



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan Hukum  
Persaingan Usaha, Suatu Perbandingan Pengaturan di  
Indonesia dan Jepang**

**TESIS**

**YULIANA JUWITA  
1006789690**

**FAKULTAS ILMU HUKUM  
PROGRAM PASCASARJANA  
UNIVERSITAS INDONESIA  
JAKARTA  
JANUARI 2012**



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan Hukum  
Persaingan Usaha, Suatu Perbandingan Pengaturan di  
Indonesia dan Jepang**

**TESIS**

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar  
Magister Hukum dalam Ilmu Hukum**

**YULIANA JUWITA  
1006789690**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM PASCASARJANA  
JAKARTA  
JANUARI 2012**

## HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

**Nama : Yuliana Juwita**

**NPM : 1006789690**

**Tanda Tangan : **

**Tanggal : 16 Januari 2012**

## HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :

Nama : Yuliana Juwita  
NPM : 1006789690  
Program Studi : Hukum Ekonomi  
Judul Tesis : Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan  
Hukum Persaingan Usaha, Suatu Perbandingan  
Pengaturan di Indonesia dan Jepang

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

### DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Dr. A.M. Tri Anggraini, SH., MH

(.....)

Penguji : Dr. Tri Hayati, SH., MH

(.....)

Penguji : Kurnia Toha, SH., LL.M., Ph.D

(.....)

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 24 Januari 2012

## KATA PENGANTAR

Puji Syukur penulis panjatkan kepada Tuhan yang Maha Esa, atas berkah dan rahmat\_Nya sehingga penulis pada akhirnya dapat menyelesaikan penelitian tesis ini dengan judul "LARANGAN PERSEKONGKOLAN TENDER BERDASARKAN HUKUM PERSAINGAN USAHA, SUATU PERBANDINGAN PENGATURAN DI INDONESIA DAN JEPANG", dalam rangka mengakhiri memenuhi syarat guna memperoleh gelar Magister Hukum dalam Program Studi Hukum Ekonomi pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

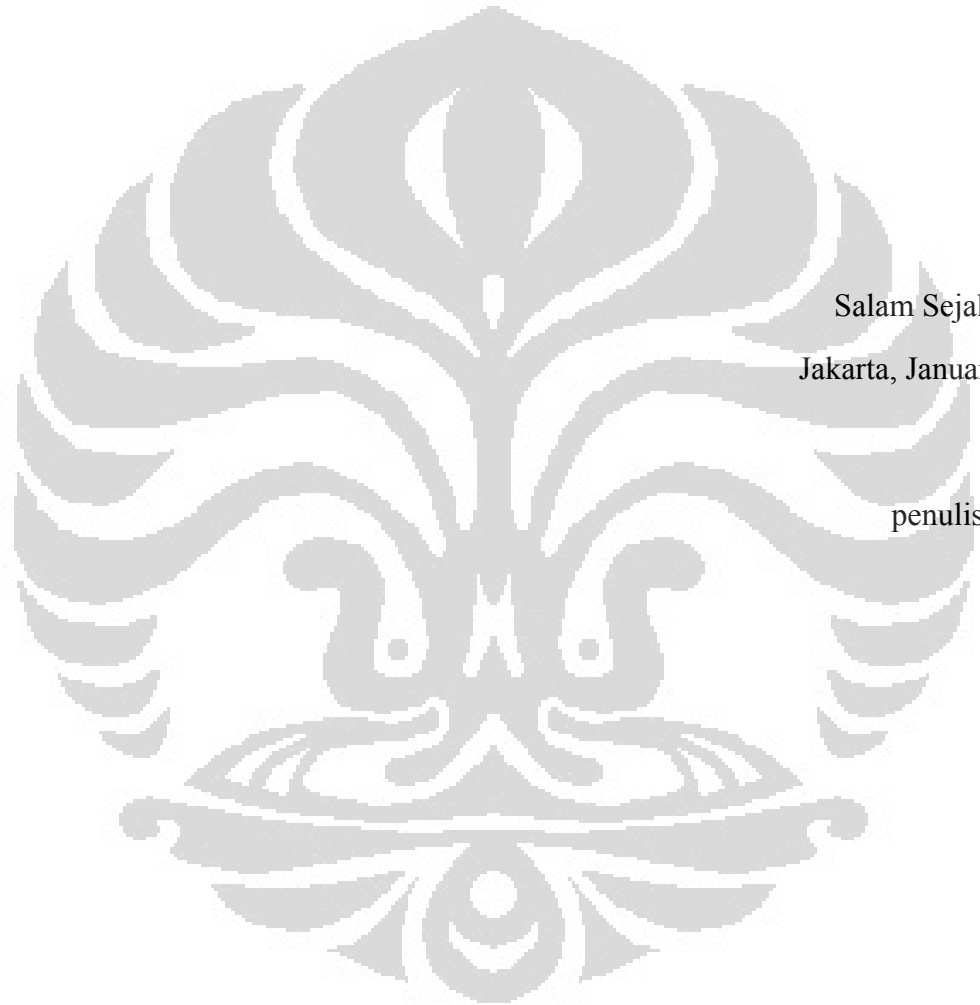
Pada kesempatan ini, penulis ingin mengucapkan terimakasih kepada beberapa pihak yang banyak membantu penulis dalam menyelesaikan penelitian ini, antara lain:

1. Dr. A.M.Tri Anggraini, SH., MH., selaku pembimbing Tesis penulis, atas ilmu dan bimbingan yang diberikan kepada penulis dalam pembuatan Tesis ini.
2. Suami tercinta Haruki Hirotaka dan mama tercinta, yang telah banyak membantu dan memberi suport yang luar biasa terhadap saya sehingga saya bisa menyelesaikan tesis ini dengan baik.
3. Sahabat terbaik saya Ika Riswanti Putranti, SH., MH.,Ph.D., yang telah membantu saya menemukan ide dalam penulisan tesis ini, tanpa bantuannya saya mungkin tidak bisa menyelesaikan penulisan tesis ini tepat pada waktunya.
4. Sahabat-sahabat Magister Hukum kelas Hukum Ekonomi pagi Universitas Indonesia, khususnya ka Intan Wahono, Christina Pratiwi, Ingrid Gratsya, Dea Batari, Citra Lubis, dan Maya Astanti, guys terimakasih banyak atas dukungan kalian selama ini, kalian benar-benar sahabat yang hebat.
5. Dan tentu saja semua pihak yang telah membantu menyelesaikan tesis ini, yang tidak dapat penulis sebut satu-satu.

Disadari sepenuhnya, bahwa penulis masih harus belajar untuk menambah khasanah pengetahuan dalam bidang yang akan ditekuni sehingga meskipun penulis sudah berusaha semampu daya, tetapi sudah tentu masih terdapat banyak kekurangan dalam

penulisan tesis ini. Karena itu, saran dan kritik dari semua pihak yang berkaitan dengan tesis ini, akan diterima dan disimak dengan penuh perhatian.

Akhirnya, penulis berharap agar tesis ini dapat memberikan manfaat khususnya bagi penulis sendiri dan bagi siapapun yang dapat mengambil manfaat dari penulisan tesis ini.



Salam Sejahtera  
Jakarta, January 2012

penulis

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI  
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

---

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

Nama : Yuliana Juwita  
NPM : 1006789690  
Program Studi : Hukum Ekonomi  
Fakultas : Hukum  
Jenis karya : Tesis

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

**“Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan Hukum Persaingan Usaha, Suatu Perbandingan Pengaturan di Indonesia dan Jepang”**

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalih media/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Jakarta, 12 Januari 2012

Yang menyatakan



(Yuliana Juwita)

## ABSTRAK

Persekongkolan tender merupakan fenomena yang membahayakan bagi perekonomian secara keseluruhan. Sehingga beberapa negara memandang perlu untuk mengaturnya dalam peraturan khusus. Tesis ini memberikan penjelasan mengenai perbandingan persekongkolan tender berdasarkan hukum persaingan usaha di Indonesia dan Jepang. Dampak persekongkolan tender mengakibatkan kerugian yang signifikan, baik terhadap pelaku usaha pesaing maupun kepada masyarakat secara luas. Oleh karena itu, hampir semua negara menganggap perlu melarang tegas aktivitas tersebut. Bahkan, sudah sejak lama menganggap perjanjian di antara para penawar untuk tidak bersaing sebagai tindakan curang. Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian adalah metode Yuridis Normatif yaitu penelitian yang mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan. Larangan Persekongkolan Tender dalam hukum persaingan usaha di Indonesia diatur dalam pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) telah mengatur pasal tersebut dalam pedoman khusus. Para pelaku usaha dilarang melakukan persekongkolan dalam tender dengan pelaku usaha lain dalam mengatur dan menentukan pemenang tender sehingga menyebabkan persaingan usaha tidak sehat. Sementara aturan lain mengenai tender dalam pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah diatur dalam Peraturan Presiden nomor 54 tahun 2010. Di Jepang di atur dalam pasal 2 (6) undang-undang Antimonopoly. Peraturan ini didasarkan pada pasal 3 undang-undang Antimonopoly mengenai hambatan perdagangan yang tidak sehat. Dan beberapa pedoman lain yang berada dibawah kontrol undang-undang Antimonopoli. Sedangkan undang-undang yang mengatur mengenai barang dan jasa pemerintah di atur dalam kaikei Ho (Account Act).

**Kata kunci:**

Perbandingan, PersengkongkolanTender, Indonesia-Jepang.

## ABSTRACT

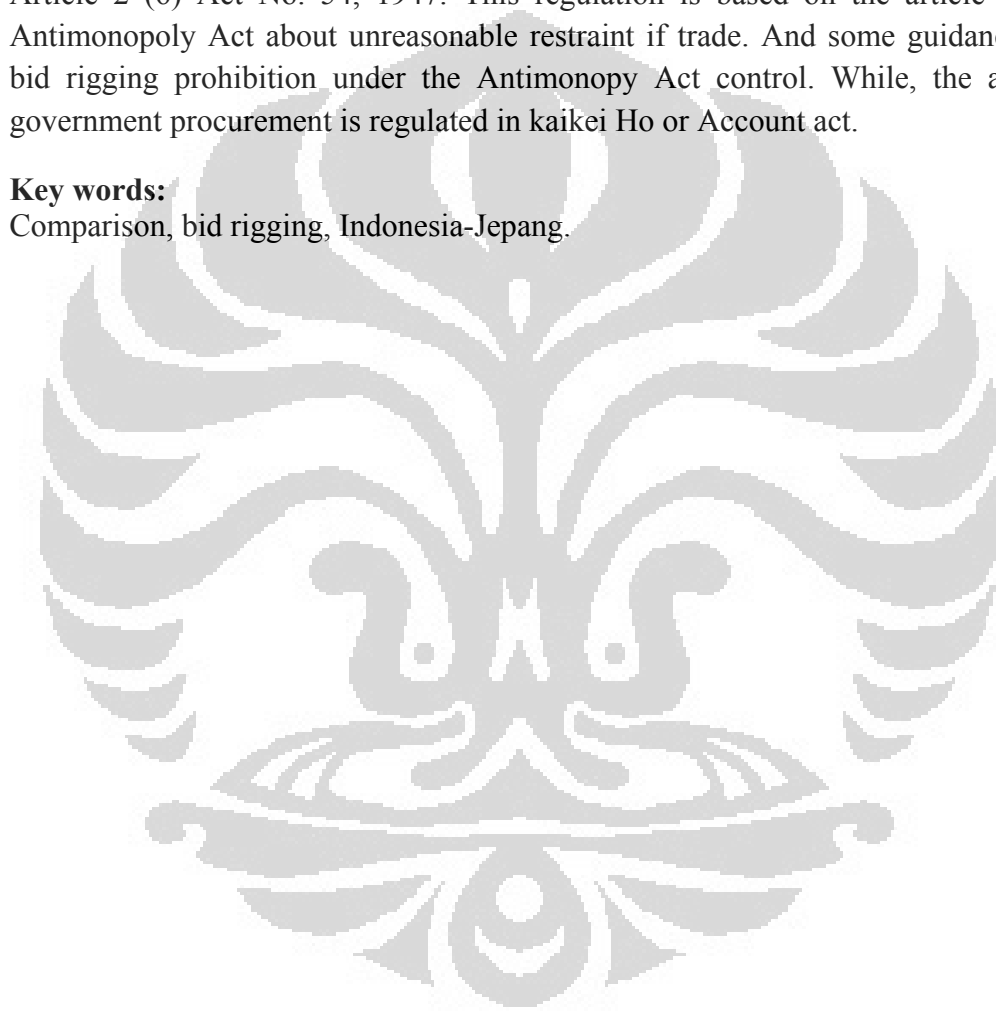
Bid Rigging is a dangerous phenomenon for the economy overall. So that some countries consider it necessary to arrange them in specific regulation. This thesis is explains about the comparison of bid rigging prohibition under the Indonesian and Japanese competition law. The impact of bid rigging resulted in significant losses, both to business competitors and to society at large. Therefore, almost all countries consider need to expressly prohibit such activities. In fact, has along been considered the agreement among the bidders not to compete as an act of fraudulently. The research method that used in this research is a Legal Normative that refers to the legal norms found in laws and regulations. Bid rigging in Indonesia has been ruled in



Article 22 Act No. 5, 1999. Commission for The Supervision Commission of Business Competition (KPPU) has already made a guidance in the implementation of that Article. The entrepreneurs are prohibited to perform the bid rigging with other entrepreneur to arrange and to determine the winner of the tender resulting in unfair business competition. While, the other rules of the government procurement of goods and services is regulated in Peraturan Presiden No. 54, 2010. In Japan, the bid rigging prohibition is also regulated in The Japanese Anti Monopoly Act (The AMA) Article 2 (6) Act No. 54, 1947. This regulation is based on the article 3 of the Antimonopoly Act about unreasonable restraint if trade. And some guidance of the bid rigging prohibition under the Antimonopy Act control. While, the act about government procurement is regulated in kaikei Ho or Account act.

**Key words:**

Comparison, bid rigging, Indonesia-Jepang.



## DAFTAR ISI

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
KATA PENGANTAR .....	iii
HALAMAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH .....	vi
ABSTRAK.....	vii
DAFTAR ISI .....	ix
<b>1. PENDAHULUAN .....</b>	<b>1</b>
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah .....	14
C. Tujuan Penelitian .....	15
D. Manfaat Penelitian .....	15
E. Kerangka teori .....	16
F. Kerangka konseptual .....	18
G. Metode Penelitian .....	22
H. Sistematika Penulisan .....	25
<b>II. PENGATURAN PERSEKONGKOLAN TENDER DI INDONESIA DAN JEPANG DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA.....</b>	<b>26</b>
A. Dasar Pengaturan Persekongkolan Tender.....	26
1. Pengaturan Persekongkolan Tender di Indonesia.....	26
2. Pengaturan Persekongkolan Tender di Jepang.....	36
B. Lembaga Pengawas Persaingan Usaha.....	45
1. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU).....	45
2. Japanese Fair Trade Commission (JFTC).....	48
C. Pendekatan Dalam Persekongkolan Tender.....	49
1. Per se Illegal.....	50
2. Rule of Reason.....	53

<b>III. PEMBUKTIAN PERSEKONGKOLAN TENDER OLEH LEMBAGA PENGAWAS PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA DAN JEPANG.....</b>	<b>56</b>
A. Pembuktian Unsur-Unsur Persekongkolan Tender.....	56
1. Pembuktian Persekongkolan Tender di Indonesia.....	56
2. Pembuktian Persekongkolan Tender di Jepang.....	65
B. Alat Bukti Dalam Persekongkolan Tender.....	74
1. Alat bukti dalam Persekongkolan Tender di Indonesia.....	74
2. Alat bukti dalam Persekongkolan Tender di jepang.....	77
C. Pembebanan Sanksi Terhadap Persekongkolan Tender.....	81
<b>IV. AKIBAT PERSEKONGKOLAN TENDER TERHADAP PASAR.....</b>	<b>87</b>
A. Akibat persekongkolan Tender di Indonesia.....	91
B. Akibat persekongkolan Tender di Jepang .....	99
<b>V. PENUTUP</b>	
A. Kesimpulan.....	108
B. Saran-saran.....	110
<b>DAFTAR PUSTAKA .....</b>	<b>111</b>

## **BAB I PENDAHULUAN**

### **A. LATAR BELAKANG**

Sebagaimana umumnya suatu sistem yang diterapkan dalam sebuah masyarakat yang selalu mengandung unsur positif, namun juga tidak dapat terlepas sepenuhnya dari akibat negatif. Persaingan usaha dalam arti adanya suatu situasi yang bebas dalam kesempatan berusaha, didalamnya terkandung unsur-unsur yang dapat mendorong percepatan bagi pertumbuhan ekonomi dan kesejahteraan negara tetapi di lain pihak terdapat juga unsur-unsur yang justru menghambat tujuan tersebut. Karenanya, dalam tatanan kehidupan perekonomian suatu bangsa atau negara diperlukan adanya pengaturan mengenai batas-batas yang boleh dan tidak boleh dilakukan dalam persaingan usaha. Salah satu hal yang tidak boleh dilakukan adalah persekongkolan tender.

Istilah persekongkolan di semua kegiatan masyarakat hampir selalu berkonotasi negatif. Pandangan ini disebabkan, karena pada hakekatnya persekongkolan atau konspirasi bertentangan dengan keadilan, karena tidak memberikan kesempatan yang sama kepada seluruh penawar untuk mendapatkan obyek barang dan/atau jasa yang ditawarkan penyelenggara. Akibat adanya persekongkolan tender, penawar yang mempunyai iktikad baik menjadi terhambat untuk masuk pasar, dan akibat lebih jauh adalah terciptanya harga yang tidak kompetitif.<sup>1</sup>

Dalam *Black's Law Dictionary* (1968:382) persekongkolan (*conspiracy*) didefinisikan sebagai “*a combination or confederacy between two or persons formed for the purpose of committing, by their joint efforts, some unlawful or criminal act, or some act which is innocent in it self, 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 diatas menegaskan bahwa persekongkolan harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk

---

<sup>1</sup> A.M.Tri Anggraini, "Penegakan Hukum dan Sanksi Dalam Persekongkolan Penawaran Tender" [www.legalitas.org](http://www.legalitas.org), hal.1

melakukan tindakan/kegiatan bersama (*joint efforts*) suatu perilaku kriminal atau melawan hukum.

Pengertian tender atau lelang diartikan sebagai serangkaian kegiatan untuk menyediakan kebutuhan barang dan/atau jasa yang seimbang dan memenuhi syarat, berdasarkan peraturan tertentu yang ditetapkan oleh pihak terkait. Oleh karena itu, dalam hal ini dikatakan, bahwa tujuan utama pelaksanaan penawaran tender adalah memberikan kesempatan yang seimbang bagi semua penawar, sehingga menghasilkan harga yang paling murah dengan output yang maksimal. Meskipun secara umum diakui, bahwa harga murah bukanlah semata-mata ukuran untuk menentukan kemenangan dalam pengadaan barang dan/jasa, namun melalui mekanisme penawaran tender sedapat mungkin dihindarkan kesempatan untuk melakukan konspirasi di antara para pesaing, atau antara penawar dengan panitia penyelenggara lelang.

Konspirasi atau persekongkolan dalam penawaran umum diartikan sebagai bentuk perjanjian kerjasama di antara para penawar yang seharusnya bersaing, dengan tujuan memenangkan peserta tender tertentu. Perjanjian ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta lelang yang setuju untuk tidak mengajukan penawaran, atau oleh para peserta lelang yang menyetujui satu peserta 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 yang murah dan paling efisien<sup>2</sup>. 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 hal ini, UNCTAD menetapkan, bahwa “Tender kolusif pada dasarnya bersifat anti persaingan, karena dianggap melanggar tujuan penawaran tender yang sesungguhnya, yaitu mendapatkan

---

<sup>2</sup> R. Shyam Khemani 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 Co-operation and Development=OECD, 1999), hal. 23.

barang atau jasa dengan harga dan kondisi yang paling menguntungkan pihak penyelenggara.”<sup>3</sup>

Dalam prakteknya terdapat beberapa mekanisme (metode) beroperasinya persekongkolan penawaran tender, antara lain:

1. Tekanan terhadap penawaran (*Bid Suppression*). Artinya bahwa satu atau lebih penawar setuju untuk menahan diri untuk tidak mengikuti pelelangan, atau menarik penawaran yang telah diajukan sebelumnya, agar penawar lain dapat memenangkan pelelangan itu.<sup>4</sup>
2. Penawaran yang Saling Melengkapi (*Complementary Bidding*). Yaitu kesepakatan di antara para penawar di mana dua atau lebih penawar setuju terhadap siapa yang akan memenangkan penawaran. Pemenang yang dirancang kemudian mengatakan kepada penawar lain mengenai harga yang direncanakan, sehingga mereka akan melakukan penawaran dengan harga yang lebih tinggi. Sebaliknya, pemenang yang dirancang akan memerintahkan penawar lain untuk menawar di tingkat harga yang ditentukan, sehingga harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah dari pada pesaing yang lain. Tindakan tersebut menciptakan kesan seolah-olah terdapat persaingan sesungguhnya di antara mereka, sehingga kontraktor yang dirancang berhasil memenangkan tender.<sup>5</sup>
3. Perputaran Penawaran atau Arisan Tender (*Bid Rotation*). Adalah pola penawaran tender di mana 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 (arisan) ini menetapkan adanya jaminan, bahwa mereka akan mendapat giliran untuk memenangkan tender.

---

<sup>3</sup> Sacker dan Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition* (GTZ-Katalis Publishing, 2000), hal. 313.

<sup>4</sup> R. Shyam Khemani et.al., *Loc. Cit.*

<sup>5</sup> Kara L. Haberbush, “*Limiting the Government’s Exposure to Bid Rigging Schemes, a Critical Look at the Sealed Bidding Regime*”, *Public Contract Law Journal*, 2000, h. 99.

Kadangkala dalam beberapa pola semacam ini, terdapat perjanjian untuk mengantisipasi, bahwa penawar yang “kalah” dalam tender akan menjadi sub-kontraktor bagi pihak yang dimenangkan.<sup>6</sup>

4. 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.<sup>7</sup>

Dalam semua pola penawaran tersebut di atas, pemenang tender, atau penawar yang lebih murah, dapat mengamankan kesepakatannya melalui pembayaran langsung terhadap para penawar lainnya. Pembayaran tersebut dapat berujud pembayaran sejumlah uang atau melakukan perjanjian sub-kontraktor dengan penawar yang kalah. Namun demikian, tindakan ini sangat beresiko, karena bagaimanapun juga perjanjian tersebut adalah ilegal. Melalui aktivitas tersebut, kontraktor dapat dianggap menghambat atau melarang sub-kontraktor menjual jasanya secara langsung kepada pemerintah, di mana hal ini bertentangan dengan hukum. Segala macam komisi yang terkandung di dalam transaksi antara kontraktor dan sub-kontraktor dianggap sebagai pelanggaran hukum.

Berbagai pola persekongkolan penawaran tender tersebut di atas akan lebih mudah dilakukan dalam kegiatan usaha tertentu yang memiliki fasilitas kartel. Pendapat ini didasarkan pada beberapa alasan, antara lain, pertama, struktur pasar kartel menyediakan kesempatan bagi perusahaan-perusahaan untuk berkomunikasi satu sama lain. Dalam hal ini, terdapat pula kemudahan bagi perusahaan-perusahaan untuk membuat perjanjian, misalnya di mana industri-industri memiliki fasilitas

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, hal.100. Bandingkan dengan pandangan lain yang membagi pola bid rigging ke dalam jenis-jenis berikut: Bid Suppression, Complimentary Bidding, Bid Rotation, dan Subcontracting. Lihat 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*, 2001, p. 249.

