beberapa divisi secara terpisah sebagai suatu anak perusahaan, dan dengan demikian merupakan badan hukum yang terpisah, maka bila mereka membuat persetujuan yang sifatnya dapat menghambat persaingan usaha, maka tindakan tersebut dapat dikategorikan dalam persekongkolan sebagaimana yang dilarang dalam undang – undang anti monopoli.²⁰⁶

²⁰⁴L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya : Srikandi, 2008), hlm. 122

²⁰⁵Tambahan kata “ disengaja” ini untuk membedakan tindakan persekongkolan ini dengan persamaan tindakan diantara dua atau lebih pelaku usaha yang terjadi secara kebetulan tanpa adanya persetujuan bersama. Periksa pula : Asril Sitompul, *Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Tinjauan Terhadap Undang – Undang No. 5 Tahun 1999)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 31

²⁰⁶L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya : Srikandi, 2008), hlm. 44

Sedangkan persekongkolan paralel yang disengaja dapat terjadi, apabila ada beberapa perusahaan mengikuti tindakan yang dilakukan oleh perusahaan besar (*market leader*) yang sebenarnya bagi mereka merupakan pesaing. Dalam hal ini, apabila kemudian terjadi beberapa perusahaan besar yang telah menguasai pasar, maka dikatakan bahwa pasar tersebut merupakan pasar oligopoli.²⁰⁷

Apabila para pelaku pasar mengikuti tindakan dari pemimpin pasar (*market leader*), maka hal ini akan berpengaruh terhadap pembentukan harga. Akan tetapi hal ini tidak selamanya melanggar undang – undang anti monopoli, bila para pengikut tadi telah mengambil keputusan sendiri – sendiri tanpa dipengaruhi oleh pengusaha yang menguasai pasar. Jika memang demikian, maka tidak terjadi persekongkolan paralel yang disengaja.²⁰⁸

Oleh karena itu, harus benar – benar diperhatikan, apakah ada persetujuan bersama dari para pengikut pasar tersebut untuk mengikuti tindakan yang dilakukan pemimpin pasar terutama tujuan mereka dalam mengikuti tindakan tersebut, dan juga apakah di dalam tindakan itu terdapat maksud untuk menyingkirkan pesaing mereka dari pasar. Dengan demikian, persoalan utama dari larangan persekongkolan adalah terdapatnya niat untuk menghambat persaingan usaha.²⁰⁹

Kemudian timbul masalah dalam penerapan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, yakni mengenai kesulitan dalam pembuktian adanya persekongkolan yang dilakukan oleh para pelaku usaha. Misalnya, jika ada penetapan harga atau melakukan tindakan yang dilarang lainnya, karena dalam praktek para pelaku usaha tidak melakukan pencatatan secara tertulis bila mengadakan persetujuan. Para pelaku usaha dapat saja mengajukan bantahan, bahwa kesamaan harga yang mereka tetapkan atau tindakan yang mereka lakukan adalah bukan hasil dari persekongkolan.²¹⁰

Guna melihat serta mempelajari tentang persekongkolan, maka ada 2 (dua) kasus konvensional yang pernah terjadi di Amerika Serikat, yakni kasus *Interstate*

²⁰⁷L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 44

²⁰⁸L. Budi Kagramanto, *op. cit.*, hlm. 44

²⁰⁹L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 45

²¹⁰L. Budi Kagramanto, *loc. cit.*, hlm. 45

Circuit Inc. vs. United States,²¹¹ dan kasus *Theatre Enterprises Inc., vs. Paramount Film Distributing Corp.*²¹²

2.7.2 Cara Menentukan Adanya Persekongkolan

Dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999²¹³ mensyaratkan adanya persekongkolan yang dilakukan oleh para pelaku usaha dengan pihak lain (pihak ketiga). Persoalan dapat atau tidak dapat diterapkannya ketentuan pasal tersebut bergantung pada 2 (dua) elemen, yaitu adanya para pihak terkait yang harus atau mampu menunjukkan ciri – ciri ikut berpartisipasi, serta telah terjadi kesepakatan untuk melakukan kegiatan yang saling menyesuaikan dan bersifat kolusif.

Di samping itu, terhadap ketentuan Pasal 22, Pasal 23 dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999²¹⁴ hanya dapat diterapkan, apabila pihak yang satu merupakan pelaku usaha, sedangkan pihak lainnya adalah pihak ketiga. Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 menegaskan, bahwa pihak lain di sini tidak harus merupakan pesaing pihak pertama, dan juga tidak harus berupa pelaku usaha, atau dapat juga pihak lain di sini setidak – tidaknya adalah pesaing pihak pertama atau pelaku usaha.²¹⁵

Sedangkan kegiatan yang saling menyesuaikan dan bersifat kolusif merupakan koordinasi yang dilakukan secara sengaja terhadap perilaku pelaku usaha, yang secara faktual maupun yuridis tidak memiliki kekuatan mengikat, yang sengaja mengganti persaingan usaha yang penuh dengan resiko kerja sama yang praktis, sehingga berakibat terbentuknya kondisi pasar yang tidak sesuai dengan persyaratan persaingan usaha.²¹⁶

²¹¹Perkara atau kasus tersebut dicatat dalam himpunan kasus No. 306 U.S. 208 (1939). Periksa pula : Asril Sitompul, *Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Tinjauan Terhadap Undang – Undang No. 5 Tahun 1999)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 32 - 33

²¹²Perkara atau kasus tersebut dicatat dalam himpunan kasus No. 346 U.S. 537 (1954). Periksa pula : Asril Sitompul, *Ibid.*, hlm. 32 - 33

²¹³Lihat Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²¹⁴Lihat Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²¹⁵L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 48

²¹⁶L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 48

Ada beberapa langkah awal yang dapat dikatakan sebagai kegiatan kolusif, yakni antara lain :

1. Menginformasikan perilaku diri sendiri dengan harapan agar pihak lain dapat menyesuaikan kegiatannya.
2. Mempengaruhi perilaku pihak lainnya dengan maksud untuk memperoleh informasi tentang kegiatan yang akan dilakukan oleh pihak lain tersebut, atau
3. Segala penyesuaian perilaku diri sendiri dengan cara apapun diharapkan agar pihak lain dapat mengetahui.

Dalam kegiatan kolusif inipun sebetulnya ada permasalahan yang perlu mendapat perhatian, yakni jika ada suatu perbedaan antara kegiatan kolusif itu sendiri dengan *gentlement agreements* (koordinasi kegiatan berdasarkan pada perjanjian) serta perilaku mandiri (tidak berdasar pada koordinasi kegiatan).

1. Terdapat *gentlement agreement*, apabila ada fakta yang secara konkrit atau nyata mengakibatkan terjadinya pembatasan terhadap kebebasan pelaku usaha yang terlibat serta dapat diidentifikasi (seperti hilangnya kredibilitas ataupun si pelaku usaha sudah tidak percaya lagi pada perundingan kegiatan usaha di masa mendatang).
2. Akan terjadi kegiatan kolusif, jika batas dari *gentlement agreement* sudah terlampaui, dan ini dapat dibuktikan dengan sudah terpenuhinya koordinasi seperti yang diinginkan dalam kegiatan berdasarkan pada perjanjian.
3. Sedangkan dalam perilaku mandiri (tidak berdasar pada koordinasi kegiatan) yang biasanya akan mengganggu tingkat persaingan usaha, akan muncul atau timbul oleh adanya keputusan sepihak yang diambil untuk menyesuaikan perilaku diri sendiri dengan perilaku pihak lain. Dalam hal ini tidak ada keinginan yang disepakati secara bersama diantara para pihak yang terlibat.

2.8 Dampak Negatif dan Upaya Menangani Persekongkolan Tender

2.8.1 Dampak Negatif Persekongkolan Tender

Persekongkolan tender akan membawa akibat atau dampak buruk, baik bagi peserta tender lain yang tidak ikut terlibat dalam persekongkolan maupun bagi dunia

persaingan usaha itu sendiri. Hampir sebagian besar peserta tender setuju, bahwa dalam proses tender seringkali ditemui adanya persekongkolan. Mereka berpendapat, bahwa persekongkolan tender senantiasa membawa dampak negatif atau buruk bagi peserta tender lainnya yang ingin melakukan proses tender secara wajar dan sehat. Oleh karena itu, dampak negatif adanya persekongkolan tender harus dihilangkan, karena dapat membawa beberapa akibat yang merugikan, diantaranya adalah :²¹⁷

1. Persekongkolan tender dapat menciptakan hambatan (*barrier to entry*) bagi peserta tender lainnya.
2. Persekongkolan tender dapat menimbulkan inefisiensi anggaran pemerintah serta merugikan negara.
3. Persekongkolan tender dapat menimbulkan ketidakpercayaan pasar terhadap kredibilitas pemerintah atau aparat pemerintah sebagai penyelenggara tender.