<sup>7</sup> *Ibid.*

melakukan pertemuan melalui asosiasi, dan memiliki sebuah forum yang dapat dipakai untuk menutupi kegiatan pertemuan mereka. Pemerintah kadangkala memberikan fasilitas tersebut melalui pertemuan pra lelang (*prebid meetings*).

Kedua, pasar bersifat sedemikian rupa sehingga perusahaan-perusahaan dapat mendeteksi kegagalan dalam mematuhi suatu kesepakatan, karena ketidakpatuhan dianggap sebagai penipuan. Cara yang paling sederhana bagi perusahaan untuk mendeteksi adanya penipuan adalah dengan menghadiri pembukaan lelang. Sebagian besar lelang umumnya bersifat terbuka bagi publik, sehingga para pihak yang bersaing dapat mengetahui jika terdapat anggota konspirasi yang ternyata memberikan penawaran harga lebih rendah dari pada harga yang telah disepakati sebelumnya. Kemampuan untuk mendeteksi adanya penipuan itu cukup penting guna mendeteksi keberhasilan suatu kartel. Segala hal yang memudahkan untuk mendeteksi secara cepat adanya perusahaan yang menipu akan dapat meningkatkan wibawa kartel.

Ketiga, kartel harus dapat menghukum perusahaan yang melakukan penipuan. Sebagai contoh misalnya, sebuah perusahaan yang melakukan penipuan akan dipecat keanggotaannya dalam kartel, sehingga para anggota kartel dapat melakukan penawaran yang lebih rendah dari anggota yang dikeluarkan guna menghukum atau membangkrutkan perusahaan yang melakukan penipuan tersebut. Cara lainnya adalah, para anggota kartel dapat mempengaruhi para sub-kontraktor dan para pemasok agar menolak untuk bertransaksi dengan perusahaan penipu, agar perusahaan tersebut tidak mampu memenuhi kewajiban dalam perjanjian.

Keempat, perjanjian lebih mudah untuk dilanggar jika kesepakatan tersebut hanya menyangkut satu masalah tertentu, misalnya mengenai harga. Jika undangan lelang mengandung berbagai macam faktor selain harga, maka kartel harus dapat meyakinkan para anggotanya untuk menyepakati keseragaman faktor-faktor tersebut. Jika tidak, maka pemenang yang dirancang, yang menawar dengan harga terendah, dapat dikalahkan penawar lain didasarkan atas faktor-faktor lain selain harga, misalnya mutu atau kualitas barang dan/atau jasa yang ditawarkan.



Uraian di atas menunjukkan, bahwa dampak persekongkolan tender mengakibatkan kerugian yang signifikan, baik terhadap pelaku usaha pesaing maupun kepada masyarakat secara luas. Oleh karena itu, hampir semua negara menganggap perlu melarang tegas aktivitas tersebut. Bahkan, sudah sejak lama menganggap perjanjian di antara para penawar untuk tidak bersaing sebagai tindakan curang (*fraudulent*).<sup>8</sup> Namun demikian, dalam perkembangannya tidak mudah bagi lembaga pengawas persaingan maupun pengadilan untuk menetapkan aktivitas tertentu sebagai persekongkolan tender (*bid rigging*).

Di Indonesia, larangan persekongkolan tender diatur dalam Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Secara yuridis pengertian persekongkolan usaha atau *conspiracy* ini diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5/1999 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.*”<sup>9</sup> Pemahaman ini agak berbeda dengan pengertian persekongkolan tender dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 Pasal 22 yang menyatakan, bahwa “*pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur<sup>10</sup> dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.*” Perbedaan tersebut adalah bahwa subjek hukum dalam Pasal 22 adalah pelaku usaha dan pihak lain, sedangkan dalam Pasal 1 angka 8 adalah hanya pelaku usaha. Pasal 22 dimaksudkan untuk mengatur persekongkolan dalam kegiatan tender (*lex specialis*), sedangkan maksud pengaturan persekongkolan dalam penguasaan pasar yang bersangkutan (*lex generalis*).<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Robert E. Connolly, “*Do Schemes to Rig Bids and/or Fix Prices Constitute Fraud?*”, Practising Law Institute, 1992, p. 499.

<sup>9</sup> Lihat Pasal 1 angka 8 UU Nomor 5 Tahun 1999.

<sup>10</sup> Kata “*mengatur*” yang terdapat dalam pasal tersebut dapat diartikan sebagai suatu tindakan negatif (konotasinya negatif) yang berkaitan dengan persekongkolan. Dalam praktek suatu tender yang ditawarkan oleh pemerintah misalnya, harus diatur secara transparan/terbuka dengan prosedur tertentu guna menentukan siapa yang akan menjadi pemenang tender.

<sup>11</sup> A.M.Tri Anggraini, *op.cit.*, hal.9

Penjelasan Pasal 22 ini adalah, bahwa tender merupakan tawaran untuk mengajukan harga, untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Kegiatan bersekongkol menentukan pemenang tender jelas merupakan perbuatan curang, karena pada dasarnya tender dan pemenangnya tidak diatur dan bersifat rahasia.<sup>12</sup>

Oleh karena itu yang dilarang dalam Pasal 22 UU No. 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/merugikan bagi pelaku usaha lain yang sama-sama mengikuti tender (peserta tender) yang pada gilirannya akan mengurangi bahkan meniadakan persaingan itu sendiri.

Berdasarkan ketentuan Pasal 22 tersebut, dapat dikatakan bahwa ketentuan tentang persekongkolan tender terdiri atas beberapa unsur, yakni *unsur pelaku usaha*<sup>13</sup>, *bersekongkol*, *adanya pihak lain*, *mengatur dan menentukan pemenang tender*, *serta persaingan usaha tidak sehat*. Adanya unsur “*pihak lain*” menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha.

Persekongkolan dalam tender dapat dilakukan secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan, atau menciptakan persaingan semu, atau menyetujui dan atau memfasilitasi, atau pemberian kesempatan eksklusif, atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.

---

<sup>12</sup> Ayudha D. Prayoga, “*Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengatur di Indonesia*”, (Jakarta: Proyek ELIPS, 2000) hal.122

<sup>13</sup> Pasal 1 angka 5 UU Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara RI, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi

Persekongkolan dalam tender dapat dibedakan pada tiga jenis, yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal. Berikut penjelasan atas ketiga jenis persekongkolan tersebut.

Jenis pertama adalah persekongkolan horisontal, yakni tindakan kerjasama yang dilakukan oleh para penawar tender, misalnya mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran. Dalam kerjasama semacam ini, pihak yang kalah diperjanjikan akan mendapatkan sub kontraktor dari pihak yang menang.

Jenis kedua adalah persekongkolan tender secara vertikal, artinya bahwa kerjasama tersebut dilakukan antara penawar dengan panitia pelaksana tender. Dalam hal ini, biasanya panitia memberikan berbagai kemudahan atas persyaratan-persyaratan bagi seorang penawar, sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.

Jenis ketiga adalah persekongkolan horisontal dan vertikal, yakni persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik 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.

Mengingat dampak yang ditimbulkan dari tindakan persekongkolan tender sangat signifikan bagi pembangunan ekonomi nasional dan iklim persaingan yang sehat, maka pengaturan masalah penawaran tender ini tidak hanya di atur dalam Undang-Undang nomor 5 tahun 1999 tetapi juga di atur dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Karena pada dasarnya persekongkolan dalam penawaran tender banyak terjadi dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, sehingga pemerintah memandang perlu untuk menyempurnakan pelaksanaan pengadaan Barang/Jasa, khususnya lingkungan birokrasi/pemerintah.

Perpres Nomor 54 Tahun 2010 merupakan peraturan pengganti dari Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 80 tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan

Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Keppres nomor 80 tahun 2003 sendiri, sejak disahkan tujuh tahun yang lalu, telah mengalami perubahan sebanyak tujuh kali walaupun perubahannya tidak substansial karena sifatnya hanya menyesuaikan dengan dinamika dan tuntutan spesifik yang berkembang selama kurun waktu 2003-2007, seperti adanya Pilkada, penyesuaian istilah karena keluarnya Undang-Undang No.1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, dan kebutuhan mendesak untuk rekonstruksi Aceh-Nias pasca tsunami 2005.

Namun perubahan yang dilakukan kali ini berbeda dengan yang sebelumnya, karena bersifat lebih komprehensif menyangkut perubahan substansi dan struktur pengaturannya. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa Perpres No.54 tahun 2010 merupakan “aturan baru” tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, tanpa meninggalkan prinsip-prinsip *good governance* yang telah dianut oleh Keppres 80/2003, seperti: efisien dan efektif, terbuka dan bersaing, transparan dan akuntabel.

Persekongkolan dalam kegiatan tender di Jepang dikenal dengan istilah Dango<sup>14</sup>. Istilah tersebut diatur dalam *Shiteki Dokusen No Kinshi Oyobi Kosei Torihiki Ni Kansuru Horitsu atau Law Concerning the Prohibition of Private Monopoly and Preservation of Fair Trade 1947* (selanjutnya disebut dengan AMA (the Anti-Monopoly Act))<sup>15</sup>. Dango dianggap sebagai tindakan yang secara serius memberikan pengaruh negatif bagi ekonomi nasional.<sup>16</sup> Dango dalam industri konstruksi merupakan salah satu akar penyebab korupsi di kalangan kaum politikus dan pejabat negara. Perkara/kasus tersebut dikenal dengan sebutan "*general contractors scandal*", dan hal ini mengakibatkan kerugian, karena masyarakat pembayar pajak harus membayar beban biaya konstruksi yang tinggi. Disamping itu persekongkolan tender jelas melanggar aturan serta ketentuan persaingan usaha yang secara internasional merupakan hal yang umum. Paling tidak dengan adanya masalah

---

<sup>14</sup> "Construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," [www.againstcorruption.org/briefingsitem.asp?id=8559](http://www.againstcorruption.org/briefingsitem.asp?id=8559)>, diakses 28 september 2011

<sup>15</sup> Ayudha Prayoga, *op.cit*, hal.33.

<sup>16</sup> Kazuhiko Takeshima (Chairman Fair Trade Commission of Japan), *The Lessons from Experience of Antimonopoly Act in Japan and the Future of Competition Laws and Policies in East Asia*, disajikan dalam The 2nd East Asia Conference on Competition Law and Policie (Toward Effective Implementation of Competition Policies in EastAsia), Bogor, 3-4 Mei 2005.

dan latar belakang tindakan illegal dari persekongkolan tender harus ditemukan bagaimana cara memperbaiki situasi seperti itu untuk mencegah terjadinya kegiatan persekongkolan tender.

Dalam Undang-Undang Anti-monopoly Jepang, Pengaturan mengenai larangan persekongkolan tender terdapat dalam *Article 2 (6) The Japanese Antimonopoly Act (AMA)*. Pasal 2 (6) mendefinisikan persekongkolan tender sebagai:

*"unreasonable restraint of trade as used in this Act shall mean such business activities, by which any entrepreneur, by contract, agreement or any other concerted actions, irrespective of its names, with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain, or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities, or customers or suppliers, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade".*

Larangan ini diatur berdasarkan peraturan dalam Pasal 3 AMA yang melarang pengekanan perdagangan yang tidak sehat. Tegasnya, pasal ini melarang pelaku usaha melakukan kegiatan usaha yang dilakukan melalui kerjasama yang saling menguntungkan antara perusahaan dan hambatan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu yang bertentangan dengan kepentingan umum (kartel).<sup>17</sup> Faktor-faktor yang menyebabkan *Dango* merajalela di Jepang<sup>18</sup>, pertama, terkait dengan faktor sejarah. Setelah perang dunia kedua, pemerintah Jepang mendirikan departemen pekerjaan umum untuk merekonstruksi semua infrastruktur yang rusak dan hancur akibat perang dunia kedua<sup>19</sup>. Pendirian departemen tersebut menyebabkan perusahaan jasa konstruksi tumbuh pesat.

Sebanyak 99% atau sekitar 520.000 perusahaan jasa konstruksi merupakan pelaku usaha kelas menengah dan kecil. Disamping itu, tenaga kerja yang terserap dalam industri jasa konstruksi mencakup hampir 6.500.000 orang atau 9% dari

<sup>17</sup> Naoki Okatani, *op.cit*, p.250

<sup>18</sup> In Japan's Construction industry, it is understood that bid-rigging is to be rampant, particularly for government funded projects, where officials disclose bidding prices to builders in exchange of favours, in "construction companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," *Loc.cit*.

<sup>19</sup> Gray, *Op.cit* hal. 431.

keseluruhan jumlah tenaga kerja di Jepang. Kondisi tersebut menyebabkan industri jasa konstruksi skala menengah dan kecil di Jepang bersaing ketat, bahkan banyak yang bangkrut akibat persaingan ketat.<sup>20</sup> Kedua, mantan pejabat tinggi Jepang yang tetap memperoleh posisi atau kedudukan sebagai *top executives (interlocking relationship or amakudari)* di beberapa perusahaan jasa konstruksi berskala besar. Tawaran tersebut dimanfaatkan untuk mendapatkan akses dan mempermudah lobi intensif untuk memperoleh proyek-proyek konstruksi berskala besar dari pemerintah Jepang melalui jaringan yang dibinanya.<sup>21</sup> Iklim persaingan usaha tidak sehat dimaksud tentu saja tidak menguntungkan bagi perusahaan jasa konstruksi Amerika Serikat yang berpartisipasi dalam kegiatan proyek rekonstruksi di Jepang. Disamping itu, praktik tersebut cenderung membuka peluang tindak pidana korupsi.<sup>22</sup>

Sebagaimana dikemukakan di atas, *Dango* diatur dalam ketentuan Pasal 2 ayat (6) AMA, termasuk kegiatan *dango* yang dilakukan oleh asosiasi atau kartel. ketentuan Pasal 3 AMA menetapkan pengawasan terhadap *dango* sebagai larangan terhadap pembatasan kegiatan bisnis yang tidak sehat dan saat kartel terlibat didalamnya. *Dango* diawasi pula melalui ketentuan Pasal 8 (ayat 1 sub 1) AMA yang melarang pembatasan substansial terhadap persaingan usaha oleh asosiasi. Di Jepang Kartel merupakan halangan untuk masuk ke pasar yang bersangkutan dan sering menimbulkan persekongkolan dalam kegiatan tender. Hal tersebut menyebabkan JFTC pada tahun 1979 mengeluarkan dua petunjuk pelaksanaan terhadap pengawasan aktivitas asosiasi atau kartel, yaitu petunjuk pelaksanaan terhadap pengawasan aktivitas asosiasi perdagangan berdasarkan AMA dan petunjuk pelaksanaan untuk

---

<sup>20</sup> Okatani, *Op. Cit.*, hal 263-264.

<sup>21</sup> Bid-rigging cases have recently come to light, in which government officials took the initiative in arranging collusions among contractors as they solicited bids for public works projects. Behind such corruption is the long-standing practice of *amakudari*, literally "descent from heaven", in which high-ranking bureaucrats take executive posts at governmental corporations and other organizations upon retirement, in the *Yomiuri Shimbun*, "stiffer penalties Alone won't end Bid-Rigging," <<http://www.yomiuri.co.jp/dy/editorial/20060228TDY04006.htm>>, diakses 5 oktober 2011.

<sup>22</sup> Gray, *Loc. Cit.* Lihat juga "*construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case*," *Loc.Cit.*, where the US has long been critical of the industry for these practices and for being closed to foreign builders. In its annual recommendations to the Japanese government, Washington has recommended Tokyo to address the widespread problem of bid-rigging, particularly bureaucrat-led bid rigging.

mencegah asosiasi bertindak sebagai fasilitator dalam persekongkolan kegiatan tender atau perilaku lain yang bertentangan dengan persaingan usaha sehat. Pada tahun 1984, JFTC mengeluarkan.

Implementasi Undang-Undang Antimonopoly Jepang dan peraturan perundang-undangan pelengkap lain diserahkan kepada kewenangan JFTC. Adapun faktor-faktor yang melatarbelakangi pembentukan JFTC, *pertama*, menetralsir konflik-konflik kepentingan yang muncul dalam pelaksanaan ketentuan UU Antimonopoly Jepang, seperti amakudari. *kedua*, memenuhi kebutuhan lembaga otoritas persaingan usaha yang netral dan adil yang beranggotakan ahli-ahli hukum dan ekonomi dalam menegakkan hukum persaingan usaha<sup>23</sup>. Berdasarkan UU dan peraturan pelaksanaan tersebut, JFTC berwenang untuk mengawasi persekongkolan dalam kegiatan tender melalui beberapa cara. *Pertama*, meniadakan semaksimal mungkin pelanggaran melalui pembatalan perjanjian penawaran tender yang dicurigai menimbulkan tender kolusif dan publikasi tender-tender kolusif di media massa. *Kedua*, mengurangi profit margin pelaku usaha yang bersekongkol dengan cara mengenakan denda atau biaya tambahan (*surcharge*) terhadap penawaran harga pemenang illegal. Sistem denda atau biaya tambahan dimaksud diterapkan tahun 1977 dan kemudian di amandemen tahun 1990 terkait dengan amandemen Undang-Undang Antimonopoli Jepang. Hal tersebut dilakukan agar Undang-Undang Antimonopoli berlaku sesuai dengan ketentuan atau standar Internasional<sup>24</sup>. *Ketiga*, menuntut kegiatan-kegiatan yang melanggar perangkat hukum persaingan usaha secara pidana.

Sebagaimana halnya persekongkolan tender di Indonesia yang banyak terjadi dalam proses pengadaan barang dan jasa pemerintah, Jepang pun demikian. Untuk mengatur prosedur tender dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, Jepang secara khusus mengaturnya dalam *Kaikei Ho* atau *Accout Act* (selanjutnya disebut

---

<sup>23</sup> Siswanto, Op.cit., hal.52-53

<sup>24</sup> Shingo Seryo, "Cartel and Bid Rigging in Japan, " "Training Course on Competition Law and Policy" August 30, 2005.

AA).<sup>25</sup> Prosedur pengadaan barang dan jasa pemerintah ini di atur dalam Pasal 29-3, Pasal 29-5, dan Pasal 29-6 dari AA<sup>26</sup>. Undang-Undang ini membutuhkan penentuan dari pihak-pihak yang mengadakan kontrak/perjanjian itu pada akhir proses tender. Berdasarkan AA dan beberapa peraturan dibawahnya, maka prosedur pengadaan barang dan jasa pemerintah ini harus berdasarkan pada: *open competitive tendering system*, *designated competitive tendering*, dan *non-competitive tendering (single tendering system)*.<sup>27</sup> Jika penggunaan *open competitive tendering system* sulit dilakukan karena alasan tertentu, maka *designated competitive tendering* yang berlaku. Namun jika penggunaan kedua sistem tersebut di atas sulit dilakukan maka *non-competitive tendering (single tendering system)*. Namun, dalam prakteknya, *open competitive tendering system* jarang sekali digunakan dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah di Jepang. Sistem yang paling sering digunakan adalah *designated competitive tendering* dan ini terutama berlaku dalam pekerjaan konstruksi umum.<sup>28</sup>

Berikut adalah garis besar cara bagaimana sebuah kontrak untuk konstruksi publik yang biasa diberikan. Ketika konstruksi publik diperlukan, instansi pemerintah (Lembaga Pengadaan) menunjuk perusahaan yang memenuhi syarat untuk berpartisipasi dalam tender tersebut, maka hanya perusahaan-perusahaan yang ditunjuk oleh lembaga pengadaanlah yang dapat berpartisipasi dalam tender. Penunjukan ini didasarkan pada penilaian dari pihak lembaga pengadaan yang berkaitan dengan kualifikasi perusahaan dalam hal teknologi, manajerial, dan kemampuan keuangan. Seringkali kualifikasi dinilai berdasarkan prestasi sebelumnya.

*Bid rigging* adalah adalah praktik yang dilakukan antar peserta tender selama proses tender untuk kontrak pekerjaan umum dan proyek lain yang ditawarkan oleh pemerintah dan kantor-kantor kotamadya. Peserta tender berkolusi dan memutuskan perusahaan mana yang harus mendapatkan order pekerjaan umum dan harga kontrak

---

<sup>25</sup> Mitsuo Matsushita, “*International Trade and Competition Law In Japan*”, Oxford University Press Inc., New York 1993, hal. 196

<sup>26</sup> Kaikei Ho (Accounts Law), arts. 29-3, 29-5, 29-6, Law No. 35 of 1947 [hereinafter Accounts Law].

<sup>27</sup> Ibid

<sup>28</sup> ibid



yang diharapkan. Setiap peserta tender kemudian menawar dengan sedemikian rupa sehingga pemenang kontrak dan harga kontrak ditentukan sebelumnya, berturut-turut, penawar yang menang dan memenangkan harga penawaran. Ada dua metode *bid rigging*. Metode pertama, pemenang tender menetapkan setiap kontrak. Metode kedua, perusahaan konstruksi bergiliran menjadi pemenang menurut aturan tertentu.<sup>29</sup>

Efektivitasnya penerapan hukum persaingan hanya akan bisa terwujud apabila antara lain adanya kerangka hukum dan penegakan hukum yang tidak diskriminatif, efisien, dan efektif dilaksanakan secara transparan dan disertai kejelasan mengenai pihak yang bertanggung jawab dalam penerapannya. Oleh karena itu, kebijakan persaingan usaha perlu dikawal oleh suatu lembaga yang memiliki kewenangan dan bertanggungjawab agar terlaksananya hukum persaingan usaha. Hampir semua negara maju memiliki Undang-Undang persaingan usaha, juga memiliki lembaga yang dibentuk dan diberi kewenangan dan bertanggungjawab atas terlaksananya hukum persaingan usaha dinegaranya.

Di Indonesia Lembaga yang berwenang untuk mencegah pelaksanaan dan mencegah terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang antimonopoli adalah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Sedangkan di Jepang lembaga yang berwenang mencegah terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang antimonopoli adalah *Japanese Fair Trade Commission (JFTC)*.

## **B. RUMUSAN MASALAH**

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, maka rumusan masalah yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah :

1. Bagaimanakah pengaturan Larangan Persekongkolan Tender dalam hukum persaingan usaha di Indonesia dan di Jepang?
2. Bagaimanakah KPPU dan JFTC membuktikan adanya Persekongkolan Tender?
3. Bagaimanakah akibat hukum Persekongkolan Tender terhadap pasar?

---

<sup>29</sup> Naoki Okatani, *op.cit*, p. 251.

### **C. TUJUAN PENELITIAN**

Berdasarkan permasalahan yang telah disusun dan diuraikan diatas, maka selanjutnya penelitian ini bertujuan :

1. Untuk menggambarkan dan menganalisis mengenai Persekongkolan Tender dalam hukum persaingan usaha di Indonesia dan Jepang
2. Untuk menganalisis mengenai pembuktian adanya Persekongkolan Tender oleh KPPU dan JFTC
3. Untuk menganalisis mengenai akibat hukum persekongkolan tender terhadap pasar di Indonesia maupun pasar di Jepang

### **D. MANFAAT PENELITIAN**

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan informasi tentang pengaturan persekongkolan tender dan akibat hukumnya berdasarkan Undang-Undang yang mengatur persaingan usaha di jepang dan Undang-Undang yang mengatur persaingan usaha di Indonesia, oleh karena itu penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi, sebagai berikut:

1. Secara teoritis manfaat penelitian ini untuk dunia akademis, adalah bahwa penelitian ini memberikan informasi tentang perbandingan pengaturan persekongkolan tender dan akibat hukumnya dalam hukum persaingan usaha di Jepang dan di indonesia, sehingga diharapkan dapat menjadi referensi bagi penelitian terkait.
2. Bagi pelaku usaha, hasil dari penelitian ini dapat menjadi Pedoman agar dapat memberikan deskripsi informasi mengenai perbedaan dan persamaan sistem pengaturan persekongkolan tender dan akibat hukumnya dalam hukum persingan usaha di jepang dan Indonesia, sehingga membantu memberikan informasi kepada para pelaku usaha khususnya investor dari kedua negara dalam menjalankan bisnis di Indonesia maupun di Jepang.