Berbagai dampak negatif tersebut akan diuraikan satu per satu secara lebih jelas, yakni sebagai berikut :

1. Persekongkolan tender dapat menciptakan hambatan (*barrier to entry*)
 Persoalan mengenai hambatan masuk ke pasar bersangkutan (*barrier to entry*) bagi pelaku usaha merupakan persoalan serius yang dihadapi dalam rangka melakukan kegiatan usahanya secara lancar. Pandangan bahwa, mengurangi hambatan untuk masuk ke pasar yang bersangkutan merupakan suatu metode yang baik atau dapat pula dikatakan sebagai hal yang bermanfaat bagi persaingan usaha, dan sekiranya pandangan tersebut juga akan diterima oleh banyak pihak. Dengan berusaha untuk mempertahankan pelaku usaha pesaing yang beragam karakternya serta berusaha untuk mencegah terjadinya hambatan masuk ke pasar yang bersangkutan (*barrier to entry*), maka setidaknya – tidaknya penegakan undang – undang anti monopoli menuju pada arah yang benar. Tanpa adanya *barrier to entry* maupun distorsi yang diciptakan oleh pemerintah, maka perusahaan besar pada pasar yang terkonsentrasi terpaksa harus melakukan

²¹⁷L . Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 201 - 202

efisiensi terhadap perubahan yang terjadi pada pasar tersebut, karena kehadiran pelaku usaha baru yang mampu menembus pasar tersebut.²¹⁸

Barrier to entry dapat pula terjadi pada kegiatan tender pengadaan barang dan jasa tertentu, karena pada dasarnya setiap peserta tender mempunyai kepentingan yang sama, yaitu berkeinginan untuk menjadi pemenang tender. Untuk mendapatkan posisi sebagai pemenang tender, para peserta tender sudah semestinya harus bersaing secara wajar dan ketat. Tetapi terkadang untuk mencapai posisi sebagai pemenang tender tersebut, peserta tender tidak segan – segan untuk melakukan penyimpangan – penyimpangan diantaranya dengan cara bersekongkol dengan pihak lain yang terlibat dalam proses tender melalui suatu kesepakatan yang sama, yaitu untuk memenangkan peserta tender tertentu. Kesepakatan tersebut dapat berupa kesepakatan tertulis maupun tidak tertulis yang sifatnya membatasi kemampuan peserta lain yang sebetulnya mempunyai potensi untuk memenangkan tender. Kesepakatan tersebut dapat terjadi dengan keterlibatan para pihak, tidak hanya keterlibatan kesepakatan horizontal, namun juga dapat melibatkan semua pihak dalam proses tender. Manipulasi lelang atau kolusi tender (*collusive tendering*) merupakan kesepakatan, baik horizontal maupun vertikal yang dilakukan oleh para peserta tender, panitia dan atau penyelenggara tender.²¹⁹

2. Persekongkolan tender dapat menimbulkan inefisiensi anggaran pemerintah.

Melalui perbandingan harga serta output monopoli dengan harga serta output patokan dari suatu model pasar persaingan sempurna (*perfect competition*), maka akan dapat dipahami, bagaimana tingkat persaingan akan mempengaruhi tingkat kesejahteraan konsumen dan efisiensi yang sudah dilakukan oleh produsen.²²⁰

²¹⁸L . Budi Kagramanto, *op. cit.*, hlm. 202

²¹⁹KPPU, *Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.*

²²⁰Periksa : Richard A. Posner , *Antitrust Law : An Economic Perspective, Chicago University of Chicago Press, 1976*, hlm. 98. Istilah yang dipergunakan oleh Posner sering berubah, kadang menggunakan istilah “*competition policy*”. Namun pada dasarnya kedua istilah tersebut sama. Periksa pula : ELIPS, *Laporan Kebijakan Persaingan Usaha Indonesia, op. cit.*, hlm. 2

Pada dasarnya struktur pasar dengan pasar persaingan sempurna, hampir tidak pernah terjadi dalam dunia nyata, dan sekaligus bukan pula merupakan tujuan kebijakan persaingan usaha yang sebenarnya.²²¹ Produksi yang efisien, berarti penggunaan sumber daya manusia, mesin serta bahan baku lainnya dipergunakan untuk memproduksi output secara maksimal, dan input tidak digunakan secara sia – sia, sehingga produk barang dan jasa yang dihasilkan mempunyai nilai tertinggi dan bermanfaat bagi konsumen. Efisiensi pada masa yang akan datang diperoleh dari insentif untuk inovasi yang menghasilkan peningkatan produk barang dan jasa maupun perbaikan dalam proses produksinya di masa depan.²²²

Sedangkan bagi konsumen sendiri, harga yang rendah akan dapat dinikmati, karena konsumen akan memperoleh pendapatan yang lebih tinggi untuk dibelanjakan pada pembelian lain, dapat melakukan investasi sehingga total surplus atau kekayaan konsumen maupun produsen semakin besar.²²³

3. Persekongkolan tender dapat menimbulkan ketidakpercayaan pasar terhadap kredibilitas pemerintah sebagai penyelenggara tender.

Persekongkolan dalam tender seringkali terjadi dalam praktek pengadaan barang dan/atau jasa oleh pemerintah. Kegiatan pengadaan barang maupun jasa yang penuh dengan persekongkolan jelas dapat mengurangi kepercayaan pasar

²²¹Struktur pasar persaingan sempurna (*perfectly competitive market*) hanya ada dalam angan – angan belaka, dan secara teoritis hanya sekedar untuk bahan diskusi atau pembahasan. Pasar persaingan sempurna merupakan hal yang dicita – citakan oleh banyak pelaku usaha, namun sulit untuk dijangkau dan diterapkan dalam menjalankan kegiatan usahanya. Kebanyakan pelaku usaha beranggapan bahwa persaingan sempurna merupakan struktur pasar yang ideal bagi mereka. Jika mereka dalam menjalankan kegiatan usahanya berusaha patuh pada peraturan perundang – undangan anti monopoli yang berlaku. Dalam pasar persaingan sempurna, jumlah produsen dan konsumen banyak, dimana pembeli dan penjual tidak dapat mempengaruhi harga pasar yang ada. Jika penjual menaikkan harga, maka akan kehilangan pelanggan. Namun sebaliknya, jika penjual menurunkan harga maka akan merugi. Selain itu dalam pasar persaingan sempurna tidak terdapat hambatan untuk masuk dalam pasar dan informasi yang dimiliki oleh penjual maupun pembeli adalah sama.

²²²Beberapa ekonom mengatakan bahwa ada 2 (dua) sifat efisiensi, yaitu efisiensi statik dan efisiensi dinamis. Efisiensi yang bersifat statik dapat digambarkan sebagai efisiensi dalam memproduksi barang dan atau jasa dengan bahan dan proses yang tersedia sekarang. Sedangkan efisiensi yang bersifat dinamis atau dikenal sebagai efisiensi teknis berkembang (*technical progress efficiency*) yang digambarkan sebagai efisiensi di masa depan yang dimulai dari proses serta inovasi produk.

²²³Para ekonom dan praktisi hukum persaingan usaha mempunyai pandangan yang sama dalam hal ini, bahwa efisiensi merupakan tujuan utama dari setiap kebijakan persaingan usaha pada setiap negara yang sudah memiliki undang – undang antimonopoli. Bahkan pendukung aliran atau mazhab Chicago di Amerika Serikat, seperti Henry Simons, George Stigler, Robert Bork, Richard Posner serta yang lainnya merupakan orang – orang yang pertama kali meletakkan aspek atau kajian ekonomi pada tujuan hukum persaingan usaha.

terhadap pemerintah, dimana pemerintah berperan sebagai penyelenggara tender. Biasanya para pelaku usaha mempunyai pendapat yang sama, bahwa semua kegiatan tender atau pengadaan barang dan jasa yang diselenggarakan oleh pemerintah pasti akan mengandung persekongkolan, sehingga kondisi seperti ini akan menimbulkan keraguan para pelaku usaha untuk mengikuti tender yang diselenggarakan oleh pemerintah. Kemungkinan apabila kondisi seperti ini dibiarkan terus berlanjut, maka pemerintah akan menemui kesulitan dalam pengadaan barang dan atau jasa di kemudian hari, karena tidak ada lagi pelaku usaha yang bersedia bekerja sama dengan pemerintah.²²⁴

2.8.2 Upaya Menangani Persekongkolan Tender

Dalam menangani kegiatan persekongkolan tender perlu dilakukan berbagai upaya yang nantinya akan memberikan manfaat bagi pihak – pihak yang berkeinginan untuk mengikuti tender pengadaan barang dan atau jasa oleh pemerintah. Berbagai upaya untuk menangani terjadinya praktek persekongkolan tender tersebut dapat dibagi dalam 2 (dua) sifat, yaitu bersifat preventif dan represif, yakni antara lain :²²⁵

1. Secara Preventif , antara lain meliputi :
 - a. Diperlukan peraturan yang menjamin diterapkannya prinsip – prinsip tender, yakni prinsip kewajaran, keterbukaan, keadilan, non diskriminatif, dan tidak menghambat peserta lain yang menjadi pesaing.
 - b. Perlu pembenahan, peningkatan terhadap kemampuan dan kualitas sumber daya manusia (SDM) yang secara langsung menangani kegiatan pengadaan barang dan atau jasa.
 - c. Diperlukan kejujuran dari pihak panitia serta penyelenggara dalam melakukan tender barang dan atau jasa.
 - d. Mencegah ikut sertanya kartel (dalam wujud asosiasi) pada suatu penawaran.