## E. KERANGKA TEORI

Tindakan persekongkolan (*conspiracy*) dalam hukum persaingan usaha 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 relative mudah dalam proses pembuktiannya. Kedua, perjanjian tidak langsung (*implied agreement*), biasanya berbentuk lisan atau kesepakatan-kesepakatan. Dalam hal tidak ditemukan bukti adanya perjanjian tersebut dipersengketakan, maka diperlukan penggunaan bukti yang tidak langsung atau bukti yang melingkupi untuk menyimpulkan perjanjian dan atau persekongkolan tersebut<sup>30</sup>. Menurut Subekti, perjanjian adalah suatu peristiwa ketika seorang berjanji kepada seorang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.<sup>31</sup>

Dalam menjawab berbagai permasalahan dalam penelitian ini maka teori yang digunakan adalah teori perjanjian menurut Pasal 1320 dan 1338 KUHPerdota.

### a. Syarat sahnya sebuah perjanjian

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada oranglain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. Melalui perjanjian tercipta perikatan atau hubungan hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban pada masing-masing pihak yang membuat perjanjian. Dengan kata lain, para pihak terikat untuk mematuhi perjanjian yang telah mereka buat tersebut. dalam hal ini fungsi perjanjian sama dengan perundang-undangan, tetapi hanya berlaku khusus terhadap para pembuatnya saja. secara hukum, perjanjian dapat dipaksakan berlaku melalui pengadilan. Hukum memberikan sanksi terhadap pelaku pelanggaran perjanjian atau ingkar janji (*wanprestasi*).

---

<sup>30</sup> A.M. Tri Anggraini, 2000, *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Perse Illegal atau Rule of Reason.*, hal .404.

<sup>31</sup> R Subekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta : Intermasa, 1985, hal.1

Pengaturan tentang perjanjian terdapat didalam KUHPerdota Pasal 1320 dikatakan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian harus memenuhi empat syarat:

1. Sepakat mereka untuk mengikatkan diri.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian.
3. Suatu hal tertentu,
4. keempat, suatu sebab yang halal.

#### **b. Akibat perjanjian**

Membicarakan akibat dari perjanjian, kita tidak dapat lepas dari ketentuan Pasal 1338 KUHPerdota. Pasal 1338 alinea pertama KUHPerdota mengatakan bahwa: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya”. Ketentuan ini merupakan dasar hukum disahkannya perjanjian dalam bentuk apapun yang dibuat secara sah, sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang membuatnya. Dengan demikian perjanjian yang telah menjelma menjadi Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya wajib dipatuhi oleh kedua belah pihak dengan itikad baik (*Pacta Sunt Servanda*). Pasal 1338 KUHPerdota alinea pertama ini merupakan suatu tuntutan kepastian hukum.<sup>32</sup> Tidak dipatuhinya perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak tersebut akan menimbulkan tuntutan/gugatan dari pihak yang merasa dirugikan. Kemungkinan campur tangan pihak ketiga, dalam hal ini negara melalui hakim menjadi terbuka bila salah satu pihak tidak melaksanakan perjanjian tersebut dengan itikad baik. Disini hakim diberikan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian, jangan sampai pelaksanaan perjanjian tersebut melanggar kepatutan atau keadilan.

Alinea pertama ini kemudian dipertegas dengan ketentuan alinea kedua yang mengatakan bahwa: “suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh Undang-Undang dinyatakan cukup untuk itu”

Pada alinea ketiga dikatakan bahwa “Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”. Apabila Pasal 1338 alinea pertama dipandang sebagai suatu

---

<sup>32</sup> Subekti, “Pembinaan Hukum Nasional”, Alumni, Bandung , 1981, hal. 67.

tuntutan kepastian hukum, maka Pasal 1338 alinea ketiga sebagaimana tersebut di atas harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan bagi pihak yang dirugikan.<sup>33</sup>

Pada intinya Pasal 1338 KUHPerdata ini menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya.

## F. KERANGKA KONSEPSI

Sejalan dengan landasan teori tersebut, maka dalam penulisan hukum diperlukan kerangka konseptual. Kerangka konseptual merupakan kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep khusus, yang ingin atau akan diteliti. Konsep bukan merupakan gejala yang akan diteliti, akan tetapi merupakan suatu abstraksi dari gejala tersebut. Gejala itu sendiri dinamakan fakta, sedangkan konsep merupakan suatu uraian mengenai hubungan-hubungan dalam fakta.<sup>34</sup>

Kerangka konseptual mengandung makna adanya stimulasi dan dorongan konseptualisasi untuk melahirkan suatu konsep baginya atau memperkuat keyakinannya akan konsepnya sendiri mengenai sesuatu permasalahan.<sup>35</sup>

Kerangka konseptual dalam penelitian hukum, diperoleh dari peraturan perundang-undangan atau melalui usaha untuk merumuskan atau membentuk pengertian-pengertian hukum. Apabila kerangka konseptual tersebut diambil dari peraturan perundang-undangan tertentu, maka biasanya kerangka konseptual tersebut sekaligus merumuskan definisi-definisi tertentu, yang dapat dijadikan Pedoman operasional di dalam proses pengumpulan, pengolahan, analisa dan konstruksi data.<sup>36</sup>

Oleh karena itu, untuk menghindari terjadinya perbedaan penafsiran terhadap istilah-istilah yang digunakan dalam penelitian ini, maka dipandang perlu untuk mendefinisikan beberapa konsep penelitian agar secara operasional diperoleh

---

<sup>33</sup> ibid

<sup>34</sup> Soerjono Soekanto, "*Pengantar Penelitian Hukum*", UI Press, Jakarta, 1986, hal. 132.

<sup>35</sup> M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1994, hal. 80.

<sup>36</sup> Soerjono Soekanto, *Op.Cit.*, hal.137.

hasil penelitian yang sesuai dengan makna variabel yang ditetapkan dalam topik, yaitu:

### 1. **Persaingan usaha tidak sehat**

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.<sup>37</sup>

### 2. **Pelaku Usaha**

Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoly dan Persaingan usaha Tidak Sehat, pelaku usaha adalah: Setiap orang perorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi<sup>38</sup>. Dalam Undang-Undang Anti-monopoly Jepang (AMA) pelaku usaha didefinisikan sebagai orang yang melakukan semua jenis bisnis perdagangan, baik di bidang industri, keuangan, maupun jenis bisnis lainnya.<sup>39</sup>

### 3. **Persekongkolan**

Secara yuridis pengertian persekongkolan usaha atau conspiracy ini diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5 Tahun 1999, yakni “sebagai bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol“. Bentuk kegiatan persekongkolan ini tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian, tetapi bisa dalam bentuk kegiatan lain yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian.

---

<sup>37</sup> Indonesia, Undang-undang nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoly dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, pasal 1 angka 6

<sup>38</sup> Ibid, pasal 1 angka 5

<sup>39</sup> Japan, the Japanese Anti-Monopoly Act, art. 2(1)

Dalam Pedoman KPPU tentang pasal 22 menjelaskan tentang standart bersekongkol, yaitu “Kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.”

#### **4. Dango**

Larangan terhadap pelaku usaha untuk melakukan kegiatan usaha yang dilakukan melalui kerjasama yang saling menguntungkan antara perusahaan dan larangan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu yang bertentangan dengan kepentingan umum (kartel).<sup>40</sup>

#### **5. Tender**

Berdasarkan Perpres No. 54 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah tender atau pengadaan barang/jasa adalah Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut dengan Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi lainnya yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.<sup>41</sup>

#### **6. Pihak lain**

Pihak Lain adalah: para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut.<sup>42</sup>

#### **7. Persekongkolan Horizontal**

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia

---

<sup>40</sup> Ibid art. 2 (6)

<sup>41</sup> Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah, Pasal 1 angka.

<sup>42</sup> KPPU Pedoman Tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

barang dan jasa pesaingnya. Persekongkolan ini dapat dikategorikan sebagai persekongkolan dengan menciptakan persaingan semu di antara peserta tender. Berikut bagan persekongkolan tersebut.<sup>43</sup>

### **8. Persekongkolan Vertikal**

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan. Persekongkolan ini dapat terjadi dalam bentuk dimana panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan bekerjasama dengan salah satu atau beberapa peserta tender. Berikut bagan persekongkolan tersebut.<sup>44</sup>

### **9. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal**

Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender. Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fktif, dimana baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup. Berikut bagan kedua persekongkolan tersebut.<sup>45</sup>

### **10. Pengadaan barang/jasa pemerintah**

Pengadaan barang/jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang dan jasa<sup>46</sup>

### **11. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)**

Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar

---

<sup>43</sup> *Ibid*, hal 16

<sup>44</sup> *Ibid*

<sup>45</sup> *Ibid*, hal 17

<sup>46</sup> Perpres Nomor 54 tahun 2010 pasal 1 angka 1



tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.<sup>47</sup>

## 12. The Japanese Fair Trade Commission (JFTC)

*The Japanese Fair Trade Commission (JFTC)* adalah sebuah komisi pemerintah Jepang yang bertanggungjawab untuk menegakkan Undang-Undang Antimonopoli.

## G. METODE PENELITIAN

Metode penelitian hukum adalah cara untuk mencari jawaban yang benar mengenai suatu problem tentang hukum. Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, jenis metode yang akan dipakai dalam penelitian hukum akan sangat betgantung pada apa konsep yang tengah dikukuhi tentang hukum. Oleh karena itu tipe kajian yang digunakan adalah ajaran hukum murni yang mengkaji "*Law as it is written in the books*"<sup>48</sup>

### a. Jenis Penelitian

Jenis atau tipe penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum Yuridis Normatif yaitu penelitian yang mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan. Sumber penelitian hukum normatif yang didapatkan dari data berupa literatur-literatur melalui studi kepustakaan serta peraturan perundang-undangan, serta dokumen-dokumen yang bersifat nasional maupun yang bersifat international yang berkaitan dengan penelitian ini.

Dilihat dari sifatnya penelitian ini adalah penelitian yang bersifat eksplanatoris dimana penulis bermaksud menjelaskan secara sistematis tentang Persekongkolan tender menurut Hukum/peraturan perundang-undangan Indonesia dan peraturan Hukum atau Undang-Undang di Jepang.

---

<sup>47</sup> Lihat ketentuan pasal 1 angka 1 8 UU Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

<sup>48</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika masalahnya*, (jakarta: Elsam, 2006), hal 8

### **b. Teknik pengumpulan data**

Sebagai penelitian hukum normatif, teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah melalui penelitian kepustakaan untuk mendapatkan konsepsi teori atau doktrin, pendapat atau pemikiran konseptual dan penelitian terdahulu yang berhubungan dengan objek telaahan penelitian ini yang dapat berupa peraturan perundang-undangan, buku, tulisan ilmiah dan karya ilmiah lainnya.

Sebagai sumber data dalam penelitian ini adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha di Indonesia, dan juga Undang-Undang Antimonopoli di Jepang.

Penelitian kepustakaan (*library research*) dalam penelitian ini di tekankan pada pengambilan data sekunder yang dilakukan dengan mengumpulkan bahan-bahan yang antara lain adalah:

1. Bahan Hukum primer, yaitu merupakan data pokok yang menjadi dasar penulisan ini berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan Persekongkolan Tender, baik peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia maupun peraturan perundang-undangan yang ada di Jepang.
2. Sedangkan bahan hukum Sekunder yang digunakan adalah berupa hasil penelitian, karya ilmiah, media internet,ceramah, pidato yang berhubungan dengan penelitian ini.
3. Penelitian ini juga menggunakan bahan hukum tertier, yang terdiri dari kamus hukum, kamus ekonomi, kamus bahasa Inggris, Indonesia dan artikel artikel lainnya yang berasal dari dalam negeri maupun dari luar negeri yang bertujuan untuk mendukung bahan hukum primer dan sekunder.

### **c. Analisis Data**

Analisis Data yang digunakan adalah analisis data secara kualitatif. Data yang diperoleh dan dikumpulkan dalam penelitian ini berupa data yang berasal dari studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum primer, bahan-bahan hukum sekunder, dan bahan-bahan hukum tersier kemudian dianalisis dengan penalaran secara

deskriptif kualitatif, yaitu dengan membuat deskripsi berdasarkan kualitas data yang ada. Hasil penelitian dari data yang diperoleh tersebut dipelajari dan dibahas sebagai suatu bahan yang komprehensif.

### **Sistematika Penulisan**

Adapun kajian dalam tesis ini disusun dalam 4 bab dengan perincian sebagai berikut :

- a. **BAB I** memuat Pendahuluan yang mencakup tentang Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kerangka Teori dan Kerangka Konsepsi, dan Metodologi Penelitian.
- b. **BAB II** berisi tentang dasar pengaturan persekongkolan tender di Indonesia dan Jepang berdasarkan Hukum Persaingan Usaha
- c. **BAB III** berisi tentang pembuktian persekongkolan tender oleh lembaga pengawas persaingan (KPPU dan JFTC)
- d. **BAB IV** berisi tentang akibat hukum persekongkolan tender terhadap pasar di Indonesia dan Jepang
- e. **BAB V** berisi tentang kesimpulan dan saran tentang hasil penelitian mendasar kepada hasil analisis hukum.

## BAB II PENGATURAN PERSEKONGKOLAN TENDER DI INDONESIA DAN JEPANG DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

### A. DASAR PENGATURAN PERSEKONGKOLAN DALAM TENDER

#### 1. Pengaturan Persekongkolan Tender di Indonesia

Istilah persekongkolan di semua kegiatan masyarakat hampir selalu berkonotasi negatif. Pandangan ini disebabkan, bahwa pada hakekatnya persekongkolan atau konspirasi bertentangan dengan keadilan, karena tidak memberikan kesempatan yang sama kepada seluruh penawar untuk mendapatkan obyek barang/atau jasa. Akibat adanya persekongkolan, pelaku usaha yang mempunyai itikad baik menjadi terhambat untuk masuk pasar, dan akibat lebih jauh adalah terciptanya harga yang tidak kompetitif<sup>49</sup>.

Pengaturan persekongkolan dalam Undang-Undang No.5 Tahun 1999 diatur dalam Pasal 1 angka 8, yaitu bahwa: *“Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.”*

Larangan persekongkolan mempunyai arti yang sangat khusus dalam kebijakan persaingan usaha. Karena suatu persekongkolan juga dapat menciptakan semua hambatan persaingan usaha yang relevan dalam hukum anti monopoli yang dapat disebabkan oleh suatu perjanjian, maka kebijakan persaingan menganggap bahwa larangan persekongkolan yang lengkap merupakan hal yang terpenting untuk mencegah terjadinya persekongkolan<sup>50</sup>.

Konspirasi tersebut terdiri dari perjanjian, pemahaman atau penyatuan pemikiran, sekurang-kurangnya antara dua kompetitor, bermaksud untuk atau dengan

---

<sup>49</sup> A. M. Tri Anggraini, *“Penegakan Hukum dan Sanksi Dalam Persekongkolan Penawara Tender”* " [www.legalitas.org](http://www.legalitas.org),

<sup>50</sup> Knud Hansen, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999: *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan usaha Tidak Sehat*, cet II, (Jakarta: katalish Publishing-Media Services, 2002) hal.309.

pengaruh, mengekang perdagangan<sup>51</sup>. Pelaku usaha dilarang melakukan kegiatan persekongkolan yang membatasi atau menghalangi persaingan usaha, karena kegiatan itu dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat<sup>52</sup>.

Adapun pengaturan persekongkolan dalam tender di Indonesia di atur dalam dua peraturan perundang-undangan, yang *pertama* Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, dan yang *kedua* Perpres Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

**a. Pasal 22 UU No. 5 tahun 1999**

Persekongkolan tender merupakan kegiatan yang biasa dilakukan oleh para pelaku usaha, dengan cara melakukan kesepakatan-kesepakatan, guna memenangkan tender. Kegiatan tersebut tidak jarang mengakibatkan hambatan bagi pelaku usaha yang tidak terlibat dalam kesepakatan, dan dampak yang lebih jauh dapat mengakibatkan kerugian bagi pihak penyelenggara, karena terdapat ketidak-wajaran mengenai harga. Persekongkolan penawaran tender (*bid rigging*) termasuk salah satu perbuatan yang dianggap merugikan negara, karena terdapat unsur manipulasi harga penawaran, dan cenderung menguntungkan pihak yang terlibat dalam persekongkolan<sup>53</sup>.

Salah satu bentuk tindakan yang dapat mengakibatkan persaingan tidak sehat adalah persekongkolan dalam tender, yang merupakan salah satu bentuk kegiatan yang dilarang oleh Undang-Undang No. 5/1999. Prinsip-prinsip umum yang perlu diperhatikan dalam tender adalah transparansi, penghargaan atas uang, kompetisi yang efektif dan terbuka, negosiasi yang adil, akuntabilitas dan proses penilaian, dan

---

<sup>51</sup> Candice Jones; David S. Lee; dan Adrian Shin, *Antitrust Violation*, (American Criminal Law Review, 2001), hal. 434.

<sup>52</sup> Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 79.

<sup>53</sup> A. M. Tri Anggraini, *Op. cit*

non-diskriminatif. Sejalan dengan hal tersebut, UU No. 5/1999 juga mengatur tentang larangan persekongkolan dalam tender sebagaimana digariskan pada Pasal 22.<sup>54</sup>

Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 melarang perbuatan pelaku usaha yang bertujuan menghambat atau bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat, antara lain seperti pembatasan akses pasar, kolusi, dan tindakan lain yang bertujuan untuk menghilangkan persaingan. Tindakan lain yang dapat berakibat kepada terjadinya persaingan usaha tidak sehat adalah tindakan persekongkolan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sebagaimana diatur oleh Pasal 22 UU No. 5/1999. Pengaturan pemenang tender tersebut banyak ditemukan pada pelaksanaan pengadaan barang dan atau jasa yang dilaksanakan oleh pemerintah pusat atau pemerintah daerah (government procurement), BUMN, dan perusahaan swasta. Untuk itu Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak hanya mencakup kegiatan pengadaan yang dilakukan oleh Pemerintah, tetapi juga kegiatan pengadaan yang dilakukan oleh perusahaan negara (BUMN/BUMD) dan perusahaan swasta.<sup>55</sup>

Praktek persekongkolan dalam tender ini dilarang karena dapat menimbulkan persaingan tidak sehat dan bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender tersebut, yaitu untuk memberikan kesempatan yang sama kepada pelaku usaha agar dapat ikut menawarkan harga dan kualitas yang bersaing. Sehingga pada akhirnya dalam pelaksanaan proses tender tersebut akan didapatkan harga yang termurah dengan kualitas yang terbaik.

Berdasarkan Penjelasan Pasal 22 UU No. 5/1999, tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Dalam hal ini tidak disebut jumlah yang mengajukan penawaran (oleh beberapa atau oleh satu pelaku usaha dalam hal penunjukan/pemilihan langsung). Pengertian tender tersebut mencakup tawaran mengajukan harga untuk:

---

<sup>54</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, *Pedoman Pasal 22 UU No.5/1999 Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan UU No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Jakarta: KPPU, 2005), hal.4.

<sup>55</sup> Ibid. Hal.7

1. Memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan,
2. Mengadakan barang dan atau jasa,
3. Membeli suatu barang dan atau jasa,
4. Menjual suatu barang dan atau jasa.

Berdasarkan definisi tersebut, maka cakupan dasar penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999 adalah tender atau tawaran mengajukan harga yang dapat dilakukan melalui;

1. Tender terbuka,
2. Tender terbatas,
3. Pelelangan umum, dan;
4. Pelelangan terbatas.

Berdasarkan cakupan dasar penerapan ini, maka pemilihan langsung dan penunjukan langsung yang merupakan bagian dari proses tender/lelang juga tercakup dalam penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999.

Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa “*pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur<sup>56</sup> dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.*”

Pasal 22 di diuraikan ke dalam beberapa unsur sebagai berikut:<sup>57</sup>

1. Unsur Pelaku Usaha

Sebagaimana dimaksud pada Pasal 1 angka 5 UU Nomor 5 Tahun 1999, bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara RI, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

---

<sup>56</sup> Kata “*mengatur*” yang terdapat dalam pasal tersebut dapat diartikan sebagai suatu tindakan negatif (konotasinya negatif) yang berkaitan dengan persekongkolan. Dalam praktek suatu tender yang ditawarkan oleh pemerintah misalnya, harus diatur secara transparan/terbuka dengan prosedur tertentu guna menentukan siapa yang akan menjadi pemenang tender.

<sup>57</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Op. Cit.* Hal.8

## 2. Unsur Bersekongkol

Bersekongkol diartikan sebagai kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.<sup>58</sup> Adapun istilah tersebut mengandung unsur-unsur sebagai berikut; Kerjasama antara dua pihak atau lebih, Secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, Menciptakan persaingan semu, Menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, Tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu, Pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung/tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.<sup>59</sup>

## 3. Unsur pihak lain

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 horisontal maupun vertikal dalam proses penawaran tender.

## 4. Unsur Mengatur dan Menentukan pemenang tender

Mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol, yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan/atau penentuan pemenang tender tersebut meliputi, antara lain menetapkan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya. Pengaturan dan penentuan

---

<sup>58</sup> Lihat Pedoman Pasal 22 tentang *Larangan Persekongkolan dalam Tender* (Jakarta: KPPU, 2005) hal.8.

<sup>59</sup> Ibid hal.8.



pemenang tender dapat dilakukan secara horizontal maupun vertikal, artinya baik dilakukan oleh para pelaku usaha atau panitia pelaksana.

5. Unsur persaingan usaha tidak sehat

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antara pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Persekongkolan dalam tender dapat dibedakan dalam tiga jenis, yaitu:

1. Persekongkolan Horizontal

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya. Persekongkolan ini dapat dikategorikan sebagai persekongkolan dengan menciptakan persaingan semu diantara peserta tender.

2. Persekongkolan vertikal

Merupakan persekongkolan vertikal adalah persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan. Persekongkolan ini dapat terjadi dalam bentuk dimana panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan bekerjasama dengan salah satu atau beberapa peserta tender.

3. Persekongkolan horizontal dan vertikal

Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender. Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun sesama para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup.

### **b. Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah**

Perpres No. 54 tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang telah ditetapkan oleh Presiden pada tanggal 6 Agustus 2010 yang lalu dan mulai diberlakukan pada tanggal 1 Januari 2011, merupakan peraturan pengganti dari Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 80 tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang dinyatakan tidak berlaku lagi.

Pengadaan barang dan atau jasa pembiayaan sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD<sup>60</sup> harus dilakukan secara efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil/tidak diskriminatif, dan akuntabel<sup>61</sup>.

Adapun pihak-pihak yang terlibat dalam pengadaan barang dan jasa antara lain pengguna barang/jasa<sup>62</sup>, panitia/pejabat pengadaan<sup>63</sup> dan penyedia barang/jasa<sup>64</sup>. Pengadaan barang/jasa pemerintah adalah Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut dengan Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi lainnya yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa<sup>65</sup>.

Berdasarkan Perpres Nomor 54 tahun 2010, unit Layanan Pengadaan/Pejabat Pengadaan menyusun dan menetapkan metode pemilihan Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya. Adapun metode Pemilihan Penyedia Barang /Jasa Lainnya dapat dilakukan melalui empat metode, yaitu:

---

<sup>60</sup> Indonesia, *Peraturan Presiden tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah*, Perpres Nomor 54 Tahun 2010, Lihat Pasal 1 butir 2.