²²⁴L . Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 208

²²⁵L . Budi Kagramanto, *op. cit.*, hlm. 209 - 210

Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan atau Jasa Pemerintah adalah produk hukum yang bersifat *formalisme*, karena aturan mengenai tender barang dan atau jasa terkesan masih tumpang tindih. Oleh karena itu, perlu pengaturan yang lebih baik dan sinkron antara Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003 dengan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, khususnya terhadap ketentuan Pasal 22 yang mengatur tentang larangan persekongkolan tender.

Terhadap Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003²²⁶ juga masih perlu dibenahi substansi materinya. Tak kalah penting adalah perlunya dibentuk lembaga oleh pemerintah yang nantinya secara khusus menangani kegiatan tender atau pengadaan barang dan atau jasa di seluruh Indonesia²²⁷ dan dibentuk pula lembaga yang mengawasi pelaksanaan pengadaan ataupun tender barang dan jasa secara profesional, independen, jujur, serta tidak memihak pada salah satu peserta maupun penyelenggara tender.²²⁸

2. Secara Represif, antara lain meliputi :

Namun apabila ternyata masih tetap terdapat pelanggaran terhadap larangan persekongkolan tender yang dilakukan oleh pelaku usaha, maka ada beberapa tindakan yang secara represif dapat diterapkan, yaitu :

- a. Komisi Pengawas Persaingan Usaha dapat memerintahkan untuk menghentikan kegiatan tender yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat.
- b. Mewajibkan pelaku usaha yang melanggar kedua aturan tersebut untuk melaporkan aktivitas usaha kegiatan bisnisnya secara rutin ke Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

²²⁶Lihat pengaturan tender dalam Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan/atau Jasa Pemerintah

²²⁷Melonjaknya belanja modal membuat Pemerintah RI harus memperlancar proses pengadaan barang dan atau jasa. Solusi yang diajukan, bahwa Pemerintah RI bermaksud untuk segera membentuk lembaga yang secara khusus menangani aktivitas pengadaan barang dan atau jasa di bawah kendali Bappenas dan pertanggung jawabannya ditujukan kepada Presiden RI. Diharapkan dengan adanya lembaga tersebut sejumlah permasalahan pengadaan barang dan atau jasa yang selama ini membuat seretnya penyerapan anggaran pemerintah dapat segera teratasi.

²²⁸Lembaga ini bisa juga berbentuk Komisi Pengawasan Pelaksanaan Tender yang mandiri dan bertanggung jawab secara langsung kepada Presiden RI.

- c. Komisi Pengawas Persaingan Usaha dapat pula memerintahkan kepada pelaku usaha untuk mengumumkan aktivitas usahanya yang telah melanggar larangan persekongkolan tender melalui koran serta media massa lainnya
- d. Dilakukan tender ulang hingga pada tindakan untuk membatalkan hasil tender barang dan atau jasa sebelumnya.
- e. Menerapkan denda dan sanksi administratif (seperti dalam Pasal 47 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat).
- f. Komisi Pengawas Persaingan Usaha dapat pula menetapkan denda administratif tambahan, berupa pengenaan pungutan atas produk (barang dan atau jasa) dari peserta tender yang dimenangkan secara tidak wajar melalui persekongkolan.

2.9 Larangan Persekongkolan Tender dan Penerapan Sanksi Hukumnya

2.9.1 Larangan Persekongkolan Tender

Pada prinsipnya tujuan pengadaan tender adalah untuk memperoleh barang dan atau jasa yang dibutuhkan dalam jumlah yang cukup, dengan kualitas dan harga yang dapat dipertanggung jawabkan, dalam waktu cepat, pada tempat tertentu, efektif dan efisien serta berdasarkan pada ketentuan dan tata cara yang berlaku. Namun sebaliknya, peserta tender atau pelaku usaha maupun pemberi proyek yang bersekongkol biasanya mempunyai tujuan lain, yaitu untuk memenangkan peserta tender tertentu. Hal ini cukup beralasan karena sebetulnya para pihak yang bersekongkol dalam tender barang dan atau jasa berharap bisa mendapatkan peningkatan pendapatan atau penghasilan, kepastian usaha bagi peserta tender yang bersekongkol , ataupun bertujuan untuk meningkatkan penguasaan pasar dengan cara menghambat kegiatan usaha pesaingnya secara terus – menerus dan sistematis.²²⁹

²²⁹L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 112

Dalam Pasal 1 angka (8) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 ditetapkan, bahwa persekongkolan merupakan bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha yang bersekongkol.²³⁰

Ketentuan yang diatur dalam Pasal 1 angka (8) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 memberi tujuan persekongkolan limitatif yang berupa penguasaan pasar bagi kepentingan pihak – pihak yang bersekongkol.²³¹ Sedangkan ketentuan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak mensyaratkan adanya unsur penguasaan pasar karena tender kolusif tidak terkait dengan struktur pasar. Hal tersebut merupakan salah satu kelemahan pelaksanaan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999.²³²

Larangan persekongkolan tender yang ditetapkan dalam ketentuan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 menunjukkan bahwa Undang – Undang Antimonopoli mengenal unsur perilaku pelaku usaha yang saling menyesuaikan dalam persekongkolan tender. Di samping itu penerapan hukum persaingan usaha harus ditujukan kepada :

*“the actual and, or potential business conduct of firms in a given market and not on the absolute or relative size of the firms.”*²³³

Artinya, pengawasan yang dilakukan oleh otoritas persaingan usaha harus lebih difokuskan untuk menilai segi – segi *behaviour practice*, seperti halnya dengan tender kolusif dan bukan diarahkan pada segi struktur pasar sebagaimana dalam kegiatan merger.²³⁴

Tender kolusif mengutamakan aspek perilaku berupa perjanjian untuk bersekongkol yang umumnya dilakukan secara diam – diam.²³⁵ 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 yang terlibat. Melalui persekongkolan tender,

²³⁰Lihat Pasal 1 angka (8) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²³¹Yakub Adi Krisanto, *op. cit.*, hlm. 42

²³²Lihat Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²³³Firoz Gaffar, *Lima Tahun KPPU : Isu Hukum Persaingan Usaha & Penegakannya*, Jurnal Hukum Bisnis, vol. 24, No. 3, Jakarta, 2005, hlm. 28

²³⁴Didik J. Racbini, *Ekonomi Politik Utang*, *op. cit.*, hlm. 131

²³⁵A.M. Tri Angraeni, Larangan Praktek Monopoli, *op. cit.*, hlm. 363. Lihat juga Sitompul, *op. cit.*, hlm. 32 dan Silalahi, *Perjanjian Horizontal di Indonesia*, *op. cit.*, hlm. 75

pihak – pihak yang terlibat berupaya untuk menghindari semaksimal mungkin tekanan – tekanan yang ada akibat ketatnya persaingan usaha dan melalui persekongkolan masing – masing pelaku usaha memungkinkan untuk meningkatkan keuntungan tanpa harus melakukan kinerja persaingan secara sehat.²³⁶

Praktek persekongkolan telah meluas di kalangan dunia usaha, terutama pelaku usaha yang melakukan transaksi bisnis dengan pemerintah melalui persekongkolan tender. Praktek tersebut merupakan bagian dari praktek dalam sistem ekonomi politik yang buruk sehingga mengakibatkan inefisiensi dan ekonomi biaya tinggi. Melemahnya ekonomi Indonesia karena hutang dan anggaran belanja negara yang tidak efisien disebabkan pula oleh persekongkolan tender pengadaan barang dan atau jasa, khususnya barang dan atau jasa pemerintah. Praktek persekongkolan tender terkait pula dengan praktek Korupsi Kolusi Nepotisme (KKN) yang meluas di Indonesia, baik pada masa lalu maupun pada masa sekarang ini.²³⁷

2.9.2 Penerapan Sanksi Hukum Persekongkolan Tender

Oleh karena itu, Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas menetapkan 2 (dua) jenis sanksi yang dikenakan terhadap pelanggaran ketentuan Undang – Undang tersebut, khususnya pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, yaitu sanksi administratif dan sanksi pidana yang berupa pidana pokok dan pidana tambahan.²³⁸

Ketentuan Pasal 47 ayat (1) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa KPPU berwenang untuk menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang – Undang

²³⁶Knud Hansen, *op. cit.*, hlm. 84 – 85. Lihat jugadalam Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, *op. cit.*, hlm. 210, bahwa bentuk persekongkolan berdasarkan 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.