<sup>61</sup> Indonesia, *Ibid*, Perpres Nomor 54 Tahun 2010, Pasal 2 butir 3

<sup>62</sup> Indonesia, *Op.cit.*, Perpres Nomor 54 Tahun 2010, Pasal 1 butir 3, Pengguna barang/jasa adalah Pejabat pemegang kewenangan penggunaan Barang dan/atau Jasa milik Negara/Daerah di masing-masing K/L/D/I.

<sup>63</sup> Indonesia, *Op.cit.*, Perpres Nomor 54 Tahun 2010, Pasal 1 butir 6 dan 7.

<sup>64</sup> Indonesia, *Op.cit.*, Perpres Nomor 54 Tahun 2010, Pasal 1 butir 12, Penyedia barang/jasa adalah badan usaha atau orang perseorangan yang menyediakan Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Konsultansi/Jasa Lainnya.

<sup>65</sup> Lihat Pasal 1 butir 1, Perpres Nomor 54 Tahun 2010.

- a. Pelelangan yang terdiri atas Pelelangan Umum dan Pelelangan Sederhana  
Pelelangan Umum adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya untuk semua pekerjaan yang dapat diikuti oleh semua Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang memenuhi syarat<sup>66</sup>. Sedangkan Pelelangan Sederhana adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Jasa Lainnya untuk pekerjaan yang bernilai paling tinggi Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah)<sup>67</sup>.
- b. Penunjukan Langsung;  
Penunjukan Langsung adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Jasa dengan cara menunjuk langsung 1 (satu) Penyedia Barang/Jasa.<sup>68</sup>
- c. Pengadaan Langsung;  
Pengadaan Langsung adalah Pengadaan Barang/Jasa langsung kepada Penyedia Barang/Jasa, tanpa melalui Pelelangan/ Seleksi/Penunjukan Langsung.<sup>69</sup>
- d. Kontes/Sayembara.  
Kontes adalah metode pemilihan Penyedia Barang yang memperlombakan Barang/benda tertentu yang tidak mempunyai harga pasar dan yang harga/biayanya tidak dapat ditetapkan berdasarkan Harga Satuan.<sup>70</sup> Sedangkan sayembara adalah Sayembara adalah metode pemilihan Penyedia Jasa yang memperlombakan gagasan orisinal, kreatifitas dan inovasi tertentu yang harga/biayanya tidak dapat ditetapkan berdasarkan Harga Satuan.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan/atau Jasa Pemerintah, pasal 1 ayat 23

<sup>67</sup> Ibid, pasal 1 ayat 25

<sup>68</sup> Ibid, pasal 1 ayat 31

<sup>69</sup> Ibid, pasal 1 ayat 32

<sup>70</sup> Ibid, pasal 1 ayat 30

<sup>71</sup> Ibid, pasal 1 ayat 29

Sedangkan metode Pemilihan Penyedia Pekerjaan Konstruksi dilakukan melalui lima metode, yaitu:

a. Pelelangan Umum;

Pelelangan Umum adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya untuk semua pekerjaan yang dapat diikuti oleh semua Penyedia Barang/Pekerjaan Konstruksi/Jasa Lainnya yang memenuhi syarat<sup>72</sup>

b. Pelelangan Terbatas;

Pelelangan Terbatas adalah metode pemilihan Penyedia Pekerjaan Konstruksi untuk Pekerjaan Konstruksi dengan jumlah Penyedia yang mampu melaksanakan diyakini terbatas dan untuk pekerjaan yang kompleks.<sup>73</sup>

c. Pemilihan Langsung;

Pemilihan Langsung adalah metode pemilihan Penyedia Pekerjaan Konstruksi untuk pekerjaan yang bernilai paling tinggi Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).<sup>74</sup>

d. Penunjukan Langsung;

Penunjukan Langsung adalah metode pemilihan Penyedia Barang/Jasa dengan cara menunjuk langsung 1 (satu) Penyedia Barang/Jasa.<sup>75</sup>

e. Pengadaan Langsung.

Pengadaan Langsung adalah Pengadaan Barang/Jasa langsung kepada Penyedia Barang/Jasa, tanpa melalui Pelelangan/Seleksi/Penunjukan Langsung.<sup>76</sup>

Perubahan yang dilakukan kali ini berbeda dengan yang sebelumnya, karena bersifat lebih komprehensif menyangkut perubahan substansi dan struktur pengaturannya. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa Perpres No.54 tahun 2010

---

<sup>72</sup> Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang dan/atau Jasa Pemerintah, pasal 1 ayat 23

<sup>73</sup> Ibid, pasal 1 ayat 24

<sup>74</sup> Ibid, pasal 1 ayat 26

<sup>75</sup> Ibid, pasal 1 ayat 31

<sup>76</sup> Ibid, pasal 1 ayat 32

merupakan “aturan baru” tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, tanpa meninggalkan prinsip-prinsip *good governance* yang telah dianut oleh Keppres 80/2003, seperti: efisien dan efektif, terbuka dan bersaing, transparan dan akuntabel.<sup>77</sup>

Latar belakang dari revisi Keppres 80 tahun 2003 kali ini, menurut penjelasan Kepala Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang dan Jasa dalam acara sosialisasi rancangan Peraturan Presiden pengganti Perpres No.80 tahun 2003 di Mataram tanggal 10 Juli 2010, antara lain adalah semakin berkembangnya praktik demokrasi dan otonomi daerah yang perlu disikapi dengan pendelegasian kewenangan dan tanggung jawab yang lebih besar kepada Pengguna Anggaran, baik di Pusat maupun di Daerah. Selain itu, berkembangnya teknologi informasi dan transaksi elektronik telah dan akan mengubah praktik bisnis di kalangan masyarakat luas. Hal ini harus disikapi dengan aturan-aturan yang mendorong pelaksanaan *E-Procurement* atau pengadaan secara elektronik. Pengadaan secara elektronik atau E-Procurement adalah Pengadaan Barang/Jasa yang dilaksanakan dengan menggunakan teknologi informasi dan transaksi elektronik sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.<sup>78</sup> Perubahan lingkungan internasional juga ikut mempengaruhi, seperti adanya *Paris Declaration* 2005 dan *Jakarta Commitment* 2009 dimana pengadaan yang berasal dari pinjaman maupun hibah luar negeri dilaksanakan dengan aturan negara setempat. Semangat ini direspon dengan aturan baru yang semakin mengikuti atau setara dengan *best practices* yang berlaku secara internasional pula.<sup>79</sup>

Perbedaan Perpres No. 54 Tahun 2010 yang signifikan dengan peraturan sebelumnya, yaitu : terdapat 134 Pasal dalam 19 Bab. Sedangkan Keppres No. 80 Tahun 2003 hanya berisi 54 Pasal dalam 9 Bab. Penambahan pasal dalam Perpres 54 memberi kelonggaran dan penegasan dalam item tertentu sehingga menjadikan terciptanya persaingan sehat antara peserta tender perusahaan barang dan jasa, sehingga tercipta kualitas pekerjaan yang maksimal.

---

<sup>77</sup> Aryoseto, [http://keuagandaerah.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=46](http://keuagandaerah.com/index.php?option=com_content&task=view&id=46) di akses pada tanggal 22 desember 2011

<sup>78</sup> Perpres No.54 tahun 2010, pasal 1 ayat 37.

<sup>79</sup> Ibid

## 2. Pengaturan Persekongkolan Tender di Jepang

Persekongkolan tender di Jepang merupakan bentuk klasik dari kartel. Persekongkolan dalam kegiatan tender ini dikenal dengan istilah *Dango*<sup>80</sup>. Istilah tersebut diatur dalam *Shiteki Dokusen No Kinshi Oyobi Kosei Torihiki Ni Kansuru Horitsu* atau the Anti-Monopoly Act (selanjutnya disebut dengan AMA). *Dango* adalah praktik yang dilakukan antar peserta tender selama proses tender untuk kontrak pekerjaan umum dan proyek lain yang ditawarkan oleh pemerintah. Peserta tender berkolusi dan memutuskan perusahaan mana yang harus mendapatkan order pekerjaan umum dan harga kontrak yang diperoleh. Setiap peserta tender kemudian menawar dengan sedemikian rupa sehingga pemenang kontrak dan harga kontrak telah ditentukan sebelumnya, berturut-turut, penawar yang menang dan memenangkan harga penawaran. Ada dua metode persekongkolan tender di Jepang. Metode pertama, pemenang tender menetapkan setiap kontrak. Metode kedua, perusahaan konstruksi bergiliran menjadi pemenang menurut aturan tertentu. Karena *Dango* dianggap sebagai tindakan yang secara serius memberikan pengaruh negatif bagi ekonomi nasional<sup>81</sup> maka JFTC mengaturnya dalam dua peraturan perundang-undangan:

### a. Article 2 (6) the Anti-Monopoly Act (AMA)

Larangan mengenai persekongkolan tender dalam Pasal 2 (6) di definisikan sebagai *"unreasonable restraint of trade as used in this Act shall mean such business activities, by which any entrepreneur, by contract, agreement or any other concerted actions, irrespective of its names, with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain, or in-crease prices, or to limit production, technology, products, facilities, or customers or suppliers, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restrain of competition in any particular field of trade".*

<sup>80</sup> "Construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," <[www.againstcorruption.org/briefingsitem.asp?id=8559](http://www.againstcorruption.org/briefingsitem.asp?id=8559)>, diakses 28 september 2011

<sup>81</sup> Kazuhiko Takeshima (Chairman Fair Trade Commission of Japan), *The Lessons from Experience of Antimonopoly Act in Japan and the Future of Competition Laws and Policies in East Asia*, disajikan dalam The 2nd East Asia Conference on Competition Law and Policie (Toward Effective Implementation of Competition Policies in EastAsia), Bogor, 3-4 Mei 2005.

Tegasnya, pasal ini melarang pelaku usaha melakukan kegiatan usaha yang dilakukan melalui kerjasama yang saling menguntungkan antara perusahaan dan hambatan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu yang bertentangan dengan kepentingan umum (kartel). Larangan ini diatur berdasarkan peraturan dalam Pasal 3 AMA yang melarang monopoly swasta dan hambatan perdagangan yang tidak sehat.<sup>82</sup> Monopoli swasta disini didefinisikan sebagai kegiatan usaha yang dilakukan oleh beberapa pelaku usaha, baik secara individu maupun secara bersama atau melakukan persekongkolan dengan pelaku usaha lain, atau dengan cara yang lain, termasuk mengontrol kegiatan usaha dari pelaku usaha lain, yang bertentangan dengan kepentingan umum serta persaingan secara substansial pada bidang usaha tertentu (Pasal 2 ayat 5).<sup>83</sup>

Pasal 2 (6) ini diuraikan dalam empat unsur:

a. Pelaku usaha

Pelaku usaha didefinisikan dalam Pasal 2 (1) AMA yakni, orang yang melakukan semua kegiatan usaha, baik itu usaha perdagangan, industri, keuangan, maupun jenis kegiatan usaha lainnya. Jenis kegiatan ‘usaha lainnya’ disini termasuk pertanian, jasa, riset dan pengembangan. Singkatnya, kegiatan usaha yang melibatkan pelaku usaha yang terdiri dari berbagai kegiatan usaha. Seorang pekerja lepas/bebas (sebagai contoh, orang yang berprofesi seperti pengacara dan akuntan publik yang bersertifikat, penulis dan pemain/atlet olahraga yang profesional) entitas publik dan asosiasi-asosiasi publik (dalam hal ini dimana pemerintah

---

<sup>82</sup> Japan, UU No.54 Tahun 1947 pasal 3 “*No entrepreneur shall effect private monopolization or unreasonable restraint of trade*”.

<sup>83</sup> Japan, UU No.54 Tahun 1947 Pasal 2 (5). “The term “*private monopolization*” as used in this Act means such business activities, by which any entrepreneur, individually or by combination or conspiracy with other entrepreneurs, or by any other manner, excludes or controls the business activities of other entrepreneurs, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.

pusat atau lembaga publik, seperti lembaga pemerintah daerah, melakukan kegiatan ekonomi) oleh AMA dianggap sebagai pengusaha.<sup>84</sup>

b. *Concerted action*

diartikan sebagai *implied agreements* (perjanjian terselubung) atau komunikasi yang saling menguntungkan di antara para pihak

c. Hambatan persaingan secara substansial

artinya keadaan mengontrol, menciptakan, memelihara dan menguatkan pasar. Kekuatan pasar adalah kemampuan untuk mengendalikan harga atau menghilangkan pesaing. Putusan pengadilan juga menetapkan bahwa 'hambatan persaingan secara substansial memiliki arti yang sama seperti membatasi 'efektivitas' persaingan dan merupakan keadaan dimana kemungkinan persaingan efektif adalah hampir tidak mungkin lagi

d. kepentingan umum

Ada tiga bentuk pemikiran tentang makna kepentingan umum.<sup>85</sup>

1. Kepentingan ekonomi nasional secara keseluruhan. Dalam pandangan ini, kepentingan publik tidak hanya mencakup kebijakan persaingan, tetapi juga nilai-nilai lain. Pertimbangan mengenai kompetisi harus ditimbang dengan nilai-nilai lain. Pandangan ini menunjukkan bahwa beberapa kartel untuk membatasi persaingan tidak seharusnya ilegal karena dapat menyajikan nilai yang berguna.
2. Mempertahankan persaingan. Pandangan ini mungkin tidak memungkinkan pertimbangan lain untuk mengambil bagian dalam memutuskan masalah kebijakan persaingan. Kartel yang memiliki efek

<sup>84</sup> Shingo Seryo, *op.cit*, p.5

<sup>85</sup> Shingo Seryo, *Op.cit*, p. 19



anti-persaingan atau menciptakan penguasaan pasar selalu dianggap ilegal tanpa kecuali.

3. Menjaga persaingan bebas dan adil sehingga melestarikan kepentingan konsumen dan pertumbuhan demokrasi maupun ekonomi nasional yang sehat. Pandangan ini memungkinkan kartel dianggap membatasi persaingan dengan nilai-nilai sosial lainnya, tapi kasus ini terbatas pada berbagai manfaat memberikan kontribusi bagi kepentingan konsumen umum. Dalam konsep ini, meskipun kartel untuk membatasi persaingan diperbolehkan, lingkup yang diperbolehkan sangat terbatas daripada pandangan pertama karena kartel untuk membatasi persaingan jarang berfungsi untuk memenuhi kepentingan konsumen dan pertumbuhan demokrasi dan ekonomi nasional yang sehat.

Faktor-faktor yang menyebabkan *Dango* merajalela di Jepang<sup>86</sup>, pertama, terkait dengan faktor sejarah. Setelah perang dunia kedua, pemerintah Jepang mendirikan departemen pekerjaan umum untuk merekonstruksi semua infrastruktur yang rusak dan hancur akibat perang dunia kedua<sup>87</sup>. Pendirian departemen tersebut menyebabkan perusahaan jasa konstruksi tumbuh pesat. Sebanyak 99% atau sekitar 520.000 perusahaan jasa konstruksi merupakan pelaku usaha kelas menengah dan kecil. Disamping itu, tenaga kerja yang terserap dalam industri jasa konstruksi mencakup hampir 6.500.000 orang atau 9% dari keseluruhan jumlah tenaga kerja di Jepang. Kondisi tersebut menyebabkan industri jasa konstruksi skala menengah dan kecil di Jepang bersaing ketat, bahkan banyak yang bangkrut akibat persaingan ketat<sup>88</sup>. Kedua, mantan pejabat tinggi Jepang yang tetap memperoleh posisi-posisi atau kedudukan sebagai *top executives (interlocking relationship or amakudari)*

---

<sup>86</sup> In Japan's Construction industry, it is understood that bid-rigging is to be rampant, particularly for government funded projects, where officials disclose bidding prices to builders in exchange of favours, in "construction companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case," Loc.cit.

<sup>87</sup> Gray, *Op.cit* p. 431.

<sup>88</sup> Okatani, *Op. Cit.*, hal 263-264.

dibeberapa perusahaan jasa konstruksi berskala besar. Tawaran tersebut dimanfaatkan untuk mendapatkan akses dan mempermudah lobi intensif untuk memperoleh proyek-proyek konstruksi berskala besar dari pemerintah Jepang melalui jaringan yang dibinanya.<sup>89</sup> Iklim persaingan usaha tidak sehat dimaksud tentu saja tidak menguntungkan bagi perusahaan jasa konstruksi Amerika Serikat yang berpartisipasi dalam kegiatan proyek rekonstruksi di Jepang. Disamping itu, praktik tersebut cenderung membuka peluang tindak pidana korupsi<sup>90</sup>.

Pasal ini juga mengatur kegiatan *Dango* yang dilakukan oleh asosiasi atau kartel. ketentuan Pasal 3 AMA menetapkan pengawasan terhadap *Dango* sebagai larangan terhadap pengekangan kegiatan usaha yang tidak sehat dan saat kartel terlibat didalamnya. *Dango* diawasi pula melalui ketentuan Pasal 8 (ayat 1 sub 1) AMA yang melarang pembatasan substansial terhadap persaingan usaha oleh asosiasi.

Di Jepang Kartel merupakan halangan untuk masuk kepasar yang bersangkutan dan sering menimbulkan persekongkolan dalam kegiatan tender. Hal tersebut menyebabkan JFTC pada tahun 1979 mengeluarkan dua petunjuk pelaksanaan terhadap pengawasan aktivitas asosiasi atau kartel, yaitu petunjuk pelaksanaan terhadap pengawasan aktivitas asosiasi perdagangan berdasarkan AMA dan petunjuk pelaksanaan untuk mencegah asosiasi bertindak sebagai fasilitator dalam persekongkolan kegiatan tender atau perilaku lain yang bertentangan dengan persaingan usaha sehat. Pada tahun 1984, JFTC mengeluarkan "*Guidelines under the Antimonopoly Law for Various Activities of Trade Associations in the Construction Industry Involved in Public Works Projects*" (Pedoman pelaksanaan berdasarkan

---

<sup>89</sup> Bid-rigging cases have recently come to light, in which government officials took the initiative in arranging collusions among contractors as they solicited bids for public works projects. Behind such corruption is the long-standing practice of *amakudari*, literally "descent from heaven", in which high-ranking bureaucrats take executive posts at governmental corporations and other organizations upon retirement, in the *Yomiuri Shimbun*, "stiffer penalties Alone won't end Bid-Rigging," <<http://www.yomiuri.co.jp/dy/editorial/20060228TDY04006.htm>>, diakses 5 oktober 2011.

<sup>90</sup> Jon. R. Gray, "*construction Companies Bid-Rigging in Japan: Corruption Case*," Loc.Cit., where the US has long been critical of the industry for these practices and for being closed to foreign builders. In its annual recommendations to the Japanese government, Washington has recommended Tokyo to address the widespread problem of bid-rigging, particularly bureaucrat-led bid rigging.

AMA mengenai berbagai perilaku kegiatan asosiasi dalam industri jasa konstruksi yang terkait dengan proyek-proyek pembangunan.) Selanjutnya, pada tahun 1994 petunjuk pelaksanaan tersebut direformulasikan menjadi *Guidelines on Public Works Projects* akibat banyaknya kasus *Dango* yang melibatkan asosiasi atau kartel.

Mengingat karakteristik khusus dari industri jasa konstruksi, kemungkinan perusahaan yang terlibat dalam *Dango* tinggi. Selain itu, dalam banyak kasus, asosiasi perdagangan membuat pengaturan untuk *Dango*. Jadi, FTC menyusun Pedoman Konstruksi Industri dan menyajikan contoh-contoh perilaku yang sah oleh asosiasi perdagangan dalam rangka untuk mencegah kesalahan. Contoh-contoh yang memungkinkan asosiasi perdagangan pekerjaan umum untuk memberikan informasi dan bimbingan manajerial sesuai dengan UU Antimonopoli kecuali pemenang kontrak yang diharapkan atau harga penawaran bertekad melanggar aturan untuk memastikan penawaran kompetitif. Dengan kata lain, pertukaran informasi secara umum dianggap sah, sedangkan pertukaran informasi mengenai penawaran individual adalah ilegal meskipun jika tidak ada kesepakatan yang dicapai pada pemenang. Pedoman konstruksi industry telah dihapuskan sebagai hasil dari rumusan "*Guidelines Concerning The Activities of Firms and trade Associations with regard to Public bids*" (Pedoman Proyek Pekerjaan Umum)<sup>91</sup>.

Didasarkan pada peraturan-peraturan pelaksanaan tersebut, maka JFTC menempuh beberapa tindakan yang bertujuan mencegah berkembangnya persekongkolan tender. Tindakan-tindakan tersebut antara lain: *pertama*, mengeliminasi ukuran-ukuran pelanggaran hukum. Khususnya, mewajibkan para pelanggar untuk membatalkan perjanjian penawaran yang dibuat oleh perusahaan dan mengumumkannya di koran dan media lainnya. Sebagai tambahan, JFTC juga memerintahkan untuk menghentikan kegiatan dan mewajibkan pihak pelanggar untuk melaporkannya ke JFTC; *Kedua*, menetapkan denda administratif, dengan cara mengenakan pajak tambahan atas produk dari penawar yang dimenangkan. Besarnya biaya ini adalah 6% dari harga penawaran yang dimenangkan untuk perusahaan besar, dan 3% untuk perusahaan menengah dan kecil; *Ketiga*, JFTC dapat

---

<sup>91</sup> Naoki Okatani, *Op. cit.*, hal. 253.

menetapkan denda pidana terhadap kegiatan yang melanggar Undang-Undang Antimonopoli. Guna merealisasikan hal ini, pada tanggal 20 Juni 1990 JFTC membentuk standart penuntutan dalam "*Guidelines of the Fair Trade Commission Concerning Accusations of Violations of the Antimonopoly Law*".

Pada July tahun 2002 JFTC meluncurkan *Act on Elimination and Prevention of Involvement in Bid Rigging, etc. and Punishments for Acts by Employees that Harm Fairness of Bidding, etc. (Act No. 101 of 2002)* yang kemudian baru diberlakukan pada January 2003. Undang-Undang ini bertujuan untuk menghilangkan dan mencegah keterlibatan dalam *Dango*.

#### ***b. Account Act***

Sejak pemerintah Jepang meratifikasi Undang-Undang Pengadaan barang/jasa sebagai sebuah perjanjian, pemerintah diwajibkan untuk mengubah hukum nasional dan peraturannya untuk membuat mereka sesuai dengan isi dari Undang-Undang Pengadaan pengadaan barang/jasa.

Di Jepang, prosedur yang digunakan untuk pengadaan barang/jasa pemerintah dan kontrak kerja di atur dalam Pasal 29-3, pasal 29-5, dan Pasal 29-6 dari *Accounts Act*<sup>92</sup> (selanjutnya disebut "AA"). Dalam Undang-Undang ini dikatakan bahwa persekongkolan tender adalah sebuah kegiatan atau praktek yang dilakukan diantara para pemberi penawaran harga dalam proses penawaran kontrak pekerjaan umum serta proyek lain yang ditawarkan pemerintah. Pemberi penawaran harga (penyelenggara tender) dapat serta berpotensi melakukan kolusi maupun persekongkolan serta memutuskan perusahaan mana yang mendapatkan order tersebut dan harga kontrak yang diharapkan. Setiap penawar (peserta tender) kemudian melakukan penawaran harga, dimana pemenang kontrak telah ditetapkan dan harga kontrak akan dimenangkan oleh penawar tertentu dengan baik dan berhasil.

Berdasarkan Undang-Undang ini, pengadaan barang dan jasa pemerintah harus didasarkan pada, *open competitive tendering system*, *Designated competitive tendering*, dan *non-competitive tendering (single tendering system)*.

---

<sup>92</sup> Kaikei Ho (Accounts Act), arts. 29-3, 29-5, 29-6, Law No. 35 of 1947 [hereinafter Accounts Act].

### 1. *Open competitive tendering*

*Open competitive tendering* adalah prosedur di mana setiap orang yang memenuhi syarat dapat mengajukan tender. Ini adalah prosedur umum yang diberikan dalam hubungannya dengan hukum dan perintah, terlepas apakah itu perintah dari pemerintah pusat atau daerah<sup>93</sup>. Namun, prosedur ini tidak berarti bahwa setiap orang tanpa syarat dapat mengambil bagian dalam proses penawaran. Hukum dan peraturan mewajibkan lembaga pengadaan untuk mengecualikan proses tersebut dari orang yang masuk dalam kategori tertentu dan memungkinkan lembaga pengadaan untuk melakukannya dalam kasus tertentu. Selain itu, eksekutif kepala lembaga pengadaan dapat sejak dini memberlakukan kondisi kualifikasi untuk berpartisipasi dalam prosedur penawaran tertentu<sup>94</sup>.

### 2. *Designated competitive tendering*

*Designated competitive tendering* adalah suatu prosedur di mana hanya orang yang diundang (yaitu, yang ditunjuk) oleh lembaga pengadaan dapat mengajukan tender. *Designated competitive tendering* dapat digunakan hanya dalam kasus berikut:

- a. Ketika, karena sifat atau tujuan dari kontrak, hanya sejumlah kecil pelaku yang berpartisipasi dalam tender
- b. Ketika, karena sifat atau tujuan dari kontrak, jika penggunaan tender terbuka dianggap merugikan;<sup>95</sup>
- c. Ketika harga kontrak yang diperkirakan berada di bawah ambang batas; atau
- d. Dalam kasus lain dimana order disediakan.<sup>96</sup>

### 3. *Non-competitive tendering (single tendering system)*

---

<sup>93</sup> Account Act (Kaiki Ho) art. 29 (3)

<sup>94</sup> Shigeki Kusunoki, "Japan's Government Procurement Regimes For Public Works" 2007, hal. 526.

<sup>95</sup> Account Act, *supra* note 14, art. 29(3)(3) (providing for (1) and (2) above). An example of a case where the use of open competitive tendering is deemed to be disadvantageous is one where a "breach of contract will cause significant trouble to a government project." OBAA, *supra* note 15, art. 104-4.

<sup>96</sup> Account Act, *supra* note 14, art. 29(3)(5) (providing for (3) and (4) above). Article 94(1) of the OBAA specifies threshold levels for each procured object. OBAA, *supra* note 15, art. 94(1).

*Non-competitive tendering* adalah prosedur yang lain dari dua prosedur tender kompetitif yang telah dijelaskan sebelumnya. Biasanya, lembaga pengadaan menggunakan prosedur menghubungi operator yang ditargetkan secara individual, bernegosiasi dengan mereka untuk menghitung estimasi biaya untuk diserahkan kepada lembaga tersebut, dan masuk ke kontrak.

*Non-competitive tendering* hanya dapat digunakan dalam kasus berikut:

- a. Apabila hakikat atau tujuan dari kontrak melarang kompetisi;<sup>97</sup>
- b. Jika tidak mungkin untuk menggunakan metode *competitive selection* karena keadaan mendesak;<sup>98</sup>
- c. Ketika penggunaan tender kompetitif dianggap merugikan;<sup>99</sup>
- d. Ketika harga kontrak yang diperkirakan lebih rendah dari tingkat ambang batas;<sup>100</sup> atau
- e. Dalam kasus lain dimana order disediakan.<sup>101</sup>

Selanjutnya, Undang-Undang dan peraturan yang berlaku memerlukan lembaga pengadaan untuk memilih kontraktor yang kompetitif yang mungkin bahkan dalam kasus di mana lembaga menggunakan *designated competitive tendering* atau *non-competitive tendering*. Dalam kasus *designated competitive tendering*, lembaga pengadaan harus menunjuk setidaknya sepuluh operator jika memungkinkan, dan dalam kasus *non-competitive tendering*, lembaga pengadaan harus mengumpulkan perkiraan tertulis dari setidaknya dua operator jika memungkinkan.

Namun, dalam prakteknya, sistem tender terbuka jarang sekali digunakan dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah di Jepang. Sampai tahun 1993, sebagian besar prosedur pemilihan kontraktor menggunakan *designated competitive tendering*.<sup>102</sup> Ada tiga alasan umum untuk ini.

*Pertama*, hal ini menguntungkan jika lembaga pengadaan dapat mengecualikan calon yang tidak benar dari prosedur seleksi kontraktor melalui

<sup>97</sup> Account Act, *supra* note 14, art. 29(3)(4)

<sup>98</sup> Ibid

<sup>99</sup> Ibid

<sup>100</sup> Account Act, *supra* note 14, art. 29(3)(4).

<sup>101</sup> Ibid, art. 29(3)(5)

<sup>102</sup> WTO Secretariat, Japan: Policy Developments Affecting Trade and Investment, WT/TPR/S/32 (Jan. 5, 1998) (stating that selective tendering had been a “previously pervasive” procedure), available at [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/japan.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/japan.pdf).

penunjukan mereka.<sup>103</sup> *Kedua, designated competitive tendering* adalah cara yang efektif untuk mengimplementasikan *Public Agency Order Act*.<sup>104</sup> *Ketiga*, ada tuntutan paternalistik pemerintah untuk mengadopsi *designated competitive tendering* untuk menjamin keuntungan jangka panjang yang stabil untuk sejumlah perusahaan yang diharapkan untuk memasok barang atau pekerjaan yang berkualitas tinggi.<sup>105</sup>

Adapun alasan ketiga, jaminan keuntungan perusahaan jangka panjang yang stabil dapat dicapai tidak hanya melalui penggunaan *designated competitive tendering*, tetapi juga melalui sistem penyesuaian atau distribusi keuntungan, yaitu, *bid rigging*. Mengadopsi *designated competitive tendering* mendorong kandidat untuk terlibat dalam *bid rigging* karena jumlah calon terbatas melalui penunjukan, daftar calon yang ditunjuk seringkali bisa diperbaiki, dan kandidat dapat berkolusi lebih mudah. Selain itu, dalam banyak kasus, lembaga pengadaan diam-diam mengizinkan dan kadang-kadang secara aktif terlibat dalam *bid rigging*. Banyak pengamat berpendapat secara informal kompetisi yang dibatasi oleh *bid rigging* dalam sebagian kasus pengadaan di Jepang. Secara alami, karakteristik anti persaingan dari pengadaan publik ini telah mendukung hubungan yang nyaman antara politisi, birokrat, dan pelaku bisnis dalam waktu yang lama.<sup>106</sup>

Kritik terhadap masalah ini telah meningkat keras karena sejumlah kasus yang terkenal dalam *bid rigging* dan penyuapan, termasuk seorang Menteri Konstruksi yang terlibat saat itu yaitu *Kishiro Nakamura* dan *Kajima Korporasi*, perusahaan konstruksi yang terbesar di Jepang. Hal ini memicu kemarahan masyarakat pada 1990-an. *Designated competitive tendering* kemudian menjadi target kritik sebagai sarang kegiatan yang tidak sehat. Hampir bersamaan, rezim sanksi dan penegakan UU Anti Monopoli diperkuat. Selanjutnya, sebagian besar lembaga nasional dan beberapa lembaga administrasi lokal mulai memberlakukan *open*

---

<sup>103</sup> Yasushi Ohno, *Kokyokōji ni okeru nyusatsu keiyaku hoshiki nokadai* [Reconsidering Bidding and Contracting Methods of Public Works], 27 *KAIKEI KENSA KENKYU* 159, 162.

<sup>104</sup> Kusunoki, *supra* note 35, at 17.

<sup>105</sup> See Ohno, *supra* note 57, at 161; Kusunoki, *supra* note 35, at 14–15. This idea is very controversial. Some commentators may insist that the more intense the competition, the higher the quality of the items and works the successful candidates will supply.

<sup>106</sup> Shigeki Kusunoki, *"Japan's Government Procurement Regimes For Public Works"* 2007, hal. 532.

*competitive tendering* sebagai aturan umum untuk pengadaan untuk melaksanakan WTO-GPA setelah diberlakukan pada tahun 1996.<sup>107</sup>

## **B. LEMBAGA PENGAWAS PERSAINGAN USAHA**

### **1. Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)**

Untuk mencegah pelaksanaan dan mencegah terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang antimonopoli, melalui Undang-Undang tersebut telah dibentuk komisi pengawas dengan nama komisi pengawas persaingan usaha (KPPU). Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU ini dibentuk berdasarkan Keppres No 75 Tahun 1999. Sebagai suatu lembaga independen, dapat dikatakan bahwa kewenangan yang dimiliki Komisi sangat besar yang meliputi juga kewenangan yang dimiliki oleh lembaga peradilan. Kewenangan tersebut meliputi penyidikan, penuntutan, konsultasi, memeriksa, mengadili, dan memutuskan perkara.

KPPU diberi status sebagai pengawas pelaksanaan UU No 5 Tahun 1999. Status hukumnya adalah sebagai lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah dan pihak lain. Anggota KPPU diangkat dan diberhentikan oleh Presiden atas persetujuan DPR. Anggota KPPU dalam menjalankan tugasnya bertanggung jawab kepada Presiden. Ketentuan ini wajar karena KPPU melaksanakan sebagian dari tugas-tugas pemerintah, sedangkan kekuasaan tertinggi pemerintahan ada dibawah Presiden. Walaupun demikian, tidak berarti KPPU dalam menjalankan tugasnya tidak dapat bebas dari campur tangan pemerintah. Independensi tetap dijaga dengan keterlibatan DPR untuk turut serta menentukan dan mengontrol pengangkatan dan pemberhentian anggota KPPU.

Selanjutnya, KPPU merupakan suatu organ khusus yang mempunyai tugas ganda selain menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif. Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya Hukum Persaingan Usaha, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan

---

<sup>107</sup> Ibid



demikian KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administrative karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif.

Adapun tugas dan wewenang KPPU adalah sebagai berikut berdasarkan Pasal 35 UU No.5 Tahun 1999:

- a. Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- b. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- c. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha.
- d. Mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36.
- e. Memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- f. Menyusun Pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan UU No.5/1999
- g. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan DPR.

Dalam menjalankan tugas-tugasnya tersebut, Pasal 36 UU No.5/1999 memberi wewenang kepada KPPU untuk:

1. Menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
2. Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
3. Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan komisi sebagai hasil penelitiannya.
4. Menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
5. Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan UU No.5/1999.

6. Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No.5/1999.
7. Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli atau setiap orang yang dimaksud dalam nomor 5 dan 6 tersebut di atas yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi.
8. Meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No.5/1999.
9. Mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen atau alat bukti lain untuk keperluan penyelidikan dan atau pemeriksaan.
10. Memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat.
11. Memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
12. Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No.5/1999.

Jadi, KPPU berwenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan dan akhirnya memutuskan apakah pelaku usaha tertentu telah melanggar UU No.5/1999 atau tidak. Pelaku usaha yang merasa keberatan terhadap Putusan KPPU tersebut diberikan kesempatan selama 14 hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut untuk mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri.

Sebagai lembaga administratif, KPPU bertindak demi kepentingan umum. KPPU berbeda dengan pengadilan perdata yang menangani hak-hak subyektif perorangan. Oleh karena itu, KPPU harus mementingkan kepentingan umum dari pada kepentingan perorangan dalam menangani dugaan pelanggaran hukum antimonopoli<sup>108</sup>. Hal ini sesuai dengan tujuan UU No.5/1999 yang tercantum dalam Pasal 3 huruf a UU No.5/1999 yakni untuk “menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat”.

---

<sup>108</sup> Knud Hansen, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* (Katalis-Publishing– Media Services, 2002). hal.389.

## 2. *Japanese Fair Trade Commission (JFTC)*

JFTC adalah komisi administrative independen yang dibentuk meniru *the Federal Trade Commission di AS*.<sup>109</sup>

JFTC terdiri dari seorang ketua, dan empat komisioner yang ditunjuk oleh Perdana Menteri Jepang dengan persetujuan dari Kongres. Sebagaimana KPPU, Ketua JFTC dan empat komisionernya melaksanakan wewenang mereka secara independen dan tidak bisa digugat.<sup>110</sup>

JFTC mempunyai wewenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan adanya pelanggaran Hukum Persaingan Usaha (*Japanese Antimonopoly Act*). JFTC menunjuk beberapa anggota stafnya sebagai penyelidik. JFTC mempunyai wewenang untuk memerintahkan kepada pelaku usaha untuk membuat laporan tertulis, menyerahkan dokumen-dokumen tertulis yang relevan, dan memanggil saksi ahli berkaitan dengan kasus yang bersangkutan. Di samping itu, JFTC mempunyai wewenang untuk masuk ke tempat-tempat bisnis pelaku usaha dan tempat-tempat lain yang relevan untuk menggeladahkan dokumen-dokumen bisnis dan lain sebagainya. Bahkan, dalam penyelidikan adanya kartel, JFTC dapat melakukan *on-the-spot investigation*, yakni penyelidikan secara mendadak di tempat-tempat pelaku usaha dan dapat memaksa pelaku usaha untuk menyerahkan dokumen-dokumen yang relevan. Barang siapa menolak untuk dilakukan penyelidikan semacam ini dapat dikenai hukuman penjara maksimal 6 bulan atau denda maksimal 200.000 yen.<sup>111</sup>

Apabila JFTC menemukan bukti adanya pelanggaran, JFTC akan mengeluarkan rekomendasi yang berisi hasil temuannya, bentuk pelanggaran yang dituduhkan dan perintah penghentian tindakan (*cease and desist order*) yang melanggar kepada pelaku usaha. Apabila pelaku usaha menerima rekomendasi tersebut, JFTC menerbitkan keputusan rekomendasi yang berisi hasil penyelidikannya, pelaksanaan hukum dan tindakan-tindakan perbaikan sesuai dengan rekomendasi yang diberikan sebelumnya. Apabila pelaku usaha tidak menerima/menolak rekomendasi tersebut, maka JFTC memulai proses hukum

---

<sup>109</sup> Masahiro Murakami, *The Japanese Antimonopoly Act* (2003) hal.64.

<sup>110</sup> Ibid hal 65

<sup>111</sup> Ibid. hal.65, 67-68.

(persidangan) secara resmi dengan mengeluarkan komplain tertulis kepada pelaku usaha. Setelah proses hukum tersebut dilalui, JFTC menerbitkan putusan. Apabila JFTC akhirnya menemukan bukti bahwa pelanggaran terjadi setelah proses hukum tersebut selesai, maka JFTC mengeluarkan putusan resmi yang memerintahkan pelaku usaha untuk melakukan tindakan perbaikan.<sup>112</sup>

Berbeda dengan di Indonesia dimana gugatan keberatan harus diajukan ke pengadilan negeri, di Jepang, pelaku usaha dapat mengajukan banding terhadap putusan JFTC kepada *the Tokyo High Court*. Pengadilan Tinggi ini bisa menguatkan putusan JFTC atau membatalkannya apabila ada alasan-alasan yang kuat.<sup>113</sup>

### C. PENDEKATAN DALAM PERSEKONGKOLAN TENDER

Dalam hukum persaingan usaha, terdapat dua metode pendekatan yang digunakan untuk menganalisis bilamana suatu perilaku menghambat persaingan usaha, yaitu pendekatan *per se Illegal* dan pendekatan *rule of reason*. Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-Undang Antimonopoli<sup>114</sup>.

Penggunaan kedua pendekatan ini secara alternatif memiliki tujuan yang sama, yakni bagaimana tindakan pelaku usaha tidak menghambat persaingan, sehingga mengakibatkan hilangnya efisiensi, yang pada akhirnya menimbulkan kerugian terhadap konsumen<sup>115</sup>. Sedangkan tujuan pembentukan UU No. 5/1999, antara lain adalah menciptakan efisiensi dalam kegiatan usaha serta meningkatkan kesejahteraan rakyat (Pasal 3). Dalam pembahasan ini, akan dikaji apakah

<sup>112</sup> Ibid. hal.65-66.

<sup>113</sup> Ibid. hal.66.

<sup>114</sup> Pada tahun 1914, The Sherman Act 1890 disempurnakan dengan dikeluarkannya Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies yang dikenal dengan sebutan the Clayton Act. Pada tahun yang sama diterbitkan Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes yang lebih dikenal dengan the Federal Trade Commission Act. Kemudian pada tahun 1936, the Clayton Act disempurnakan dengan the Robinson-Patman Act, di mana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 the Clayton Act yang mengatur tentang Diskriminasi Harga. Lihat Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law* (Westbury New York: The Foundation Press, Inc., 1993) pp. 395-399.

<sup>115</sup> A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Per se Illegal atau Rule of Reason* (Jakarta: Program Pascasarjana FH-UI, 2003) p. 399.

penggunaan pendekatan secara alternatif dapat mendukung efisiensi dan kesejahteraan konsumen.

#### ***a. Per Se Illegal dan penerapannya***

Pendekatan ini menyatakan bahwa setiap kegiatan usaha tertentu illegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang di timbulkan oleh perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali<sup>116</sup>.

Suatu ketentuan bersifat *per se illegal* tidak diperlukan lagi pembuktian dampak larangan tersebut sehingga jika ada pelaku usaha yang melakukan sesuatu yang dinyatakan secara eksplisit dilarang oleh Undang-Undang, pelaku usaha tersebut dinyatakan melanggar, tanpa perlu membuktikan hasil atau akibat tindakan yang dilakukan.

Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut administratif adalah mudah. Dalam hal ini dibandingkan di Amerika Serikat, maka hal ini terjadi karena metode ini memperbolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta dipasar yang bersangkutan. Oleh karena itu, pada prinsipnya terdapat 2 (dua) syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yakni: *pertama*, harus di tujukan 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 di hindari. *kedua*, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktik atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan kata lain, penilaian atas tindakan dari perilaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat di tentukan dengan mudah. Meskipun demikian, diakui bahwa terdapat perilaku yang

---

<sup>116</sup> R. Sheyam Khemani and D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Paris:OECD, 1996) p. 51.

terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah. Tindakan terlarang yang biasanya dalam bisnis adalah persekongkolan dalam penawaran tender.<sup>117</sup>

Apabila melihat bunyi kata-kata dalam Pasal 22 Undang-Undang No.5 Tahun 1999<sup>118</sup>, maka ketentuan ini menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena selain terdapat kata "dilarang", juga disertai anak kalimat bersayap "yang mengakibatkan". Namun, apabila dikaji lebih jauh, tindakan ini lebih cenderung sebagai "perilaku bisnis" semata daripada "situasi pasar", sehingga ketentuan tersebut lebih tepat menggunakan pendekatan *per se illegal*.<sup>119</sup>

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan, pertama, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. Kedua, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang<sup>120</sup>.

Penyelidikan terhadap ada tidaknya pelanggaran terhadap ketentuan hukum 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 suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat ganda. Dengan perkataan lain, bahwa pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku usaha sejak awal, mengenai perbuatan apa saja yang dilarang, serta berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya.<sup>121</sup>

<sup>117</sup> A. M. Tri Anggraini, *Op.cit*

<sup>118</sup> Pasal 22 undang-undang nomor 5 tahun 1999 menyatakan, "pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat."

<sup>119</sup> A.M. Tri Anggraini, *Op.cit* hal.7

<sup>120</sup> Carl Keysen and Donald F. Turner, *op.cit.*

<sup>121</sup> Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Ibid*

Di Jepang pendekatan yang dilakukan dalam membuktikan adanya persekongkolan tender adalah pendekatan *per se illegal*. Menurut Undang-Undang Antimonopoli Jepang, segala sesuatu yang memiliki efek anti persaingan atau menciptakan penguasaan pasar atau merugikan kepentingan umum selalu dianggap ilegal tanpa kecuali.<sup>122</sup> Suatu tindakan pada prinsipnya dikatakan ilegal apabila bertentangan dengan tujuan akhir dari Undang-Undang Antimonopoli yang ditemukan dalam Pasal 1 AMA.

Sampai saat ini Mahkamah Agung dalam mengambil keputusan terhadap kasus kartel dan *bid rigging*, tidak ada yang dibebaskan dari jeratan hukum. Dalam prakteknya semua tindakan tersebut selalu diinterpretasikan dalam cara yang sama yaitu *per se illegal*.<sup>123</sup> Apabila ada suatu perjanjian yang secara eksplisit dilakukan oleh para pelaku usaha yang mengatur tentang harga dan pemenang kontrak, maka tindakan tersebut dianggap sebagai ilegal.

Berikut adalah contoh kasus dimana JFTC langsung memberikan sanksi kepada pelaku usaha yang melanggar Undang-Undang Anti-Monopoy, dalam *Kasus terhadap peserta dalam tender untuk pekerjaan konstruksi kereta bawah tanah yang diadakan oleh Nagoya City*

#### 1. Pelanggaran

Selama periode dari awal sampai pertengahan Desember 2005, 33 pelaku usaha yang berpartisipasi dalam tender tersebut, melalui komunikasi dari penasehat Perusahaan O, yang merupakan salah satu pelanggar dalam kasus ini, mengenai pemenang yang telah ditentukan dari tender untuk perluasan pekerjaan kereta bawah tanah yang diadakan oleh *Nagoya City*, menyepakati bahwa pemenang yang telah ditentukan dari tender akan menjadi pemenang yang telah ditentukan dari kontrak, dan bahwa para penawar lainnya mau bekerja sama untuk memastikan bahwa pemenang yang telah ditentukan dari kontrak benar-benar memenangkan mereka. Berdasarkan perjanjian tersebut, mereka secara substansial melarang persaingan

---

<sup>122</sup> Japanese fair Trade Commission, Shingo Seryo, *Cartel and Bid Rigging*, 2005.p. 19

<sup>123</sup> Ibid, p.20

usaha dalam bidang usaha tertentu untuk perluasan pekerjaan kereta bawah tanah yang dibeli oleh Nagoya City, hal ini sangat bertentangan dengan kepentingan umum.

## 2. Tindakan yang di ambil JFTC

Pada November 2007, JFTC mengeluarkan perintah menghentikan kegiatan pelanggaran terhadap 33 pelaku bisnis dan perintah untuk membayar biaya tambahan kepada 14 pelaku bisnis, karena mereka ditemukan telah melanggar AMA. Sebelum mengambil tindakan ini, JFTC menuntut sanksi pidana terhadap lima pelaku bisnis dan lima orang yang terlibat dalam penjualan pada lima pelaku bisnis ke Jaksa Penuntut Umum Umum pada bulan Februari dan Maret 2007, karena mereka telah melakukan kejahatan terhadap Undang-Undang Anti-monopoli.

### ***b. Rule of reason***

Pendekatan ini adalah pendekatan yang di gunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Berbeda halnya dengan *per se illegal*, Penggunaan pendekatan ini memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap Undang-Undang. Contohnya Mahkamah Agung Amerika Serikat, telah menetapkan sebuah standart *rule of reason* yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan, artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan menghambat proses persaingan.<sup>124</sup>

Masing-masing pola pendekatan tersebut mengandung keunggulan dan kelemahan yang mungkin dapat menjadi bahan pemikiran untuk menerapkan salah satu pendekatan terhadap pelaku usaha yang di duga melanggar Undang-Undang nomor 5 tahun 1999. Keunggulan *rule of reason* adalah menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti apakah suatu tindakan dianggap menghambat persaingan atau mendorong persaingan, di tentukan

---

<sup>124</sup> E. Thomas Sullivan dan Jeffrey L.Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, (New York: Matthew Bender & Co.,1994), p.85



oleh faktor/nilai ekonomi, yaitu tercapainya kepuasan konsumen yang maksimal dengan alokasi dana dan penggunaan sumber daya seefisien mungkin.<sup>125</sup> Sebaliknya, jika menerapkan *per se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar Undang-Undang.