²³⁷Didik J. Rachbini, *Ekonomi Politik Utang*, *op. cit.*, hlm. 139. Lihat juga pendapat yang mengatakan bahwa *bid rigging in the construction industry is the not cause of corruption among politicians and public servants it produces adverse effects by forcing tax payers to bear the burden of high construct costs. More over bid rigging, rups counter to the competition rules which are later nationally common these days*, in Naoki Okatani, "Regulation and Bid Rigging in Japan, The United States and Europe," *Pacific Rim Law and Policy Journal*, March 1995, hlm. 251

²³⁸Indonesia, *Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. *op. cit.*, Pasal 48 ayat (2) dan (3)

tersebut, sedangkan ketentuan ayat (2) menetapkan bentuk – bentuk tindakan administratif, termasuk pelanggaran terhadap Pasal – Pasal tersebut di atas.

Adapun sanksi pidana denda yang dikenakan terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999²³⁹ adalah pidana denda antara Rp. 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah) sampai dengan Rp. 25.000.000.000,00 (dua puluh lima milyar rupiah) atau kurungan pengganti denda selama 5 (lima) bulan. Selanjutnya sanksi terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 41 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999²⁴⁰ adalah apabila pelaku usaha menolak bekerja sama dalam penyelidikan atau pemeriksaan dengan ancaman pidana denda Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) sampai dengan Rp. 5.000.000.000,00.(lima milyar rupiah).²⁴¹

Ketentuan Pasal 49 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999²⁴² menetapkan bahwa pidana pokok tersebut dapat disertai dengan pidana tambahan berupa pencabutan ijin usaha atau larangan menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang – kurangnya 2 (dua) tahun dan selama – lamanya 5 (lima) tahun bagi pelaku usaha yang terbukti melakukan pelanggaran Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, penghentian tindakan atau kegiatan tertentu yang merugikan orang lain.²⁴³

Penerapan sanksi pelanggaran terhadap larangan persekongkolan tender tersebut memerlukan koordinasi efektif dengan pihak Kepolisian Republik Indonesia, Kejaksaan Agung Republik Indonesia, dan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) karena umumnya praktek persekongkolan dalam tender terkait dengan indikasi KKN (Korupsi Kolusi Nepotisme) yang meluas, baik pada masa lalu maupun pada masa sekarang.²⁴⁴

Dalam persekongkolan tender vertikal, persekongkolan tender horizontal maupun persekongkolan tender gabungan horizontal dan vertikal, penafsiran sempit

²³⁹Lihat Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²⁴⁰Lihat Pasal 41 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²⁴¹Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Bogor : Ghalia Indonesia, 2002, *op. cit.*, hlm. 95 – 96.

²⁴²Lihat Pasal 49 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999

²⁴³Racmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 2004, hlm. 121 - 122

²⁴⁴Racmadi Usman, *Ibid.*, hlm. 122

ketentuan Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya mengatur persekongkolan dalam tender yang dilakukan oleh para pelaku usaha dan tidak memuat unsur keterlibatan pejabat atau panitia tender. Hal tersebut memberi pengaruh besar terhadap penerapan sanksi yang diberikan kepada pejabat atau panitia tender, walaupun yang bersangkutan terlibat dalam persekongkolan tender tersebut.²⁴⁵

2.10 Pendekatan Dalam Hukum Persaingan Usaha

Hukum persaingan usaha mengenal 2 (dua) metode pendekatan untuk menganalisis ada atau tidaknya monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, yaitu dengan pendekatan yang disebut *per se illegal* (*per se violations* atau *per se rule*) maupun dengan pendekatan *rule of reason*.²⁴⁶ Tetapi dalam kenyataannya pada kasus – kasus persaingan usaha, penggunaan kedua pendekatan ini tidak mudah untuk diterapkan.

Karena tidak semua orang mempunyai persepsi yang sama terhadap pengertian yang menyatakan suatu tindakan dinyatakan mutlak melanggar ataupun dapat diputuskan setelah melihat argumentasi dan alasan rasional tindakannya. Banyak metode yang dicoba oleh para akademisi, ahli hukum persaingan usaha dan praktisi hukum untuk menetapkan aplikasi ini walaupun tidak bersifat mutlak. Oleh karena itu selama waktu ini, perdebatan masih tetap berlangsung dalam hukum persaingan usaha ketika menentukan faktor “*reasonableness*” tersebut.²⁴⁷

Suatu tindakan yang dinyatakan bersifat anti persaingan (*anti competitive behavior*) serta akibat yang ditimbulkan pada proses persaingan tentu harus melewati beberapa acuan. Ukuran dari akibat anti persaingan haruslah bersifat nyata dan substansial.

²⁴⁵L. Budi Kagramanto, *Ibid.*, hlm. 115

²⁴⁶Robert H. Bork, *The rule of reason and The Per se Concept : Price Fixing and Market Division*, *op. cit.*, hlm. 78, “*In one sense to attempt to isolate and describe the main themes of the rule of reason involves a considerable element of arbitrariness.*”

²⁴⁷American Bar Association, *Section of Antitrust Law*, Monograph 23, *The Rule of Reason*, 1999, hlm. 104. Hal – hal yang perlu diperhatikan ketika mengukur faktor *reasonableness* dalam suatu kasus adalah dengan melihat pada faktor : (1) akibat yang ditimbulkan dalam pasar dan persaingan, (2) pertimbangan bisnis yang mendasari tindakan tersebut, (3) kekuatan pangsa pasar (*market power*) dan (4) alternatif yang tersedia (*less restrictive alternative*), dan (5) tujuan (*intent*). Lihat Peter C. Carstensen, *The Content of The Hollow Core of Antitrust : The Chicago Board of Trade Case and The Meaning of “The Rule of Reason” in Restraint of Trade Analysis*, J. Res. L&Econ, 1992, hlm. 65 – 68.

Dalam hal ini terdapat ukuran yang dipergunakan dalam hukum persaingan usaha yaitu : melalui pembuktian yang sifatnya nyata anti persaingan (*naked restraint*), misalnya seperti penetapan harga, dengan melihat akibat yang ditimbulkannya pada persaingan dan dengan melihat tindakan atau hambatan yang dilakukan apakah akan mengakibatkan pelaku usaha dapat menggunakan kekuatan pasarnya (*market power*) untuk menghambat persaingan.²⁴⁸

Dalam ukuran pendekatan *per se illegal* maka pihak yang menuduh melakukan pelanggaran harus membuktikan bahwa tindakan itu benar dilakukan tanpa harus membuktikan efek atau akibatnya.²⁴⁹ Tindakan yang dilakukan itu juga tidak mempunyai pertimbangan bisnis atau ekonomi yang rasional dan dapat dibenarkan, misalnya penetapan harga hanya dengan tujuan untuk mengelakkan persaingan.²⁵⁰

Dalam hal ini pemisahan yang tegas antara pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*²⁵¹ dinyatakan dengan *bright line test (per se rules)*.²⁵² Selebihnya adalah dengan melihat faktor yang mempengaruhi apakah suatu tindakan bersifat anti persaingan (*anti competitive behaviour*) atau tidak dengan melihat unsur alasan atau “*reasonableness*” dari tindakan tersebut serta dengan jalan

²⁴⁸American Bar Association, *Section of Antitrust Law, op. cit.*, hlm. 161

²⁴⁹American Bar Association, *Section of Antitrust Law, Ibid.*, hlm. 1. “*Under the Per se Test, the plaintiff must simply prove that practice occurred and the defendant then is precluded from attending to justify the restraint.* Lihat juga Thomas A. Piraino Jr, *Making Sense of The Rule of Reason : A New Standard for Section 1 of the Sherman Act*, 47 *Vanderbilt Law Review*, (1994), hlm. 1753 - 1754

²⁵⁰Lihat pendapat Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Northern Pacific Railway Co., vs. United States*, 356 U. S. 1, 5 (1958) dimana dikatakan bahwa : “*There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without any elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excure for their use. The principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for any incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable – an inquiry so often wholly fruitless when undertaken.*”

²⁵¹Ernest Gellhorn & Teresa Tatham, *Making Sense Out of The Rule of Reason*, *Case Western Reserver Law Review*, Volume 35, 1984/1985, hlm. 155. *The rule of reason standard was reserved for instances in which the activity might be beneficial, such as certain agreements among members of a trade association. Under this standard, evidence of market conditions, justifications for the activity, and actual or potential effects on competition could be considered.*

²⁵²Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, West Group, 1994, *op. cit.*, hlm. 165. “*The first adopts simple, bright line test (per se rules) that focus solely on whether certain conduct took place.*” Lihat juga Stephen Calkins, *California Dental Association : Not the Quick Look But Not the Full Monty*, 67, *Antitrust Law Journal*, 495 (2000)

mengevaluasi tujuan dan akibat dari tindakannya dalam suatu pasar atau proses persaingan.²⁵³

Penerapan pendekatan *rule of reason* merupakan pilihan yang tepat dalam melakukan penyelidikan. Analisis diperlukan untuk menentukan praktek tertentu yang menghambat atau mendorong persaingan, atau apabila terdapat tendensi keduanya, maka pengadilan akan mengambil langkah – langkah yang pengaruhnya paling menguntungkan (efisien) bagi masyarakat secara luas.²⁵⁴

Dalam substansi Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 umumnya mayoritas juga menggunakan pendekatan *rule of reason*. Dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 maka substansi pasal – pasalnya yang menggunakan pendekatan *rule of reason* tergambar dalam konteks kalimat yang membuka alternatif interpretasi bahwa tindakan tersebut harus dibuktikan dulu akibatnya secara keseluruhan dengan memenuhi unsur – unsur yang ditentukan dalam Undang – Undang apakah menciptakan praktek monopoli ataupun praktek persaingan usaha tidak sehat.²⁵⁵

Penerapan pendekatan *rule of reason* antara lain dilihat dari bunyi ketentuan dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mencantumkan kata "...dapat mengakibatkan..." dan atau "...patut diduga...". Hal ini menunjukkan perlunya penelitian yang mendalam apakah suatu tindakan menimbulkan monopoli yang merugikan persaingan.

²⁵³American Bar Association, *Section of Antitrust Law, op. cit.*, hlm. 8. Lihat kasus *National Society of Professional Engineers vs. United States*, 435 U.S. (1978), hlm. 692. "There are ... Two complimentary categories of antitrust analysis. In the first category are agreements whose nature and necessary effect are so plainly anti competitive that no elaborate study of the industry is needed to establish their illegality – they are "illegal per se." In the second category are agreements whose competitive effect can only be evaluated by analyzing the facts peculiar to the business, the history of the restraint, and the reasons why it was imposed (ie : rule of reason analysis)

²⁵⁴*United States vs. Trans – Missouri Freight Association* , 166 U.S. 290, 343, 17 S. Ct. 540, 560, 41 L. Ed. 1007, 1028 (1897) yang kemudian dimodifikasi dalam *Standard Oil Co. Of N.J. vs. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911)

²⁵⁵Sebagai contoh dari interpretasi pasal yang menggambarkan *rule of reason* adalah dalam kalimat yang membuka peluang analisis dengan melihat akibat yang ditimbulkan dari suatu tindakan sebelum dinyatakan melanggar undang – undang. Lihat pasal 1 ayat 2 "...sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum." Pasal 4 "...yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Pasal 2, 7, 22, dan 23 "...yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat." Pasal 8 "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat." Pasal 9 "...sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat."

Pendekatan *rule of reason* menggunakan alasan – alasan pembenaran apakah tindakan yang dilakukan tersebut walaupun bersifat anti persaingan tetapi mempunyai alasan pembenaran yang menguntungkan dari pertimbangan sosial, keadilan ataupun efek yang ditimbulkannya²⁵⁶ serta menggunakan juga unsur maksud (*intent*).²⁵⁷ Sebaliknya pasal – pasal dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menggambarkan bentuk dari pendekatan *per se illegal* dilihat dalam pasal – pasal yang sifatnya imperatif dengan interpretasi yang memaksa.²⁵⁸

Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan untuk mengevaluasi akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Pendekatan ini menggunakan analisis pasar serta dampaknya terhadap persaingan, sebelum dinyatakan sebagai melanggar undang-undang.²⁵⁹

Pendekatan *per se illegal* adalah suatu pendekatan yang menyatakan setiap perjanjian usaha atau kegiatan usaha tertentu sebagai *illegal*, tanpa perlu pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut.²⁶⁰

²⁵⁶Pendapat Hakim Agung Amerika Serikat Lord Brandeis dalam kasus *Chicago Board of Trade vs. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918). Kasus *Chicago Board of Trade* adalah suatu kasus yang terkenal dimana Hakim Lord Brandeis menetapkan bahwa penetapan harga diijinkan bila dilihat kepentingan sosial dan kepada siapa penetapan harga ini diberlakukan. Hal ini terjadi ketika bursa menetapkan harga (*call rule*) terhadap sekelompok petani di luar kota Chicago karena pertimbangan waktu dan informasi. Penetapan harga ini dianggap sebagai awal dari argumentasi mengenai *rule of reason* yang sampai saat ini masih diperdebatkan. Lihat juga Lawrence Anthony Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, West Group, St. Paul Minnesota, 2000, *op. cit.*, hlm. 196, dikatakan bahwa pengadilan harus melihat apakah tujuan dan akibat dari perjanjian itu semata – mata hanya untuk membatasi persaingan, jika ‘ya’ maka harus dilihat juga faktor – faktor apa yang mengakibatkan proses persaingan terdistorsi.

²⁵⁷Lihat kasus *Barry Wright Corp. vs. ITT Grinnel Corp*, 724 F2d 227. 232 (1st Cir. 1983) “...if search for intent means a search for documents or statements specifically reciting the likelihood of anticompetitive consequences or of subsequent opportunities to inflate prices, the knowledgeable firm will simply refrain from overt description. It is meant to refer to a set of objective economic conditions that allow the court to “infer” improper intent, ...them, using Occam’s razor, we can slide “intent away”. Dalam kasus ini terjadi tuduhan mengenai menjual rugi (*predatory pricing*) dan pengadilan memutuskan bahwa elemen tujuan (*intent*) harus dibuktikan untuk menetapkan terjadinya menjual rugi tersebut.

²⁵⁸Sebagai contoh lihat Bagian Kedua, Pasal 5 ayat (1) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Penetapan Harga, yaitu : “Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

²⁵⁹A.M Tri Angraeni, “Penerapan Pendekatan *Rule Of Reason* dan *Per Ser Illegal* Dalam Hukum Persaingan”, *Jurnal Hukum Bisnis*, (Vol. 24, 2005), *op.cit.*, hlm. 5

²⁶⁰A.M Tri Angraeni, *Ibid.*, hlm. 6

Untuk dapat menerapkan model pendekatan yang dapat diterapkan maka dapat digunakan alat uji terhadap perilaku tersebut. Jika suatu kolaborasi mengandung sifat-sifat pro kompetitif dan (sekaligus) anti kompetitif, maka pendekatan *rule of reason* memungkinkan untuk diterapkan. Perilaku tersebut berlaku terhadap penyelidikan multifaktor yang mempertanyakan tiga hal. *Pertama*, pembatasan perdagangan tersebut membatasi output dan menaikkan harga, *kedua*, apakah manfaat efisiensi melebihi akibat antikompetitif yang mungkin timbul, *ketiga*, apakah pembatasan tersebut sepatutnya diperlukan untuk mencapai tujuan efisiensi. Melalui pemahaman ini terlihat bahwa pendekatan *rule of reason* terutama memfokuskan diri secara langsung pada dampak terhadap kondisi persaingan dari perbuatan pembatasan yang diselidiki.²⁶¹

Kedua model pendekatan ini dipergunakan untuk membedakan pola dan bentuk tindakan dari pelaku usaha yang berakibat atau berdampak terhadap kondisi persaingan. Model pendekatan ini digunakan dengan mengenali hambatan (*restraint*) yang terjadi dalam suatu proses persaingan dimana hambatan yang terjadi ada yang mutlak bersifat menghambat persaingan dan ada yang mempunyai pertimbangan atau alasan ekonomi. Oleh karena itu, dengan pertimbangan ataupun rasionalisasi yang dipengaruhi faktor ekonomi, sosial dan keadilan maka dapat diputuskan bahwa tindakan tersebut dapat dianggap atau tidak menciptakan hambatan dalam proses persaingan.²⁶²