Namun pendekatan *rule of reason* juga mengandung satu kelemahan, dan mungkin merupakan kelemahan paling utama yaitu, bahwa *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 keputusan yang rasional. Terbatasnya kemampuan dan pengalaman hakim untuk mengatasi proses litigasi yang kompleks, seringkali menimbulkan masalah sepanjang sejarah sistem pengadilan di Amerika Serikat.<sup>126</sup> Di samping 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, sehingga seringkali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality*.

Pengujian terhadap dampak ekonomi seperti tersebut diatas diakui oleh sementara kalangan sebagai salah satu kesulitan dan pembuktian dengan pendekatan *rule of reason*. Hal ini disebabkan oleh hampir tidak mungkin untuk dapat menetapkan tingkat persaingan terlebih dahulu secara terpisah dari produk dan harga. Apabila, terdapat kenyataan bahwa ada beberapa transaksi bisnis yang dievaluasi berdasarkan hukum antitrust sebelum secara nyata melakukan tindakan yang berdampak anti kompetitif.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> "...economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources..." Lihat Robert H. Bork, "The Rule of Reason and the per Se Concept: Price Fixing and Market Division", The Yale Law Journal No.5 vol.74, April 1965, p.781.

<sup>126</sup> "Development in the Law-the civil jury's capacity to Decide Complex Civil Cases", Harvard Law Review, vol.110, (1997) p.1489

<sup>127</sup> A. M. Tri Anggraini, *Op.cit.*

Dalam Undang-Undang No.5 tahun 1999, substansi pasal-pasal yang menggunakan pendekatan *rule of reason* tergambar dalam konteks kalimat yang membuka alternatif interpretasi bahwa tindakan tersebut harus dibuktikan terlebih dahulu akibatnya secara keseluruhan dengan memenuhi unsur-unsur yang telah ditentukan oleh Undang-Undang apakah menciptakan praktek monopoli atau praktek persaingan tidak sehat.<sup>128</sup>

Pasal 22 Undang- Undang No.5 tahun 1999 menetapkan, bahwa pelanggaran terhadap ketentuan ini akan diperiksa dengan pendekatan *rule of reason*. Dalam hal ini terlihat dari kalimat “. . . sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. . .”.<sup>129</sup> ketentuan ini berbeda dengan pengaturan tender di negara manapun, dan akan mempersulit pihak pemeriksa (KPPU) untuk membuktikan apakah tindakan tersebut mendukung atau merusak persaingan. Hal ini mengingatkan tender kolusif sama sekali tidak berkaitan dengan struktur pasar (*structure*), dan tidak terdapat unsur pro-persaingan sama sekali. Tender kolusif lebih mengutamakan perilaku (*behavior*) berupa perjanjian untuk bersekongkol (*conspiracy*) pada umumnya dilakukan secara diam-diam. Oleh karena itu, perlakuan terhadap persekongkolan tender seharusnya menggunakan *per se illegal*.<sup>130</sup>

Tindakan persekongkolan dalam hukum persaingan termasuk dalam kategori perjanjian. Pada hakekatnya, perjanjian terdiri dari dua macam, pertama: perjanjian yang menyatakan secara jelas (*express agreement*), biasanya tertuang dalam bentuk tertulis, sehingga lebih mudah dalam proses pembuktiannya. Kedua, perjanjian tidak langsung (*implied agreement*), biasanya berbentuk lisan atau kesepakatan-kesepakatan, dalam hal ini 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.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Op.cit.*, hal .111.

<sup>129</sup> A. M. Tri Anggraini, *Op.cit.*, hal 410.

<sup>130</sup> A. M. Tri Anggraini, *Op.cit.*, hal 409.

<sup>131</sup> *Ibid*, hal. 299-230

### BAB III

## PEMBUKTIAN PERSEKONGKOLAN TENDER OLEH LEMBAGA PENGAWAS PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA DAN JEPANG

### A. PEMBUKTIAN UNSUR-UNSUR PERSEKONGKOLAN TENDER

#### 1. Pembuktian persekongkolan tender di Indonesia

Pendekatan yang digunakan dalam membuktikan adanya persekongkolan tender, menurut hukum persaingan usaha dilakukan dengan menggunakan pendekatan “*rule of reason*”<sup>132</sup>, karena selain terdapat kata “dilarang”, juga disertai anak kalimat “yang dapat mengakibatkan”. Bila dikaji lebih jauh, tindakan ini cenderung sebagai “perilaku bisnis” semata daripada “situasi pasar”, sehingga ketentuan tersebut lebih tepat menggunakan pendekatan “*per se illegal*”.<sup>133</sup>

Akan tetapi, penentuan penggunaan salah satu pendekatan tersebut semata-mata tergantung pada bunyi kata-kata dalam ketentuan Undang-Undang. Dalam Pasal 35 Undang-Undang No.5 Tahun 1999, KPPU diberikan wewenang untuk menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, KPPU memiliki wewenang untuk menggunakan secara alternatif salah satu dari kedua pendekatan yang berbeda secara ekstrim tersebut.<sup>134</sup>

Dalam memutuskan perkara persekongkolan tender, KPPU menggunakan dasar hukum Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Bagaimana KPPU membuktikan unsur-unsur persekongkolan tender dapat digambarkan dalam beberapa perkara berikut ini:

#### a. Unsur Pelaku Usaha

Unsur pelaku usaha diatur dalam Pasal 1 angka 5 UU No.5 Tahun 1999, terkait pembuktian unsur pelaku usaha merupakan syarat mutlak, karena adanya persekongkolan tender mensyaratkan adanya kerjasama baik antara pelaku usaha

---

<sup>132</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi dan persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2004), hal 112.

<sup>133</sup> A.M. Tri Anggraini, Op.cit., hal 7.

<sup>134</sup> Ibid., hal 13

dengan pelaku usaha atau pihak lain. Para terlapor<sup>135</sup> dalam perkara Tender Pekerjaan Interior dan Furniture Pembangunan Gedung Perpustakaan Riau Kegiatan Pembangunan Gedung Kantor (Gedung Perpustakaan Riau - Multiyears) di Lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini telah berubah menjadi Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Bidang Cipta Karya Tahun Anggaran 2008, yaitu PT Findomuda Desain Cipta (Terlapor I),<sup>136</sup> PT. Lince Romauli Raya (Terlapor II),<sup>137</sup> PT. Waskita Karya (Persero) (Terlapor III),<sup>138</sup> PT. Wijaya Karya (persero) cabang Riau (Terlapor IV),<sup>139</sup> PT. Pembangunan Perumahan (Persero) (Terlapor V),<sup>140</sup> Kepala Sub Dinas Cipta Karya Dinas pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Tahun Anggaran 2008

---

<sup>135</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009 mengenai Tender Pekerjaan Interior dan Furniture Pembangunan Gedung Perpustakaan Riau Kegiatan Pembangunan Gedung Kantor (Gedung Perpustakaan Riau - Multiyears) di Lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini telah berubah menjadi Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Bidang Cipta Karya Tahun Anggaran 2008

<sup>136</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Findomuda Desain Cipta**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum yang didirikan berdasarkan akta notaris Sri Rahayu, S.H. nomor 58 tanggal 27 Januari 1993, dengan kegiatan usaha antara lain jasa pelaksana konstruksi dan jasa dekorasi (vide Bukti C4,C7)

<sup>137</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Lince Romauli Raya**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum didirikan berdasarkan akta Notaris Budiarti Karnadi, S.H., nomor 46 tanggal 25 maret 1981, dengan kegiatan usaha antara lain jasa pelaksana konstruksi dan perdagangan umum (vide Bukti C11, C12)

<sup>138</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Waskita Karya (Persero) Kantor Wilayah I Sumatera Cabang Riau**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum didirikan berdasarkan akta notaris Kartini Muljadi, S.H. nomor 80 tanggal 15 Maret 1973 dan akta pembentukan cabang oleh Notaris Erna Priyono, S.H. nomor 2 tanggal 4 Oktober 2005, yang melakukan kegiatan usaha antara lain jasa pelaksana konstruksi, pekerjaan sipil, perencanaan dan pengawasan pekerjaan konstruksi (vide Bukti C5)

<sup>139</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Wijaya karya (Persero cabang Riau**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum didirikan berdasarkan akta notaris Djojo Muljadi, S.H., nomor 110 tanggal 20 Desember 1972 dan akta pembentukan cabang oleh Notaris Agus Madjid, S.H., nomro 136 tanggal 30 April 1999, dengan melakukan kegiatan usaha antara lain jasa pelaksana konstruksi, pekerjaan gedung dan pekerjaan mekanikal (vide Bukti C1,C15)

<sup>140</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Pembangunan Perumahan (Persero)**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum didirikan berdasarkan akta notaris Kartini Muljadi, S.H. nomor 78 tanggal 15 Maret 1973, melakukan kegiatan usaha antara lain jasa pelaksana konstruksi, perencanaan dan jasa konsultasi (vide Bukti C6);

(Terlapor VI),<sup>141</sup> Pejabat Pelaksana Teknis Kegiatan Pembangunan Gedung Perpustakaan Riau (Mulitiyears) Tahun Anggaran 2008 (Terlapor VII),<sup>142</sup> panitia Pelelangan dan Pemilihan langsung/Penunjukkan langsung Kegiatan-kegiatan APBD di Lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Bidang Cipta Karya Tahun Anggaran 2008 (Terlapor VIII),<sup>143</sup> PT Geo Issec (Terlapor IX),<sup>144</sup> dan PT Yodya Karya (Terlapor X)<sup>145</sup> terbukti sebagai pelaku usaha didasarkan alat bukti surat dan dokumen<sup>146</sup> berupa akta pendirian<sup>147</sup> dan

---

<sup>141</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **Kepala Sub Dinas Cipta Karya Dinas Pemukiman dan Prasarana** Wilayah (saat ini Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Tahun Anggaran 2008 sebagai Kuasa Pengguna Anggaran, yang diangkat berdasarkan Keputusan Gubernur Riau Nomor Kpts.29/I/2008 tanggal 3 Januari 2008 tentang Penunjukan Para Pejabat Pelaksana Penatausahaan Keuangan Daerah Pada Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah Propinsi Riau Tahun Anggaran 2008, mempunyai tugas antara lain melaksanakan anggaran unit kerja yang dipimpinnya, melakukan tindakan yang mengakibatkan pengeluaran atas beban anggaran belanja dan mengawasi pelaksanaan anggaran unit kerja yang dipimpinnya (vide Bukti C29)

<sup>142</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa Pejabat Pelaksana Teknis Kegiatan Pembangunan Gedung Perpustakaan Riau (multiyears) Tahun Anggaran 2008, yang diangkat berdasarkan Surat Keputusan Kepala Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah Propinsi Riau Nomor 28/KPTS/2008 tanggal 31 Januari 2008 mempunyai tugas antara lain menyiapkan dokumen atas beban pengeluaran, menyusun perencanaan pengadaan barang/jasa, menetapkan paket-paket pekerjaan, menetapkan dan mengesahkan harga perkiraan sendiri (HPS) (vide Bukti C29 )

<sup>143</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa Panitia Pelelangan dan Pemilihan Langsung/Penunjukkan Langsung Kegiatan-kegiatan APBD di lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Bidang Cipta Karya Tahun Anggaran 2008, yang dibentuk berdasarkan Surat Keputusan Kepala Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah Propinsi Riau nomor 06/KPTS/2008 tanggal 8 Januari 2008 mempunyai tugas antara lain menyusun jadwal dan menetapkan cara pelaksanaan serta lokasi pengadaan, menyusun dan menyiapkan harga perkiraan sendiri, menyiapkan dokumen pengadaan dan mengumumkan pengadaan barang/jasa melalui media cetak (vide Bukti C29)

<sup>144</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Geo Issec**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum yang didirikan berdasarkan akta notaris Koswara, S.H., No. 45 tanggal 16 Nopember 1978 dengan kegiatan usaha antara lain jasa konsultan pekerjaan konstruksi dan jasa konsultan pekerjaan non konstruksi (vide Bukti C31, C34, C41 );

<sup>145</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, uraian pada butir 12.1. bagian mengenai Duduk Perkara, bahwa **PT Yodya Karya**, merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum yang didirikan berdasarkan Akta Notaris Djojo Muljadi, S.H. No. 62 tanggal 15 Maret 1972 dengan kegiatan usaha antara lain jasa perencanaan dan pengawasan bangunan gedung (vide Bukti C31)

<sup>146</sup> Indonesia, *Undang-Undang larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Op.cit* pasal 42

<sup>147</sup> Indonesia, *Undang-Undang Perseroan Terbatas*, UU no.1 Tahun 1995, LN No.13 tahun 1995, ps 7 ayat (1)

dokumen perusahaan<sup>148</sup> lainnya yang menerangkan kegiatan usaha. Hal tersebut dapat dilihat pada pembuktian para Terlapor I, II, III, IV, V, IX, X yang merupakan pelaku usaha:

PT Findomuda Desain Cipta (Terlapor I) merupakan badan usaha yang berbentuk badan hukum yang didirikan berdasarkan akta notaris Sri Rahayu, S.H. nomor 58 tanggal 27 Januari 1993; PT Lince Romauli Raya (Terlapor II), yang didirikan berdasarkan akta Notaris Budiarti Karnadi, S.H., nomor 46 tanggal 25 maret 1981; PT Waskita Karya (Persero) (Terlapor III) Kantor Wilayah I Sumatera Cabang Riau, yang didirikan berdasarkan akta notaris Kartini Muljadi, S.H. nomor 80 tanggal 15 Maret 1973 dan akta pembentukan cabang oleh Notaris Erna Priyono, S.H. nomor 2 tanggal 4 Oktober 2005; PT Wijaya karya (Persero) cabang Riau (Terlapor IV), yang didirikan berdasarkan akta notaris Djojo Muljadi, S.H., nomor 110 tanggal 20 Desember 1972 dan akta pembentukan cabang oleh Notaris Agus Madjid, S.H., nomor 136 tanggal 30 April 1999; PT Pembangunan Perumahan (Persero) (Terlapor V), yang didirikan berdasarkan akta notaris Kartini Muljadi, S.H. nomor 78 tanggal 15 Maret 1973; PT Geo Issec, yang didirikan berdasarkan akta notaris Koswara, S.H., No. 45 tanggal 16 Nopember 1978; PT Yodya Karya, yang didirikan berdasarkan Akta Notaris Djojo Muljadi, S.H. No. 62 tanggal 15 Maret 1972. PT Geo Issec (Terlapor IX), yang didirikan berdasarkan akta notaris Koswara, S.H., No. 45 tanggal 16 Nopember 1978, dan PT Yodya Karya (Terlapor X), yang didirikan berdasarkan Akta Notaris Djojo Muljadi, S.H. No. 62 tanggal 15 Maret 1972.<sup>149</sup>

Pembuktian unsur pelaku usaha dalam perkara di atas, Majelis Komisi memberikan pengertian bahwa terlapor I, II, III, IV, V, IX, X sebagai pelaku usaha berdasarkan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia berupa suatu perseroan terbatas yang didirikan berdasarkan Akta pendirian perseroan dan melakukan kegiatan usaha di bidang ekonomi.<sup>150</sup>

Pembuktian unsur pelaku usaha didasarkan pada perundang-undangan perseroan terbatas maupun perundang-undangan lain yang mengatur tentang perorangan atau badan usaha sebagai pelaku usaha. Bahwa penafsiran unsur pelaku

---

<sup>148</sup> Anton Yudi, et al., panduan Lengkap Mengurus perijinan dan Dokumen Pribadi, Keluarga dan bisnis, (Jakarta: Forum sahabat, 2008), hal 66 Bahwa PT Geo Issec merupakan perusahaan konsultan yang pernah berkantor dan menyewa di Gedung Graha Findo milik PT Findomuda Desain Cipta.

<sup>149</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, hal.27.

<sup>150</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, hal 4-5

usaha dalam penjelasan Pasal 22 Undang-Undang hukum persaingan usaha ditafsirkan menggunakan penafsiran sistematis.<sup>151</sup> Penafsiran sistematis adalah menafsirkan Undang-Undang menurut sistem yang ada dalam hukum. Perundang-undangan suatu negara merupakan satu kesatuan, artinya tidak ada satupun dari peraturan tersebut dapat ditafsirkan seolah-olah ia berdiri sendiri. Pembuktian ini menganut azas *lex specialis derogat legi lex generali* (ketentuan hukum khusus mengesampingkan ketentuan hukum umum). Artinya Undang-Undang persaingan usaha tidak memberikan ketentuan khusus atau memperinci bagaimana suatu perorangan atau badan usaha dianggap sebagai pelaku usaha.

Keseluruhan pembuktian unsur pelaku usaha secara formil<sup>152</sup> yaitu Majelis Komisi dengan menilai alat bukti surat berupa akta pendirian dan surat lainnya yang sah telah memenuhi syarat formil sesuai peraturan yang mengaturnya yang diperuntukkan pembuktian suatu keadaan atau peristiwa yang dinyatakan didalamnya. Pembuktian unsur pelaku usaha menekankan pada perorangan atau badan usaha adalah pelaku usaha adalah pelaku usaha dibuktikan alat bukti surat berupa akta pendirian, anggaran dasar yang memuat tujuan dari kegiatan usaha, tanpa menekankan kedudukan hukum. Hubungan fakta dengan bukti akta pendirian dan dokumen lainnya, hal tersebut dapat menarik kesimpulan bahwa pelaku usaha telah didirikan berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Hal tersebut mengacu pada peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur adalah sah dan terpenuhi, maka perseorangan atau badan usaha tersebut sebagai pelaku usaha.

Pembuktian unsur pelaku usaha berdasarkan fakta dan alat bukti formil menurut ketentuan Undang-Undang yang berlaku, bahwa definisi unsur pelaku usaha berdasarkan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah *orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah*

---

<sup>151</sup> Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, (Bandung: Alumni 2000), hal.10.

<sup>152</sup> Hapsoro Hadiwidjojo, *Hukum Acara Perdata Membaca dan Mengerti HIR, rev, ed.* Koosmargono dan Moch Dja'is (Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1996), hal. 86.

*hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.*

#### **b. Unsur Bersekongkol**

Penjabaran uraian dalam Pedoman Pasal 22 menyatakan, bahwa Bersekongkol adalah Kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Berdasarkan Pedoman Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, persekongkolan dapat terjadi dalam 3 (tiga) bentuk, yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan dari persekongkolan horizontal dan vertikal. Yang dimaksud dengan persekongkolan horizontal adalah persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya; persekongkolan vertikal adalah persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan, sedangkan gabungan persekongkolan horizontal dan vertikal adalah persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa.

Unsur bersekongkol merupakan syarat utama yang membuktikan ada tidaknya persekongkolan dalam tender. Adapun bentuk unsur bersekongkol dalam kasus ini adalah adanya kesamaan alamat PT Findomuda Desain cipta (Terlapor I) sebagai pemenang tender dengan PT Geo Issec (Terlapor IX) sebagai konsultan perencana di Jl. Sumatera No. 43 Pekanbaru pada saat tender ini dilaksanakan, serta PT Geo Issec pernah berkantor di Gedung Graha Findo milik PT Findomuda Desain cipta menunjukkan kedua perusahaan tersebut sudah saling mengenal. Karena sudah saling mengenal dan adanya kesamaan alamat tersebut maka PT Findomuda Desain cipta mendapat keuntungan dalam rangka menyusun dokumen penawaran. PT Findomuda Desain cipta dapat terlebih dahulu mengetahui spesifikasi yang dibutuhkan dalam tender perkara ini untuk menyusun dokumen penawaran dengan



adanya hubungan tersebut telah menguntungkan PT Findomuda Desaincipta untuk dapat menjadi pemenang lelang<sup>153</sup>. Tindakan yang dilakukan oleh terlapor I dan terlapor IX dikategorikan dalam persekongkolan horizontal.

### c. Unsur pihak lain

Yang dimaksud dengan pihak lain adalah para pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta dan atau subjek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut. Dalam pembuktian unsur pihak lain mensyaratkan adanya kerja sama disebabkan syarat persekongkolan harus melibatkan lebih dari satu pihak dalam kerja sama.

Pembuktian unsur pihak lain dibuktikan berdasarkan bukti keterlibatan pihak lain dalam proses tender. Dalam perkara tender Pekerjaan Interior dan Furniture Pembangunan Gedung Perpustakaan Riau Kegiatan Pembangunan Gedung Kantor (Gedung Perpustakaan Riau - Multiyears) di Lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini telah berubah menjadi Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Bidang Cipta Karya Tahun Anggaran 2008 berdasarkan alat bukti dokumen dan keterangan saksi. Pembuktian unsur pihak lain dibuktikan berdasarkan tindakan Panitia dalam menyusun Rencana Kerja dan Syarat (RKS) pada Spesifikasi teknis untuk pekerjaan interior dan furniture Gedung Perpustakaan Riau hanya menyalin hasil perencanaan yang telah dibuat oleh PT Geo Issec (Terlapor IX) yang secara sengaja menyebutkan merek barang tertentu dalam spesifikasi teknis agar mendapatkan kualitas barang dan harga yang sesuai dengan pagu. Panitia tidak melakukan perubahan apapun terhadap spesifikasi teknis yang telah dibuat oleh Terlapor IX. Penyebutan merek terdapat pada spesifikasi teknis pekerjaan *ready made, sistem data* dan pekerjaan *sound system*. Tindakan panitia terhadap penyebutan merek membatasi persaingan pada merek-merek tertentu dan berdampak kepada terbatasnya pilihan produk yang seharusnya dapat ikut bersaing dalam tender. Dalam

---

<sup>153</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 02/KPPU-L/2009, hal.16-17.

perkara ini yang merupakan pihak lain yang terlibat adalah Terlapor IX dan panitia sebagai penyelenggara tender.

#### **d. Unsur mengatur dan atau Menentukan pemenang tender**

Yang dimaksud dengan tindakan mengatur dan atau menentukan adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan atau penentuan pemenang tender tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknis, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya. Pembuktian tindakan atau perbuatan pengaturan dan menentukan merupakan suatu tindakan kerja sama yang melanggar persaingan sehat. Hal ini bertujuan untuk menyingkirkan, menghilangkan, dan menghambat persaingan sehat.

Pembuktian unsur mengatur dan menentukan pemenang tender merupakan unsur mutlak yang harus dibuktikan. Terkait pembuktian unsur tersebut muncul dari adanya unsur bersekongkol sebagai upaya menentukan pemenang tertentu. Tindakan ini memerlukan metode yang dilakukan dalam mencapai tujuan yang dimaksud. Pembuktian unsur mengatur dan menentukan pemenang tender dapat diindikasikan dari (i) bagaimana cara pengaturan dan menentukan,<sup>154</sup> (ii) siapa yang berperan penting dalam mengatur dan menentukan pemenang tender<sup>155</sup>.

Bagaimana cara mengatur dapat ditunjukkan dalam pembuktian sebagai berikut: *pertama*, cara yang digunakan adalah panitia tender menyebutkan merek tertentu dalam menyusun Rencana Kerja dan Syarat (RKS) pada Spesifikasi teknis untuk pekerjaan interior dan furniture Gedung Perpustakaan Riau yang secara sengaja disebutkan oleh PT Geo Issec (Terlapor IX), sehingga Peserta tender akan memprioritaskan mencari surat dukungan dari merek yang dipersyaratkan dalam RKS dan peserta tender tidak mau ambil resiko bila menyimpang dari merek diluar merek yang dipersyaratkan dalam RKS. Hal ini membatasi persaingan pada merek-merek

---

<sup>154</sup> Cara pengaturan adalah metode atau pola pelaku usaha yang bekerja sama.

<sup>155</sup> Subjek hukum persaingan usaha adalah pelaku usaha dan pihak lain.

tertentu dan berdampak kepada terbatasnya pilihan produk yang seharusnya dapat ikut bersaing dalam tender.

Indikasi perilaku kerja sama pelanggaran hukum tersebut bersifat diskriminasi dan tidak dapat diikuti oleh semua pelaku usaha dengan kompetensi yang sama<sup>156</sup> dan persyaratan dan spesifikasi teknis atau merek yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu, sehingga menghambat pelaku usaha yang lain untuk ikut berpartisipasi. Dengan demikian upaya yang dilakukan oleh panitia mempermudah dan sekaligus menetapkan PT Geo Issec (Terlapor IX) sebagai pemenang tender. Dalam perkara ini yang berperan penting dalam mengatur dan menentukan dalam persekongkolan adalah panitia, sedangkan pemenang tender sebagai inisiator dalam persekongkolan tender ini.

#### **e. Unsur Mengakibatkan Persaingan Tidak Sehat**

Berdasarkan ketentuan Undang-Undang persaingan usaha, Pasal 1 ayat 6 Undang-Undang nomor 5 tahun 1999, unsur mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat adalah “*persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.*” Unsur tersebut merupakan unsur yang menentukan ada tidaknya pelanggaran dalam persaingan usaha. Unsur mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat harus dibuktikan dengan dampak yang ditimbulkan persekongkolan berupa hambatan atau kerugian akibat persaingan tidak sehat.

Pembuktian unsur mengakibatkan persaingan tidak sehat dalam perkara tender Pekerjaan Interior dan Furniture Pembangunan Gedung Perpustakaan Riau Kegiatan Pembangunan Gedung Kantor (Gedung Perpustakaan Riau - Multiyears) di Lingkungan Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (saat ini telah berubah menjadi Dinas Pekerjaan Umum) Propinsi Riau Bidang Cipta Karya Tahun Anggaran 2008, adalah Bahwa Terlapor I dan Terlapor IX telah melakukan tindakan kerjasama dalam mengikuti tender a quo dengan cara: sebelum tender dilaksanakan terlapor I

---

<sup>156</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Op.cit* hal.12

dan Terlapor IX memiliki hubungan, memiliki kesamaan alamat. Hubungan sebelum tender dan kesamaan alamat Terlapor I dan Terlapor IX memungkinkan Terlapor I memiliki informasi tender lebih awal sehingga menguntungkan Terlapor I dibanding peserta tender lainnya.

Berdasarkan Pasal 22 UU No.5 Tahun 1999 yang menyatakan “ . . . dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat” dalam menggunakan kalimat tersebut membuka analisis interpretasi bahwa tindakan bersekongkol harus dibuktikan terlebih dulu, akibat secara keseluruhan dengan memenuhi unsur-unsur yang ditentukan dalam Undang-Undang apakah telah mengakibatkan terjadinya praktek persaingan tidak sehat. Dengan demikian keseluruhan unsur diatas, mengakibatkan persaingan tidak sehat yang ditunjukkan dengan persekongkolan yang dilakukan dengan cara tidak jujur, melawan hukum, serta menghambat persaingan.

## 2. Pembuktian persekongkolan tender di Jepang

Sebagaimana telah dikatakan dalam bab sebelumnya, bahwa dalam membuktikan adanya persekongkolan tender Jepang menggunakan pendekatan *per se illegal*. Di Jepang *bid rigging* menghambat fungsi sistem penawaran yang kompetitif dan merugikan masyarakat pembayar pajak. Dalam membuktikan adanya persekongkolan tender JFTC menggunakan acuan Pasal 2 (6). Larangan persekongkolan tender didefinisikan sebagai “*unreasonable restraint of trade*” as used in this Act means such business activities, by which any *entrepreneur*, by contract, agreement or any other means irrespective of its name, in concert actions with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities or counterparties, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.

*Unreasonable restraint of trade* (selanjutnya disebut “Hambatan terhadap perdagangan yang tidak sehat”) dilarang dalam Pasal 3. Larangan ini pada dasarnya untuk mengontrol kegiatan anti persaingan secara horizontal seperti kartel dan tender. Unsur utama yang ditentukan dalam definisi tersebut diatas adalah *pelaku usaha*

(*entrepreneurs*), *concerted actions (communication of intent)*, hambatan persaingan secara substansial dalam bidang usaha tertentu, dan kepentingan umum.

#### **a. Pelaku usaha**

Salah satu syarat dalam membuktikan adanya persekongkolan tender adalah adanya pelaku usaha. Pasal 3 AMA melarang pelaku usaha terlibat dalam praktek bisnis yang tidak sehat. Pelaku usaha sebagai orang yang terlibat dalam hambatan perdagangan yang tidak sehat (*Unreasonable restraint of trade*) didefinisikan dalam Pasal 2 (1) AMA yakni, orang yang melakukan semua kegiatan usaha, baik itu usaha perdagangan, industri, keuangan, maupun jenis kegiatan usaha lainnya. Jenis kegiatan ‘usaha lainnya’ disini termasuk pertanian, jasa, riset dan pengembangan. Singkatnya, kegiatan usaha yang melibatkan pelaku usaha yang terdiri dari berbagai kegiatan usaha. Meskipun tujuan utama dari kegiatan usaha adalah mendapatkan keuntungan, mereka tidak boleh saling membatasi.<sup>157</sup>

Tentu saja keuntungan perusahaan adalah konsep utama dari definisi pelaku usaha dalam Pasal 2 (1) tersebut. Namun pelaku usaha yang dimaksud dalam pasal ini tidak boleh saling melarang dalam mendapatkan keuntungan.<sup>158</sup>

#### **b. Concerted action**

Unsur lain dalam membuktikan adanya persekongkolan tender adalah *concerted action*. *Concerted action* diartikan sebagai *implied agreements* (perjanjian terselubung) atau komunikasi yang saling menguntungkan di antara para pihak. Maksud dari perjanjian terselubung (diam-diam) tersebut dapat dibuktikan dengan bukti-bukti yang secara tidak langsung menunjukkan adanya perjanjian.

Agar *bid rigging* terbentuk, terlebih dahulu perlu persetujuan bersama atau kesepakatan antara para pelaku usaha dalam beberapa bentuk. Persetujuan bersama antara para pelaku usaha ini diketahui sebagai *communication of intent*. *Communication of intent* dilarang karena termasuk dalam larangan persaingan usaha yang tidak sehat dalam AMA, seperti perjanjian terselubung serta perjanjian eksplisit dari larangan bersama antara pihak-pihak yang bersangkutan. Bentuk *communication*

---

<sup>157</sup> Mitsuo Matsushita, *Op.cit.* p.89

<sup>158</sup> *Ibid*

*of intent*, ada atau tidak adanya dokumen dan langkah-langkah untuk menjaga efektivitas perjanjian, tidak berpengaruh pada keputusan apakah *communication of intent* itu ada atau tidak.<sup>159</sup>

Prosedur normal dari *bid rigging* dimulai dengan *communication of intent* untuk membentuk perjanjian dasar yang diikuti oleh koordinasi dari keputusan peserta tender untuk setiap item penawaran, yang dikenal sebagai tindakan koordinasi individu. JFTC biasanya menetapkan sebuah perjanjian sebagai dasar *communication of intent*. JFTC sering tidak dapat mengumpulkan bukti langsung dari perjanjian dasar, karena pihak-pihak yang bersangkutan sering mencoba untuk menyembunyikan bukti perjanjian dasar *bid rigging* yang diklasifikasikan kedalam *hard-core kartel*. Dalam kasus ini, mereka menggunakan metode pembuktian dengan mengumpulkan fakta-fakta tidak langsung sehubungan dengan rapat koordinasi masing-masing, dalam rangka untuk menyimpulkan keberadaan perjanjian dasar yang dikenal sebagai *communication of intent*.

Kemudian memang timbul masalah dalam membuktikan ada atau tidaknya *communication of intent* ini. Sangat mudah untuk membuktikan dengan bukti langsung seperti pernyataan mengenai adanya perjanjian. Secara umum, pihak yang terlibat mencoba untuk tidak meninggalkan bukti apapun. Untuk menghindari jeratan hukum, para pelaku usaha yang bersekongkol berusaha untuk tidak meninggalkan bukti apapun yang dapat berkontribusi atas dakwaan pelanggaran. Ini adalah masalah bagaimana membuktikan *communication of intent* karena ketergantungan pada bukti tidak langsung. Untuk membuktikan *communication of intent*, tiga fakta berikut telah bekerja dan secara resmi diakui.

Yang pertama adalah melakukan kontak sebelumnya atau negosiasi antara pihak yang terlibat. Adanya suatu bukti konkret tertentu dari kontak atau negosiasi pada tingkat tertentu adalah menguntungkan. Adalah mungkin, ini hal yang paling baik untuk menetapkan fakta dengan bukti langsung. ini masih bisa diterima untuk membuktikan bahwa ada beberapa jenis faktor artifisial di balik tindakan tersebut untuk membentuk kartel antara para pelaku usaha. Karenanya, meskipun tidak ada

---

<sup>159</sup> *Op.cit*, p.10

bukti langsung, ini mungkin masih secara teoritis memungkinkan untuk menyimpulkan kontak sebelumnya berdasarkan hasil concerted action atau bukti tidak langsung lainnya.

Yang kedua adalah adanya isi kontak sebelumnya atau negosiasi, atau dengan kata lain, bukti adanya pertukaran pendapat mengenai masalah perjanjian kartel. Dalam kasus ini, itu sudah cukup untuk menunjukkan bahwa pertukaran pendapat telah berlangsung.

Yang ketiga adalah terdapat keseragaman tentang efek tindakan yang terlibat serta lingkungan pasar mengenai tindakan yang berseragam. Mereka sering digunakan sebagai bukti tidak langsung kontak atau negosiasi untuk menyimpulkan bahwa tujuan mereka adalah untuk membentuk kartel di antara pihak yang terlibat. Hal ini juga memungkinkan untuk menggunakan mereka sebagai bukti tidak langsung terhadap kesepakatan diam-diam berdasarkan keseragaman yang dihasilkan dari tindakan, bahkan tanpa fakta kontak sebelumnya atau negosiasi.

### **c. Hambatan persaingan secara substansial dalam bidang usaha tertentu**

Definisi Persaingan ditemukan dalam Pasal 2 ayat 4 dari Undang-Undang Antimonopoli. Ketentuan ini *pertama-tama* mendefinisikan ruang lingkup dan syarat-syarat hubungan yang kompetitif, *kedua*, konotasi dari persaingan pemasok dan persaingan konsumen, dan *ketiga*, konotasi persaingan aktual dan potensial. Definisi ini berlaku untuk ketentuan yang mengatur hubungan persaingan. Namun, dalam menentukan ada atau tidaknya hambatan persaingan secara substansial, sebagaimana tercantum dalam definisi larangan persaingan usaha yang tidak sehat, maka definisi ini tidak cukup.<sup>160</sup>

Hambatan persaingan secara substansial artinya keadaan mengontrol pasar, menciptakan, memelihara dan menguatkannya. Kekuatan pasar adalah kemampuan untuk mengendalikan harga atau menghilangkan pesaing. Putusan pengadilan juga menetapkan bahwa 'hambatan persaingan secara substansial memiliki arti yang sama

<sup>160</sup> Mitsuo Matsushita, *Op.cit.* p.93

seperti membatasi 'efektivitas' persaingan dan merupakan keadaan dimana kemungkinan persaingan efektif adalah hampir tidak mungkin lagi. Dalam keadaan ini, persaingan itu sendiri menurun sedangkan pengusaha tertentu atau kelompok pelaku usaha tertentu, dengan sengaja, dan sampai batas tertentu, bebas mempengaruhi harga, kualitas, volume dan beberapa kondisi lain, secara efektif menguasai pasar, atau berada dalam posisi untuk berpotensi mendapatkan kontrol sebagai hasil dari hambatan persaingan secara substansial.

Menurut teori organisasi industri tradisional, standar untuk menentukan hambatan persaingan secara substansial termasuk faktor-faktor seperti struktur pasar dan perilaku pasar. Kinerja pasar dapat digunakan sebagai faktor pelengkap. Faktor penting ketika mempertimbangkan struktur pasar adalah rasio pangsa pasar, hambatan masuk dan diferensiasi produk. Terutama pangsa pasar dan rasio konsentrasi yang penting. Mereka berfungsi sebagai titik awal dari analisa kekuatan pasar, misalnya, semakin besar rasio pangsa pasar, semakin besar risiko pihak-pihak yang akan ditemui melanggar AMA.

Telah dikatakan bahwa bidang-bidang usaha tertentu artinya adalah pasar itu sendiri, yang merupakan tempat di mana ada atau tidak adanya hambatan persaingan ditemukan. Menurut penyesuaian teori yang terakhir hambatan persaingan secara substansial (*substantial restraint of competition*) artinya formasi, *maintenance* dan penguatan kekuatan pasar, dan pasar harus dirancang untuk menjadi pangsa pasar yang terukur atau indeks konsentrasi untuk mengevaluasi pengusaha dan kekuatan pasar. Tentu saja, ruang lingkup pasar adalah unik dan dipengaruhi oleh metode yang berbeda untuk membatasi kompetisi yang dapat bervariasi tergantung pada kasus yang sebenarnya. Untuk menetapkan bidang usaha tertentu, perlu mempertimbangkan faktor-faktor seperti produk (subjek transaksi, wilayah/area transaksi), waktu, tahap transaksi, pelanggan dan pemasok/supplier.

#### **d. Kepentingan Umum**

Dalam memutuskan perkara, FTC atau pengadilan dalam memutuskan perkara, apakah hambatan tidak sehat dalam persaingan usaha ilegal atau tidak,



mereka harus mempertimbangkan apakah kartel/*bid rigging* bertentangan dengan kepentingan umum atau tidak.<sup>161</sup>

Sebuah masalah muncul mengenai kebutuhan untuk menentukan apakah tindakan kartel bertentangan dengan kepentingan umum atau tidak. Ada tiga bentuk pemikiran mengenai hal ini.<sup>162</sup>

1. Sebagai pembatasan persaingan, tentu saja, bertentangan dengan kepentingan publik tidak diperlukan untuk menentukan ini.
2. Untuk menentukan apakah suatu tindakan ilegal, maka perlu untuk menentukan apakah hal ini bertentangan dengan kepentingan publik atau tidak.
3. Suatu tindakan pada prinsipnya ilegal, tapi ada pengecualian asalkan tidak bertentangan dengan tujuan akhir dari UU Antimonopoli, yang ditemukan dalam bagian 1

Jika bentuk pemikiran yang dijelaskan dalam poin 2 dan 3 di atas yang diadopsi, cakupan tindakan yang dianggap ilegal menurut Undang-Undang Antimonopoli relatif sempit. Pengadilan tinggi lebih memilih poin yang ke 3 di atas, dalam hal penetapan harga oleh kartel-kartel minyak, yang dianggap tidak dikecualikan. Pengadilan tinggi menjelaskan bahwa, meskipun "bertentangan dengan kepentingan umum" artinya terhadap tatanan kompetisi ekonomi yang bebas merupakan kepentingan langsung yang akan melindungi UU Antimonopoly pada prinsipnya. kasus-kasus luar biasa, yang diakui tidak berjalan secara substansial terhadap tujuan akhir dari Undang-Undang tersebut, yang mana "untuk mengamankan kepentingan masyarakat konsumen dan untuk mempromosikan pembangunan demokrasi dan suara ekonomi nasional", seharusnya diinterpretasikan untuk menghapusnya dari "pengekangan persaingan usaha yang tidak sehat" dengan membandingkan bobot dari kedua kepentingan yang dilindungi oleh Undang-Undang tersebut dan sekalipun tindakan yang diambil mungkin ilegal pada prinsipnya.

<sup>161</sup> Mitsuo Matsushita, *Op.cit.* p.95

<sup>162</sup> Shingo Seryo, *Op.cit.*, p.10

Selanjutnya, sampai saat ini, tidak ada catatan dari tindakan tersebut dinilai dibebaskan, dan dalam praktek, tindakan tersebut dapat diinterpretasikan dalam cara yang sama seperti *per se ilegal*.

Berikut adalah contoh kasus tender yang berhubungan dengan definisi pasal-pasal di atas, yaitu kasus *the Japan Highway Public Corporation (The Corporation was privatized into East, Middle and West of Nippon Expressway Company Limited in October 2005.)*<sup>163</sup>

a. Ringkasan kasus

*Japan Highway Public Corporation* (selanjutnya disebut "JHPC") adalah perusahaan publik yang bertanggung jawab untuk order proyek pada konstruksi *Expressway*, dll, di seluruh Jepang. *Mitsubishi Heavy Industries, JFE Engineering*, dan 43 perusahaan lainnya membangun jembatan, melalui keterlibatan pejabat yang mewakili JHPC, secara bersama-sama memutuskan pemenang tender, dalam rangka untuk mencegah penurunan harga proyek dan untuk menjamin kestabilan tingkat keuntungan mengenai konstruksi jembatan baja yang di order dalam bentuk penawaran yang kompetitif bagi JHPC, sehingga secara substansial membatasi persaingan memperebutkan proyek.

b. Ringkasan keterlibatan

Berikut adalah ringkasan keterlibatan dalam *bid rigging* mengenai proyek konstruksi jembatan baja dari JHPC:

- (i) Seorang pejabat eksekutif JHPC (selanjutnya disebut "Pejabat JHPC") diterima sebagai karyawan di perusahaan yang bersangkutan, yang pernah menjadi pejabat eksekutif dari JHPC (selanjutnya disebut "pensiunan"), dalam sebuah "grafik alokasi" dimana pemenang tender yang ditunjuk, menyetujui setiap ketentuan yang ditetapkan pada tabel, dan membuat tabel alokasi yang diserahkan kepada dan disimpan oleh Departemen Jalan Tol dari JHPC.

---

<sup>163</sup> Kazuhiko Takeshima dalam "*Kansei-dango*", 54th Antitrust Law Spring Meeting, Washington 2006, p.7

- (ii) Menanggapi permintaan pensiunan tersebut, pejabat JHPC memisahkan proyek tersebut dalam beberapa bagian yang pada awalnya proyek ini direncanakan akan dikontrak dalam jumlah besar. Selain itu, pejabat JHPC langsung berencana untuk membangun sebuah jembatan baja secara terpisah, dalam menanggapi permintaan dari pensiunan tersebut, rencana awal proyek tersebut kemudian dihapus.
- (iii) Menanggapi permintaan pensiunan tersebut, salah satu pejabat JHPC mengurangi tingkat minimum skala perusahaan yang memenuhi syarat untuk berpartisipasi dalam penawaran sebagai bentuk kontrak perusahaan patungan untuk konstruksi jembatan baja, dengan menaikkannya dari 1,5 miliar yen menjadi lebih tinggi.
- (iv) Selanjutnya, pejabat JHPC mengungkapkan informasi yang tidak dipublikasikan yang telah dinyatakan akan dijaga kerahasiaannya, seperti nama proyek jembatan konstruksi baja, total baja berat, jadwal tanggal order, dll, dalam menanggapi permintaan dari pensiunan tersebut.

Tindakan yang diuraikan dalam (i), (ii), dan (iii) dilakukan dengan tujuan mengamankan pekerjaan bagi para pensiunan dari JHPC, yaitu melalui operasi pemeliharaan *bid rigging*. Tindakan yang dijelaskan dalam (i) menunjukkan bahwa JHPC resmi menyetujui *bid rigging* didalam pemenang tender yang dipilih terlebih dahulu oleh pensiunan tersebut dan bahwa peserta tender memutuskan pemenang tender berdasarkan penunjukan dan ketentuan yang dijelaskan dalam grafik alokasi yang berwenang sebagai bentuk persetujuan yang diambil oleh JHPC. Tindakan dalam (ii) dan (iii) adalah memfasilitasi pemilihan pemenang tender oleh pensiunan JHPC, dan tindakan tersebut menunjukkan bahwa pejabat JHPC tidak hanya mengizinkan secara diam-diam dan mengkonfirmasi *bid rigging* tetapi juga menyelenggarakan *bid rigging* tersebut.

Kebanyakan kasus yang berkaitan dengan Pasal 3 AMA adalah kasus perjanjian horizontal di antara pesaing.<sup>164</sup> Sementara kasus yang disebut perjanjian vertikal antara perusahaan pada berbagai tahap transaksi sangat sedikit, dan dalam kasus tertentu yang melibatkan perjanjian vertikal antara para pemasok dan pembeli hampir tidak ada. Sebagian besar kasus perjanjian vertikal dianggap bertentangan dengan larangan praktek perdagangan yang tidak sehat berdasarkan Pasal 19 dari Undang-Undang Antimonopoli, sementara beberapa kasus ditangani sesuai dengan Pasal 3 yaitu Monopoli Swasta, atau Pasal 8, Peraturan Tindakan oleh Asosiasi Perdagangan. Alasan untuk membatasi penerapan Pasal 3 tidak dapat dipahami hanya berdasarkan teks Pasal 2 (6), tetapi karena preseden dalam kaitannya dengan dua persyaratan berikut ini:<sup>165</sup>

- *Mutual restraint*

Isi dari *mutual restraint* harus mencakup larangan bersama dan semua pihak terkait terlibat dalam larangan tersebut. Oleh karena itu, jika ada perjanjian yang hanya melibatkan salah satu dari dua entitas perusahaan, maka hal tersebut tidak masuk dalam kategori larangan persaingan usaha yang tidak sehat, misalnya, perjanjian agen tunggal dengan distributor.

- *Common restraint*

Sampai saat ini, pengadilan telah memutuskan bahwa larangan dapat dikenakan pada semua pihak yang terlibat tetapi hanya bila kontennya berbeda, seperti dalam memberikan hak jual tunggal dan pemasaran eksekutif produk-produk dari penjual tertentu, atau dimana salah satu pihak membatasi perlakuan umum kepada sejumlah pihak lain, seperti dalam kasus menjaga harga jual kembali. Dalam kasus ini, pihak yang mengeluarkan pengekangan itu tidak harus diklasifikasikan sebagai pihak yang bertanggung jawab terhadap *unreasonable restraint of trade*. Isi dari pengekangan harus sama antara semua pihak yang berkepentingan dan

---

<sup>164</sup>Shingo Seryo, *Op.cit*, p. 11.

<sup>165</sup> Shingo Seryo, *Op.cit*, p.12

pihak yang terkait semuanya harus berada dalam bidang yang sama dalam perdagangan.

## **B. ALAT BUKTI DALAM PERSEKONGKOLAN TENDER**

### **1. Alat bukti dalam persekongkolan tender di Indonesia**

Pada dasarnya prosedur penegakan UU.No.5 Tahun 1999 yang dilaksanakan oleh komisi melalui beberapa tahap.<sup>166</sup> Tahapan prosedur penanganan perkara dalam persaingan usaha terutama kegiatan persekongkolan tender tercakup dalam UU No.5 Tahun 1999, Bab VII pada Pasal 38 sampai pasal 46 mengatur tentang tata cara penanganan perkara termasuk alat bukti dalam pembuktian dugaan pelanggaran, maka komisi dalam membuktikannya menggunakan alat bukti yang digunakan dalam membuktikannya menggunakan alat bukti secara limitatif yang ditentukan Pasal 42 UU No.5 Tahun 1999. Alat-alat bukti yang digunakan oleh komisi dalam pemeriksaan komisi adalah<sup>167</sup>:

#### **a. Keterangan saksi**

Yang dimaksud saksi adalah setiap orang atau pihak yang mengetahui terjadinya pelanggaran dan memberikan keterangan guna kepentingan pemeriksaan.<sup>168</sup>

#### **b. Keterangan ahli**

Yang dimaksud saksi ahli adalah orang yang memiliki keahlian dibidang terkait dengan dugaan pelanggaran dan memberikan keterangan guna kepentingan pemeriksaan.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> Hikmahanto Juwana, *et al.*, *Peran Lembaga Peradilan Dalam Menangani Perkara Persaingan Usaha*, diedit oleh Ningrum Natasya Sirait, *et.el.*, (Jakarta: Partnership for Business Competition (PBC), 2003) hal .13.