2.10.1 Pendekatan *Per Se Illegal*

Kata "*per se*" berasal dari bahasa latin berarti *by itself; in itself; taken alone; by means of itself, through itself, inherently; in isolation; unconnected; with other matters; simply as such; in its own nature without reference to its relation*. Sedangkan *rule of reason* berarti :²⁶³

"is a legal approach by competition authorities or the courts where an attempt is made to evaluate the pro competitive features of a restrictive business practices

²⁶¹Hikmahanto Juwana, et.al., *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturnya di Indonesia*, (Jakarta: ELIPS, 1999), hlm. 69

²⁶²Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2004), hlm. 72

²⁶³Hikmahanto Juwana, et.al., *op.cit.*, hlm. 62

*against is anti competitive effects in order to decide wheter or not the practice should be prohibited. Some market restriction which prima-facie give rise to competition issues may on further examination be found to have valid efficiency enhancing benefits.”*²⁶⁴

Perbedaan antara hambatan yang sifatnya mutlak atau tidak menjadi faktor penentu yang penting karena prinsip ini menentukan konsep pendekatan “*rule of reason*” dan pendekatan “*per se rule*” pada saat menentukan tindakan yang sifatnya anti persaingan atau tidak. Apabila suatu aktivitas adalah jelas maksudnya dan mempunyai akibat merusak, hakim tidak perlu sampai harus mempermasalahkan masuk akal tidaknya dari peristiwa yang sama (dengan peristiwa yang sedang diadili) sebelum menentukan bahwa peristiwa yang bersangkutan merupakan pelanggaran hukum persaingan. Prinsip ini dikenal juga dengan “*per se doctrine*” atau kerap disebut juga dengan “*per se violation*”.²⁶⁵

Pada prinsipnya terdapat 2 (dua) syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yakni, *pertama*, harus ditujukan lebih kepada “perilaku bisnis” daripada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya, mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap *fair*, jika perbuatan *illegal* tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari. *Kedua*, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktik atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan perkataan lain, penilaian atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian, diakui bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas - batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.²⁶⁶

Pengujian (*test*) terhadap ada tidaknya persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pengusaha untuk mengetahui keabsahan

²⁶⁴Ningrum Natasya Sirait, *op.cit.*, hlm. 78

²⁶⁵Hikmahanto Juwana *et.al.*, *op.cit.*, hlm. 62-63

²⁶⁶Carl Kaysen dan Donald F. Turner, *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, hlm.142 dalam A.M. Tri Anggraini, “Penerapan Pendekatan *Rule Of Reason* dan *Per Ser Illegal* Dalam Hukum Persaingan”, *Jurnal Hukum Bisnis*, (Vol. 24, 2005), *op.cit.*, hlm. 7

suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat ganda.²⁶⁷ Dalam praktek, pengaturan ini berguna agar pelaku usaha sejak awal mengetahui rambu - rambu larangan terhadap perbuatan apa saja yang dilarang dan harus dihindari dalam praktek usahanya guna menghindari munculnya potensi risiko bisnis yang besar di kemudian hari sebagai akibat pelanggaran terhadap norma - norma larangan tersebut.²⁶⁸

Pada dasarnya pendekatan *per se* diterapkan pada tindakan - tindakan yang pasti membawa akibat negatif terhadap persaingan, sedangkan pendekatan *rule of reason* diterapkan pada tindakan - tindakan yang berpotensi membawa akibat negatif terhadap persaingan. Meskipun demikian, terdapat perbedaan antara negara yang satu dengan negara yang lain tentang tindakan - tindakan apa saja yang didekati secara *rule of reason*. Berdasarkan ketentuan antitrust Amerika Serikat, penentuan harga secara horizontal (*horizontal price fixing*) dianggap *illegal* secara *per se*. Namun, di Kanada tindakan yang sama bisa saja diperbolehkan apabila dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki *market power* kecil.²⁶⁹

2.10.2 Pendekatan *Rule Of Reason*

Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.²⁷⁰ Doktrin ini sebelumnya berasal dari tradisi *common law* (*case law*), yaitu lahir dalam kasus *Mitchel v. Reynolds*. Kasus ini memberikan gambaran bagaimana suatu perjanjian yang bersifat anti persaingan dinyatakan tetap berlaku oleh hakim yang menangani perkara. Perjanjian tersebut dianggap layak dan patut meskipun bersifat anti kompetitif karena menjauhkan masyarakat dari manfaat adanya persaingan. Dasar

²⁶⁷A.M. Tri Anggraini, *Ibid.*, hlm. 7

²⁶⁸Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha*, Cet. I, (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), hlm. 223

²⁶⁹Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Cet. I, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), hlm. 67

²⁷⁰Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2004), *op.cit.*, hlm. 82

pertimbangan hakim adalah manfaat jangka panjang untuk memberikan insentif bagi pengembangan perusahaan sejenis di kemudian hari akan melebihi kerugian yang bersifat terbatas dan sementara terhadap persaingan.²⁷¹

Penentuan pendekatan *rule of reason* diawali dengan menetapkan definisi pasar. Semua perhitungan, penilaian, dan keputusan penting tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun tergantung pada ukuran (pangsa) pasar dan bentuk pasar terkait (*the relevant market*).²⁷²

Pendekatan *rule of reason* dipergunakan untuk mengakomodasi tindakan - tindakan yang berada dalam “*grey area*” antara legalitas dan ilegalitas. Dengan analisis *rule of reason*, tindakan - tindakan yang berada dalam “*grey area*” namun ternyata berpengaruh positif terhadap persaingan menjadi berpeluang untuk diperbolehkan. Pendekatan *rule of reason* ini seakan - akan lantas menjadi jaminan bagi para pelaku usaha untuk secara leluasa mengambil langkah bisnis yang mereka kehendaki, sepanjang langkah itu *reasonable*.²⁷³

Namun pendekatan *rule of reason* juga mengandung kelemahan, dan mungkin merupakan kelemahan yang paling utama adalah bahwa pendekatan *rule of reason* yang digunakan oleh para hakim dan juri mensyaratkan pengetahuan tentang teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks dimana mereka belum tentu memiliki kemampuan yang cukup untuk memahaminya, guna dapat menghasilkan putusan yang rasional. Terbatasnya kemampuan dan pengalaman hakim untuk mengatasi proses litigasi yang kompleks, seringkali menimbulkan sejarah sepanjang sistem pengadilan di Amerika Serikat.

Disamping itu, tidak mudah untuk membuktikan kekuatan pasar tergugat, mengingat penggugat harus menyediakan saksi ahli di bidang ekonomi dan bukti dokumenter yang ekstensif dari para pesaing lainnya. Padahal, biasanya pihak penggugat hanya memiliki kemungkinan yang kecil untuk memenangkan perkara,

²⁷¹Stephen F. Ross, *Principle of Antitrust Law*, (Westbury, New York: The Foundation Press Inc., 1993), hlm. 14

²⁷²A.M. Tri Anggraini, “Penerapan Pendekatan *Rule Of Reason* dan *Per Ser Illegal* Dalam Hukum Persaingan”, *Jurnal Hukum Bisnis*, (Vol. 24, 2005), *op. cit.*, hlm. 10

²⁷³Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Cet. I, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), *op.cit.*, hlm. 67

sehingga seringkali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality*.²⁷⁴

Berdasarkan perbedaan pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *the rule of reason*, maka untuk selanjutnya, sebagian besar keputusan pengadilan telah menempatkan posisi di antara kedua pandangan ekstrim tersebut. Meskipun kebanyakan keputusan pengadilan dan para komentator berasumsi bahwa pendekatan *per se illegal* serta pendekatan *rule of reason* merupakan standar yang berlawanan dalam melakukan analisis *antitrust*,²⁷⁵ namun dalam kenyataannya mereka menganggap bahwa keduanya merupakan satu kesatuan.²⁷⁶ Artinya bahwa dalam satu kasus tertentu, pengadilan akan menetapkan keputusan dilandasi pendekatan *rule of reason*, tetapi dalam kasus lainnya digunakan pendekatan *per se illegal*, atau bahkan secara bersamaan akan digunakan kedua pendekatan tersebut.²⁷⁷

Walaupun ada perbedaan yang jelas antara pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*, tetapi keduanya bisa saling melengkapi dan tidak merupakan inkonsistensi.²⁷⁸ Seperti telah dijelaskan sebelumnya, bahwa penggunaan pendekatan *per se illegal* lebih singkat daripada pendekatan *rule of reason*.²⁷⁹

Mengingat tidak terdapat kejelasan mengenai kapan akan diterapkan pendekatan *rule of reason* atau pendekatan *per se illegal*, karena tidak semua perilaku yang bersifat membatasi (*restrictive conduct*) secara inheren bersifat anti persaingan,

²⁷⁴A.M. Tri Anggraini, "Penerapan Pendekatan *Rule Of Reason* dan *Per Ser Illegal* Dalam Hukum Persaingan", *Jurnal Hukum Bisnis*, (Vol. 24, 2005), *op. cit.*, hlm. 9

²⁷⁵Edward Brunet, "Streamlining Antitrust Litigation by Facial Examination of Restraints : The Burger Court and The Per Se Rule of Reason Distinction," *Washington Law Review*, vol. 1, 1984, hlm. 22. Lihat pula James E. Hartley, *et. al.*, "The Rule of Reason", American Bar Association (ABA), Monograph No. 23, 1999, hlm. 7

²⁷⁶James E. Hartley, *et. al.*, *Ibid.*, hlm. 9

²⁷⁷Lihat *Standard Oil, Co vs. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911)

²⁷⁸Hakim Burger telah mengantisipasi untuk mengakhiri perbedaan perdebatan tentang perbedaan yang jelas antara analisis *per se* dengan *rule of reason* dalam pernyataan ketidaksetujuannya (*dissenting opinion*) pada kasus *Topco*, dengan menyatakan bahwa "...*Per se rules ...are complimentary to, and no way inconsistent with...*" Lihat *Topco vs. United States*, 405 U.S. , hlm. 621. Lihat pula kasus *National Society of Professional Engineers vs. United States*, 435 U.S. 679, dimana Mahkamah Agung menyatakan "...*the purpose of both the per se rule and rule of reason was to form a judgement about the competitive significance of the restraint...*". Kemudian Mahkamah Agung juga menunjuk dalam kasus *NCAA*, bahwa "...*the ultimate focus of...inquiry under the per se rule and rule of reason should be the competitive impact of the conduct at issue...and that indeed, there is often no bright line separating per se from rule of reason analysis...*"

²⁷⁹Thomas A. Piraino, Jr., "Making Sense of the Rule of Reason : a New Standard for Section 1 of the Sherman Act". *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, November 1994, hlm.1753

maka guna mengatasi hal ini, pengadilan memiliki kewenangan untuk menggunakan pendekatan yang satu daripada yang lain berdasarkan pertimbangan kasus demi kasus. Namun demikian, sampai saat ini masih terdapat kesulitan untuk menerima semua preseden yang ada, karena tidak adanya konsistensi dalam keputusan pengadilan, mengingat sebagian besar hukum *antitrust* merupakan keputusan hakim yang dihasilkan dari interpretasi terhadap Undang – Undang.²⁸⁰

Guna menentukan pilihan terhadap kedua pendekatan tersebut, maka terdapat petunjuk untuk menentukan penerapan salah satu dari kedua pendekatan tersebut, meskipun pedoman itu tidaklah akurat, karena Mahkamah Agung Amerika Serikat secara terus – menerus selalu ‘bergulat’ dengan masalah karakterisasi kedua pendekatan tersebut.²⁸¹

Pedoman tersebut meliputi antara lain, *pertama*, apakah suatu perjanjian melibatkan para pesaing. Jika demikian, maka penggunaan pendekatan *per se illegal* lebih dimungkinkan. Namun jika tidak, maka akan digunakan pendekatan *rule of reason* (meskipun hal ini meliputi, umpamanya, ‘pengaturan harga penjualan kembali’ atau ‘perjanjian yang mengikat’). Pedoman yang *kedua*, apakah rencana tersebut melibatkan suatu ‘jaringan industri.’²⁸² Jika demikian, maka akan digunakan pendekatan *rule of reason*. Pedoman yang *ketiga*, adalah apakah rencana tersebut secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk (*output*). Jika demikian halnya, dan jika kesepakatan tersebut meliputi para pesaing, pengadilan secara umum akan menerapkan pendekatan *per se illegal*, meskipun terdapat beberapa pengecualian. Namun jika rencana tersebut hanya berpengaruh secara implisit terhadap harga dan produk, maka akan digunakan analisis *the rule of reason*. Pedoman yang *keempat* adalah, apakah perjanjian yang berpengaruh terhadap harga atau produk tersebut bersifat ‘terbuka’ (*naked*) atau merupakan ‘tambahan’ dari aktivitas lainnya yang berakibat meningkatnya efisiensi dari para pihak yang bersaing.

²⁸⁰Thomas E. Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Undesrstanding Antitrust And Its Economic Implications*, *op. cit.*, hlm. 85

²⁸¹Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, St. Paul Minnesota : West Publishing, Co., 1993, hlm. 92

²⁸²Lihat *National Society of Professional Engineers vs. United States*, 435 U.S. 679, 98 S. Ct. 1355 (1978)

Jika perjanjian bersifat ‘terbuka’, maka secara otomatis akan diterapkan pendekatan *per se illegal*. Namun jika perjanjian tersebut merupakan ‘tambahan’ terhadap tindakan bersama lainnya, maka pengadilan akan mempertimbangkan apakah perjanjian yang berpengaruh terhadap harga tersebut perlu diadakan dengan cara melakukan tindakan bersama. Jika perjanjian tersebut telah melampaui pengujian yang kedua (merupakan ‘tambahan’ terhadap tindakan bersama), maka tergugat harus membuktikan bahwa dampak dari perjanjian tersebut adalah untuk mengurangi harga atau meningkatkan produk dengan cara membuat pasar beroperasi lebih efisien daripada sebelumnya. Jika argumentasi itu sangat kuat dan meyakinkan, Mahkamah Agung Amerika Serikat dapat menerapkan pendekatan *rule of reason* meskipun perjanjian diantara para pesaing tersebut secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk.²⁸³

Uraian mengenai penerapan pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason* pada penulisan sebelumnya menunjukkan, bahwa terdapat dua pola yang ekstrim. Di satu sisi terdapat larangan yang tegas untuk melakukan perjanjian, penggabungan, atau persekongkolan dalam perdagangan,²⁸⁴ di sisi lain, Mahkamah Agung Amerika Serikat secara eksplisit juga menentukan konsep kewajaran (*reasonableness*).²⁸⁵ Pemeriksaan mengenai kewajaran secara umum berfokus pada bagaimana suatu praktek usaha yang terlarang dapat mempengaruhi persaingan, yakni apakah praktek tersebut merugikan atau mendukung persaingan, dan apakah terdapat alternatif lain yang dapat dilakukan sebagai petunjuk dalam pemeriksaan berdasarkan *Section 1 the Sherman Act*.²⁸⁶

Perancang Undang - Undang Antimonopoli Indonesia dalam hal ini cenderung melimpahkan penerapan alternatif dari kedua pendekatan tersebut kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha, yang dinyatakan dalam pasal 35 Undang - Undang

²⁸³Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, *op. cit.*, hlm. 92 - 93

²⁸⁴Section 1 The Sherman Act : “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal...”

²⁸⁵Phillip Areeda, “Antitrust Law”, dalam James E. Hartley, *The Rule of Reason*, *op. cit.*, hlm. 1

²⁸⁶Section 1 The Sherman Act : “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal...”

Nomor 5 Tahun 1999. Pada dasarnya, tugas Komisi Pengawas Persaingan Usaha antara lain adalah melakukan penilaian terhadap semua perjanjian dan atau kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.²⁸⁷

2.11 Pendekatan *Rule Of Reason* Dalam Perkara Persekongkolan Tender

Tindakan persekongkolan (*conspiracy*) dalam hukum persaingan termasuk dalam kategori perjanjian. Pada hakekatnya, perjanjian terdiri dari dua macam, *pertama*, perjanjian yang dinyatakan secara jelas (*express agreement*), biasanya tertuang dalam bentuk tertulis, sehingga relatif lebih mudah dalam proses pembuktiannya. *Kedua*, perjanjian tidak langsung (*implied agreement*), biasanya berbentuk lisan atau kesepakatan - kesepakatan. Dalam hal tidak ditemukan bukti adanya perjanjian, khususnya *implied agreement*, dan jika keberadaan perjanjian tersebut dipersengketakan, maka diperlukan penggunaan bukti yang tidak langsung atau bukti yang melingkupi untuk menyimpulkan perjanjian dan atau persekongkolan tersebut.²⁸⁸

Di beberapa negara, persekongkolan dalam tender merupakan jenis pelanggaran yang sangat serius, karena tindakan tersebut biasanya merugikan negara dalam arti luas. UNCTAD menyatakan sebagai berikut :

*“Collusive tendering is inherently anti – competitive, since it contravenes the very purpose of inviting tenders, which is to procure goods or services on the most favourable price and conditions...”*²⁸⁹

Tender kolusif di banyak negara umumnya adalah *per se illegal*. Bahkan di negara – negara yang tidak memiliki Undang – Undang yang membatasi kegiatan usaha sering mengatur secara khusus tentang tender. Kebanyakan negara memperlakukan tender kolusif lebih ketat daripada perjanjian horizontal lainnya,

²⁸⁷Ridwan Khairandy, ed., *Masalah-Masalah Hukum Ekonomi Kontemporer*, Cet. I, (Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006), hlm. 278

²⁸⁸Thomas E. Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *op. cit.*, hm. 126 – 127

²⁸⁹Saecker and Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, *op. cit.*, hlm. 313

karena mengandung unsur kecurangan dan akibat yang merugikan terhadap pembelanjaan pemerintah dan anggaran negara.²⁹⁰

Persekongkolan tender (*bid rigging*) adalah praktek yang dilakukan antara para penawar tender selama proses penawaran, untuk pelaksanaan kontrak kerja yang bersifat umum, dan proyek lain yang ditawarkan oleh pemerintah dan pejabat – pejabat di Tingkat Daerah. Dalam hal terdapat persekongkolan tender, para penawar akan menentukan perusahaan mana yang harus mendapat *order* dengan harga kontrak yang diharapkan. Dalam *bid rigging*, sebelum diumumkan pemenang tender dan besarnya harga kontrak, masing – masing peserta tender melakukan penawaran dengan harga yang telah direncanakan sebelumnya, sehingga pada akhirnya dicapai harga penawaran dan pemenang tender sesuai yang diharapkan oleh mereka.²⁹¹

Bid rigging dalam industri konstruksi merupakan akar penyebab korupsi di kalangan kaum politik dan pejabat pemerintah. Hal ini akan mengakibatkan kerugian, dengan cara memaksa para pembayar pajak untuk menanggung beban biaya konstruksi yang tinggi.

Demikian pula di bidang hukum persaingan, *bid rigging* dianggap bertentangan dengan peraturan yang berkaitan dengan anti monopoli. Sebagai contoh di Jepang, misalnya, *bid rigging* diatur berdasarkan Pasal 2 ayat (6) Undang – Undang Anti Monopoli, yang menetapkan sebagai “pembatasan kegiatan usaha melalui kerja sama yang saling menguntungkan antara perusahaan, dan merupakan hambatan substansial terhadap persaingan di wilayah usaha bisnis tertentu yang bertentangan dengan kepentingan umum (kartel).” *Bid rigging* diatur sesuai dengan peraturan yang melarang hambatan substansial dalam persaingan yang dilakukan oleh asosiasi, berdasarkan Pasal 8 ayat (1) butir 1 Undang – Undang Anti Monopoli di Jepang.²⁹²

Amerika Serikat dan Eropa juga menerapkan pengawasan yang ketat terhadap *bid rigging*. Di Amerika Serikat penanganan *bid rigging* seperti halnya dengan penanganan pada praktek kartel, yakni menghukum tindakan tersebut secara *per se*

²⁹⁰Saecker and Lohse, *Ibid.*, hlm. 313

²⁹¹Naoki Okatani, “Regulations on Bid Rigging in Japan,” *The United States and Europe, Pacific Rim Law & Policy Journal*, March 1995, hlm. 250

²⁹²Naoki Okatani, “Regulations on Bid Rigging in Japan,” *The United States and Europe, op. cit.*, hlm. 252

illegal.²⁹³ Bahkan Divisi Antitrust Departemen Kehakiman Amerika Serikat menetapkan praktek tersebut sebagai tindakan kriminal berdasarkan *Section 1 the Sherman Act*, disertai dengan denda yang tinggi.²⁹⁴

Eropa juga mengatur secara kaku terhadap *bid rigging*. *Bid rigging* merupakan tindakan yang dianggap sebagai aktivitas kartel berdasarkan *Article 85. 1 of the Rome Treaty*. Prosedur ketentuan tersebut diatur dalam *Article 17 of the 1962* pengaturan tentang *the Board of Chairman*. Sementara itu, *EC Commission* dapat mengeluarkan peraturan untuk mengeliminasi langkah – langkah yang bertentangan dengan kegiatan *illegal* berdasarkan *Article 85. 1 of the Treaty of Rome*. Oleh karena itu, hal ini dapat diterapkan terhadap perusahaan yang diketahui atau secara sengaja melanggar ketentuan *Article 85. 1 of the Rome Treaty*, disertai denda tinggi.²⁹⁵

Namun demikian, dalam konteks ekonomi di Amerika Serikat, *bid rigging* dan *price fixing* ditetapkan sebagai tindak kecurangan (*fraud*). Pelaku *bid rigging* menyusun pola untuk mengambil uang dari konsumen dengan cara penipuan (kecurangan).²⁹⁶ Satu – satunya perbedaan antara *bid rigging* dan *price fixing* adalah dalam bentuk transaksi. Pola tindakan dari dua praktek tersebut merupakan perjanjian rahasia (*secret agreements*) untuk membatasi persaingan.

Bid rigging merupakan jenis *price fixing* yang paling sederhana, dan dianggap sebagai pelanggaran *per se illegal*.²⁹⁷ Mahkamah Agung Amerika Serikat juga membenarkan adanya pandangan ini berdasarkan ketentuan *the Sherman act*. Penilaian terhadap *bid rigging* dan *price fixing* bukanlah bentuk atau metode yang

²⁹³Naoki Okatani, *Ibid.*, hlm. 260. Lihat juga Kara L. Haberbusch, “*Limiting the Government’s Exposure to Bid Rigging Schemes : A Critical Look at The Sealed Bidding Regime*,” *Public Contract Law Journal*, 2000, hlm. 100

²⁹⁴Naoki Okatani, “*Regulations on Bid Rigging in Japan*,” *The United States and Europe, op. cit.*, hlm. 260

²⁹⁵Naoki Okatani, “*Regulations on Bid Rigging in Japan*,” *The United States and Europe, Ibid.*, hlm. 262

²⁹⁶Robert E. Connolly, “*Do Schemes to Rig Bids and or Fix Prices Constitute Price?*”, *Practising Law Institute*, 1992, hlm. 499

²⁹⁷*United States vs. Flom*, 558 F. 2d 1179, 1183 (5th Cir, 1977). Lihat pula Thomas McMahon, “*The 1992 Colorado Antitrust Act : Per se Bid Rigging and Key Issues*,” *The Colorado Lawyer*, Oktober 1993, hlm. 2229

digunakan, melainkan lebih kepada hasil yang akan dicapai dalam tindakan tersebut.²⁹⁸

Larangan persekongkolan dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 antara lain meliputi persekongkolan dalam menentukan pemenang tender yang terdapat pada Pasal 22 yaitu sebagai berikut :

“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengasumsikan, bahwa persekongkolan terjadi diantara para pelaku usaha. Dengan demikian penerapan ketentuan tersebut harus menyepakati dua kondisi, yaitu pihak – pihak tersebut harus berpartisipasi, dan harus menyepakati persekongkolan. Persekongkolan ini ditujukan untuk mengakibatkan tender kolusif, artinya para pesaing sepakat untuk mempengaruhi hasil tender demi kepentingan salah satu pihak dengan tidak mengajukan penawaran atau mengajukan penawaran pura – pura.²⁹⁹

Persekongkolan yang dilarang dalam Pasal 22 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah persekongkolan (*conspiracy* dan *collusion*) antara pelaku usaha dengan pihak lain dalam penentuan pemenang tender, yakni melalui pengajuan untuk menawarkan harga dalam memborong suatu pekerjaan atau juga pengajuan penawaran harga untuk pengadaan barang dan jasa – jasa tertentu. Akibat dari persekongkolan dalam menentukan siapa pemenang tender ini, seringkali timbul suatu kondisi “*barrier to entry*” yang tidak menyenangkan atau merugikan bagi pelaku usaha lain yang sama – sama mengikuti tender (peserta tender) yang pada gilirannya akan mengurangi bahkan meniadakan persaingan itu sendiri.³⁰⁰

²⁹⁸Robert E. Connolly, “*Do Schemes to Rig Bids and or Fix Prices Constitute Price?*”, *op. cit.*, hlm. 507

²⁹⁹A.M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat Per Se Illegal Atau Rule Of Reason*, cet – 1, Jakarta : Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003, hlm. 303

³⁰⁰L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya : Srikandi, 2008), hlm. 35