<sup>167</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan Usaha UU No.5/1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Medan: Pustaka Bangsa,2004) hal.123.

<sup>168</sup> Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Peraturan Komisi Tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU, No.1 Tahun 2006, pasal 1 butir 22. Lihat juga pasal 1 butir 19, Keputusan KPPU No.5/KPPU/Kep.IX/2000. Saksi adalah seseorang yang mengetahui atau dianggap mengetahui terjadinya pelanggaran.

<sup>169</sup> Ahli adalah seseorang yang memiliki keahlian khusus yang memberikan keterangan kepada majelis komisi, Komisi Pengawas Persaingan Usaha, peraturan KPPU No.1 Tahun 2006, pasal 1 butir 2. Bandingkan dengan keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No.05/KPPU/kep/IX/2000, pasal 1 butir 20.

c. Surat atau dokumen

Sebagai pembanding dalam hukum acara pidana, surat menurut Pasal 187 KUHAP dinyatakan, bahwa surat sebagaimana tersebut dalam Pasal 184 ayat (1) huruf c, dibuat atas sumpah jabatan atau dikuatkan dengan sumpah, adalah:

1. Berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat oleh pejabat umum yang berwenang atau dibuat dihadapannya, yang dimuat keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat atau dialami sendiri, disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangannya itu;
2. Surat yang dibuat menurut ketentuan peraturan perundang-undangan atau surat yang dibuat oleh pejabat umum mengenai hal yang termasuk dalam tata laksana yang menjadi tanggung jawabnya dan diperuntukkan bagi pembuktian sesuatu hal/sesuatu keadaan;
3. Surat keterangan dari seorang ahli yang memuat pendapat berdasarkan keahliannya mengenai sesuatu hal atau sesuatu keadaan yang diminta secara resmi daripadanya;
4. Surat lain yang hanya dapat diperlakukan jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian yang lain.<sup>170</sup>

d. Petunjuk

Bandingkan dengan hukum acara pidana, petunjuk menurut Pasal 188 ayat (1) KUHAP, petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi tindak pidana dan siapa pelakunya. Jadi sama halnya dengan bukti berantai bahwa petunjuk itu bukanlah alat pembuktian langsung, tetapi pada dasarnya adalah hal-hal yang disimpulkan dari alat-alat pembuktian yang lain. Pasal 188 ayat (2) KUHAP menyatakan, bahwa petunjuk hanya

---

<sup>170</sup> Pasal 187, KUHAP.

dapat diperoleh dari: (a) keterangan saksi, (b) surat, (c) keterangan terdakwa. Keterangan terdakwa pada Undang-Undang persaingan usaha digantikan menjadi keterangan terlapor.

e. Keterangan pelaku usaha

Yang dimaksud dengan pelaku usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.<sup>171</sup>

Pelaku usaha harus memperhitungkan dengan hati-hati bahwa baik suatu perjanjian tertulis maupun tidak atau komunikasi antara pesaing. Bila ditemukan oleh pelapor maupun dalam proses pemeriksaan dapat diartikan menjadi bukti yang dapat merugikan. Termasuk diantaranya pertemuan maupun pertukaran informasi yang sifatnya sensitif misalnya mengenai harga, wilayah maupun strategi dengan sesama pelaku usaha maupun pesaingnya dapat dianggap sebagai bukti awal terjadi dugaan baik konspirasi atau perjanjian kartel. Demikian keikutsertaan pelaku usaha maupun perusahaan sebagai anggota dalam asosiasi atau organisasi ataupun melalui putusan secara organisasi mengikat anggotanya yang sebenarnya merupakan tempat pertemuan dengan pelaku usaha.<sup>172</sup>

Pembuktian termasuk juga pada suatu dugaan yang belum tentu dilakukan dan dapat dengan memonitor pasar, harga, ataupun perjanjian dengan pihak ketiga. Disamping itu suatu pendekatan yang sangat kental dalam hukum persaingan adalah dibutuhkannya analisis ekonomi yang komprehensif untuk memutuskan apakah suatu perusahaan merupakan tindakan yang rasional dalam menghadapi perubahan pasar

---

<sup>171</sup> Lihat pasal 1 butir 5, UU No,5 Tahun 1999. Lihat juga pasal 1 butir 8, peraturan KPPU No.1 Tahun 2006.

<sup>172</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Op.cit.*,hal. 124.

atau dalam rangka menghadapi persaingan atau sebagai konsekuensi keikutsertaan dalam konspirasi yang bersifat anti persaingan.<sup>173</sup>

Bahwa dalam penyelidikan komisi memusatkan perhatiannya pada dokumen usaha, yang bersifat objektifnya mempunyai kekuatan pembuktian yang khusus. Dalam menilai kebenaran dan menentukan sah atau tidaknya suatu alat bukti dengan memperhatikan persesuaian antara alat bukti yang satu dengan alat bukti yang lainnya ditentukan oleh Majelis Komisi.<sup>174</sup>

## 2. Alat bukti persekongkolan tender di Jepang

Bab 2 AMA mulai dari Pasal 45-70 mengatur tentang tata cara penanganan perkara termasuk alat bukti dalam pembuktian dugaan pelanggaran. Alat bukti yang digunakan JFTC dalam membuktikan perkara menggunakan alat bukti yang ditentukan Pasal 47 (1) berupa keterangan saksi, keterangan ahli dan surat atau dokument.

Setiap orang yang dimintai atau saksi yang dimintai keterangannya sesuai dengan ketentuan ayat (6) Pasal 49 atau ayat (4) Pasal 50 (selanjutnya disebut sebagai "mendengarkan saksi") wajib membuat pernyataan tertulis kepada FTC dengan mencantumkan hal-hal berikut:<sup>175</sup>

- i. Nama dan domisili atau tempat tinggal dari saksi
- ii. Bahwa saksi adalah orang yang berkaitan dengan keterangan
- iii. Substansi dari dan alasannya untuk menghadiri sidang

Jika FTC atau pemeriksa sidang dalam hal tidak mengadopsi bukti yang ditawarkan para saksi dalam membuktikan pelanggaran, maka FTC atau pemeriksa sidang harus menyatakan alasan yang tepat untuk itu<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> Ningrum Natasya Sirait, *Loc.cit.*

<sup>174</sup> Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No.05/KPPU/kep/IX/2000, pasal 18 ayat 1 dan 2. Sebagaimana telah diubah peraturan Komisi No.1 Tahun 2006

<sup>175</sup> AMA, art.52 (2)

<sup>176</sup> AMA, art. 60



Salah satu tugas utama JFTC adalah mendorong lingkungan yang kompetitif dengan meningkatkan kepatuhan terhadap Undang-Undang antimonopoli dalam komunitas bisnis. JFTC telah berusaha untuk mencapai tugas tersebut, dikatakan bahwa tidak mungkin ada pertumbuhan ekonomi tanpa persaingan. Dengan kata lain, pelaku usaha dapat mencapai pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan hanya melalui persaingan di pasar, dan pertumbuhan ekonomi tercapai sebagai hasil dari persaingan tersebut.<sup>177</sup>

Undang-Undang Antimonopoli Jepang (AMA) memiliki beberapa cara untuk menangani perilaku anti persaingan. Larangan umum terhadap hambatan persaingan adalah satu dari peraturan yang sangat tegas yang diterapkan JFTC terhadap penetapan harga horizontal dan perjanjian *bid rigging*. Penegakan tidak hanya meliputi perintah untuk menghentikan pelanggaran, tetapi juga hukuman keuangan dan bahkan hukuman pidana. Aturan khusus dalam AMA melarang hambatan yang diberlakukan oleh asosiasi perdagangan. Salah satu bagian dari AMA yang melarang praktek-praktek tidak sehat diterapkan untuk sebagian jenis lain dari masalah persaingan. Dalam bagian itu, beban pembuktiannya lebih rendah. Pada bulan april 2005, pertamakalinya Undang-Undang antimonopoli Jepang mengalami perubahan secara menyeluruh, dengan tujuan menguatkan pelaksanaan JFTC dan mengembangkan pencegahan yang cukup terhadap kartel dan *bid rigging*. Perubahan tersebut termasuk menaikkan biaya tambahan yang dikenakan terhadap para anggota kartel dari 6% ke 10% dari omset untuk perusahaan besar dan menegakkan aplikasi 50% dari angka tertinggi bagi yang melanggar berulang kali.

Salah satu perubahan yang paling signifikan dalam merealisasikan penyelidikan yang lebih efektif adalah pengenalan *leniency programme*.<sup>178</sup> *Leniency program* ini merupakan alat bukti lain dalam membuktikan adanya persekongkolan di Jepang, dalam hal ini alat buktinya berupa *Pelapor I, Pelapor II, dan Pelapor III*.

---

<sup>177</sup> Kazuhiko Takeshima, "Addressing State Imposed or Facilitated Restraints", Japan Fair Trade Commission 2006., hal.2.

<sup>178</sup> *Ibid*

*Leniency program* artinya keringanan hukuman, yaitu untuk membebaskan atau mengurangi denda kepada peserta *kartel/bid rigging* yang mengaku dan memberikan bukti terhadap mereka yang berkonspirasi. Ini telah terbukti sebagai langkah yang efektif untuk mengatasi kesulitan terbesar dalam mendeteksi dan menghukum kartel yang dilakukan secara rahasia. Sebelumnya Jepang tidak memiliki program *Leniency*, tidak seperti negara-negara maju lainnya, tapi akhirnya diperkenalkan melalui amandemen AMA 2005.<sup>179</sup>

*Leniency Program* Jepang tertera dalam Pasal 7-2 dari ayat 1 sampai ayat 13 AMA. Tujuan utama pasal ini adalah untuk menentukan biaya tambahan, semacam denda administrasi yang memungkinkan JFTC untuk menghilangkan keuntungan finansial yang diperoleh oleh suatu kegiatan hukum persaingan yang ilegal. Dengan memasukkan *leniency program* dalam pasal ini, ruang lingkup aplikasi secara otomatis akan menurun. *Leniency program* tidak akan diperpanjang dengan sanksi lain yang diatur dalam AMA, apakah itu hukuman pidana atau ganti rugi.<sup>180</sup>

Ruang lingkup aplikasi *leniency program* ini terbatas, perbedaannya dibuat antara tahap pra-investigasi,<sup>181</sup> dimana JFTC belum meluncurkan investigasi, dan tahap pasca-investigasi,<sup>182</sup> dimana JFTC telah memulai investigasi. Insentif untuk pelaporan diri bervariasi dalam masing-masing tahap ini. Pada tahap pra-investigasi, *leniency program* menawarkan kekebalan penuh untuk Pelapor I (pelapor pertama)<sup>183</sup> yang berhasil mengajukan laporan, yakni mendapat keringanan (100%).<sup>184</sup> Dua pelapor lagi dapat menerima *leniency* parsial dalam tahap ini. Pelapor II (pelapor

---

<sup>179</sup> Kazukiyo Onishi, "The 2005 amendment to the anti-monopoly act and corporate compliance", ASIA Pacific Economic Papers No. 373, 2008

<sup>180</sup> Akira Inoue, "Japanese Antitrust Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act" ASES 113-4 (2007); juga dalam UESUGI AND YAMADA, supra note 10, at 170-4

<sup>181</sup> Lihat Art. 7-2 (7) and (8) AML

<sup>182</sup> Lihat Art. 7-2 (9) AML

<sup>183</sup> Present paper will address the subject of competition law according to the terminology used in the respective legislation. Hence, talking about Japan, the paper will use the concept of 'entrepreneur'. Describing the EU situation, the paper will employ the term 'undertaking'. 'Corporation' is the concept used when explaining the US situation. In a neutral context, the concept of firm is used.

<sup>184</sup> Lihat Art. 7-2 (7) AMA

kedua) yang berhasil mengajukan laporan akan mendapatkan pengurangan 50%,<sup>185</sup> sementara Pelapor III (pelapor ketiga) yang berhasil mengajukan laporan akan menerima pengurangan 30%.<sup>186</sup> Namun, jika penyelidikan telah dimulai, hanya *leniency* parsial yang tersedia. Dengan membebaskan 30% dari biaya tambahan untuk setiap perusahaan dalam tahap pasca-investigasi, tidak ada diskriminasi antara ketika sebuah perusahaan muncul lebih awal dengan informasi tersebut.<sup>187</sup>

	First	Second	Third	Any other
Pre-investigation	100%	50%	30%	0
Post-investigation	30%	30%	30%	0

\* Visualisasi Japanese leniency program.

Agar dapat menikmati kekebalan dari atau pengurangan biaya tambahan, pelapor harus memenuhi persyaratan tertentu. Imunitas hanya akan diberikan pada tahap pra-investigasi kepada pelapor yang pertama kali mengajukan laporan<sup>188</sup> secara independen dari setiap pengusaha lain dengan laporan dan dokumen lain<sup>189</sup>. Setelah melapor, pelapor harus berhenti melakukan tindakan pelanggaran tersebut<sup>190</sup> dan memberikan bantuan tambahan dalam bentuk informasi atas permintaan JFTC<sup>191</sup>. Informasi yang diberikan tidak boleh palsu<sup>192</sup>. Selanjutnya, pelapor tidak dapat memaksa pelaku usaha lain untuk berpartisipasi atau mencegah pelaku usaha dengan meminta berhenti melakukan pelanggaran<sup>193</sup>. Kondisi yang sama berlaku untuk pelapor yang hanya berhak mengurangi biaya tambahan<sup>194</sup>.

<sup>185</sup> Lihat Art. 7-2 (8) (i) AMA

<sup>186</sup> Lihat Art. 7-2 (8) (ii) AMA

<sup>187</sup> Lihat Art. 7-2 (9) AMA

<sup>188</sup> Steven Van Uytsel, "A Comparative VS and EU Perspective on the Japanese Antimonopoly Law's Leniency Program.", Hosei Kenkyu 2008, hal. 722.

<sup>189</sup> Lihat Art. 7-2 (7) (i) AMA

<sup>190</sup> Lihat Art. 7-2 (7) (ii) AMA

<sup>191</sup> Lihat Art. 7-2 (11) AMA

<sup>192</sup> Lihat Art. 7-2 (12) (i) AMA

<sup>193</sup> Lihat Art. 7-2 (12) (iii) AMA

<sup>194</sup> Lihat Art. 7-2 (8) (i) and (li) and (9) (i) AML (report and evidence); Art. 7-2 (8) (iii) and (9) (ii) AML (termination of the illegal conduct); Art. 7-2 (11) AML (continued assistance) and Art. 7-2 (12) AML (false information and coercion)

Pada tahap pra-investigasi penting untuk menentukan urutan dari pelapor, karena *reward* yang berbeda. Prosedur dalam hal ini cukup keras<sup>195</sup>. Hanya pengajuan dari laporan pertama untuk sementara waktu mengamankan posisi pelapor<sup>196</sup>. Kegagalan untuk menyampaikan laporan kedua dan bahan-bahan pembuktian yang diperlukan dalam jangka yang ditunjuk oleh JFTC, biasanya dua minggu, secara otomatis berarti mencabut kembali posisi yang sudah dijamin<sup>197</sup>. Pelapor yang berhasil menyampaikan laporan dan bukti akan segera diberitahu tentang penerimaan mereka<sup>198</sup>. Penerimaan pemberitahuan ini secara hukum tidak menjamin pemberian kekebalan atau pengurangan kekebalan<sup>199</sup>. *Leniency* hanya diberikan oleh JFTC pada saat keputusan diambil untuk mengeluarkan perintah pembayaran biaya tambahan terhadap pelanggar AMA lainnya<sup>200</sup>.

### C. PEMBEBANAN SANKSI TERHADAP PERSEKONGKOLAN TENDER

Pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999 dapat dikenakan sanksi administrative maupun hukuman pidana. Sanksi administrative diatur berdasarkan Pasal 47, sedangkan hukuman pidana pokok didasarkan Pasal 48, dan pidana tambahan dalam Pasal 49.

Berdasarkan Pasal 47, KPPU memiliki kewenangan menjatuhkan sanksi administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar Pasal 22, berupa:

1. Perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktek monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat.<sup>201</sup>
2. Penetapan pembayaran ganti rugi<sup>202</sup>.
3. Pengenaan denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000,- dan setinggi-tingginya Rp.25.000.000.000,-.<sup>203</sup>

<sup>195</sup> Lihat Rule No. 7

<sup>196</sup> Lihat Art. 7 Rule No. 7

<sup>197</sup> Lihat Art. 7 (12) AMA

<sup>198</sup> Lihat Art. 7 (10) AMA

<sup>199</sup> Lihat Fumio Koma and Akira Inoue, Japan, in *BAKER AND MCKENZIE'S GLOBAL LENIENCY MANUAL* 5 (Samantha J. Mobley ed., 2008)

<sup>200</sup> Lihat Art. 7-2 (13) AMA

<sup>201</sup> Pasal 47 ayat (2) butir c UU Nomor 5 Tahun 1999.

<sup>202</sup> Pasal 47 ayat (2) butir f UU Nomor 5 Tahun 1999

<sup>203</sup> Pasal 47 ayat (2) butir g UU Nomor 5 Tahun 1999.

Sanksi administratif berupa perintah menghentikan kegiatan bukan berarti menghentikan kegiatan persekongkolan tender. Tetapi, menghentikan kegiatan lanjutan dari persekongkolan tender diantaranya: penandatanganan kontrak antara pengguna barang dan jasa dengan pemenang tender hasil persekongkolan tender; penandatanganan kontrak antara penjual barang dengan pemenang tender hasil persekongkolan tender; atau pelaksanaan kegiatan pengadaan barang dan/jasa oleh pemenang tender hasil persekongkolan tender.

Pelanggaran terhadap Pasal 22 juga dapat dikenakan hukuman pidana pokok berdasarkan Pasal 48 UU Nomor 5 Tahun 1999, berupa:

1. Pidana denda serendah-rendahnya Rp. 5.000.000.000,- dan setinggi-tingginya Rp.25.000.000.000,-, atau pidana kurungan pengganti denda selama 5 bulan.<sup>204</sup>
2. Pidana denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000,- dan setinggi-tingginya Rp. 5.000.000.000,- atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 3 bulan<sup>205</sup>, dalam hal pelaku usaha dan/atau menolak menyerahkan alat bukti yang diperlukan dalam penyelidikan dan/atau pemeriksaan atau menolak diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan/atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan/atau pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41 ayat (1) dan (2).

Di samping pidana pokok, pelanggaran terhadap Pasal 22 juga dapat dijatuhi pidana tambahan sesuai yang diatur dalam Pasal 49 UU Nomor 5 Tahun 1999 sebagai berikut:

1. pencabutan izin usaha, atau
2. larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang ini untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 tahun dan selama-lamanya 5 tahun, atau

---

<sup>204</sup> Pasal 48 ayat (2) UU Nomor 5 Tahun 1999.

<sup>205</sup> *Ibid*

3. penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

KPPU memiliki kewenangan untuk menjatuhkan sanksi administrative terhadap pelaku usaha, namun tidak memiliki kewenangan menjatuhkan sanksi administrative kepada pihak lain yang bukan pelaku usaha. Pihak lain yang bukan pelaku usaha adalah penyelenggara tender dari instransi pemerintah, yang kegiatannya berkaitan dengan kepentingan negara dan atau masyarakat umum dan bukan untuk mencari keuntungan ekonomi. Dalam hal ini, KPPU hanya dapat memberikan rekomendasi kepada atasan dari ketua panitia dan atau penyelenggara tender, untuk melakukan pemeriksaan terhadap panitia dan penggunaan barang yang bersangkutan, serta menjatuhkan sanksi administratif pada mereka. Rekomendasi KPPU merupakan dasar bagi para atasan ketua panitia tender untuk melakukan pemeriksaan sehubungan dengan adanya indikasi pelanggaran terhadap Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2000, Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010, dan kelaziman pelaksanaan tender yang sehat. Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 menetapkan bahwa pengadaan barang dan atau jasa pemerintah harus memenuhi antara lain prinsip terbuka dan bersaing, serta adil dan tidak diskriminatif. Berdasarkan prinsip terbuka dan bersaing, pengadaan barang dan atau jasa harus terbuka bagi semua penyedia barang dan jasa yang memenuhi persyaratan dan dilakukan melalui persaingan sehat, berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas serta transparan.<sup>206</sup>

Sedangkan sanksi pidana dapat diterapkan kepada pelaku usaha maupun bukan pelaku usaha yang melakukan persekongkolan tender. Namun demikian, hanya sanksi pidana pokok dan sanksi pidana tambahan berupa penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain, yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku usaha maupun bukan pelaku usaha yang melakukan persekongkolan tender<sup>207</sup>. Sedangkan sanksi pidana tambahan berupa pencabutan izin usaha dan larangan menduduki jabatan Direksi atau Komisaris sekurang-kurangnya

<sup>206</sup> Pasal 3 huruf c Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan PengadaanBarang dan atau Jasa Pemerintah.

<sup>207</sup> Lihat Pasal 48 ayat (2) dan Pasal 49 huruf c UU Nomor 5 Tahun 1999.

dua tahun dan selama-lamanya lima tahun, hanya dapat dijatuhkan terhadap pelaku usaha yang melakukan persekongkolan tender<sup>208</sup>.

Dalam menjatuhkan sanksi kepada pelaku usaha, KPPU hanya berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administrative (Pasal 36 huruf l). Sedangkan dalam hal terdapat unsur pidana (kerugian negara hingga milyaran rupiah) KPPU akan menyerahkan perkara tersebut ke pihak yang berwenang seperti KPK dan Polisi. Sebagai contoh, KPPU pernah menyerahkan kasus pidana dalam perkara penjualan 2 unit tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) oleh Pertamina yang merugikan negara antara US \$ 20,000,000 (dua puluh juta US Dollar) – US \$ 56,000,000 (lima puluh enam juta US Dollar) atau setara dengan Rp 180.000.000.000 (seratus delapan puluh milyar Rupiah) – Rp 504.000.000.000 (lima ratus empat milyar Rupiah) dengan nilai tukar rupiah sebesar Rp 9.000,00 per US \$ 1<sup>209</sup>. Dan juga pada kasus lainnya yaitu kasus pengadaan tinta pemilu 2004 yang melibatkan komisioner KPU, yang menyebabkan kerugian negara sebesar Rp 2.159.233.800,00 (dua milyar seratus lima puluh sembilan juta dua ratus tiga puluh tiga ribu delapan ratus Rupiah)<sup>210</sup>.

Hal yang sama terjadi pula di Jepang dalam penerapan sanksi berdasarkan AMA di Jepang, yang secara umum mengatur 3 jenis hukuman guna mencegah pelanggaran terhadap the AMA. Pertama, adalah tindakan administratif (Pasal 25 AMA), seperti denda dan penghentian kegiatan atas kartel. Kedua adalah hukuman pidana Pasal 709 KUHPer, dan ketiga adalah ganti rugi yang pantas.

Denda administratif dan hukuman pidana merupakan sarana yang utama untuk mencegah terjadinya pelanggaran terhadap AMA. Kedua jenis sanksi tersebut seringkali diterapkan terhadap aktivitas yang bersifat anti persaingan, seperti penetapan harga (*price fixing*), boikot (*group boycotting*), dan *bid rigging*. Bahkan JFTC menjatuhkan denda dua kali lipat di tahun 1990, dari 1,5% menjadi 3% dan denda sebesar \$US 7 juta<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> Pasal 49 huruf a dan b UU Nomor 5 Tahun 1999.

<sup>209</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2004

<sup>210</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 08/KPPU-L/2004

<sup>211</sup> David L. Richter, "Legal Barriers to U. S. Firm Participation in the Japanese Construction Industry", University of Pennsylvania Journal of International Business Law, 1991.

Namun demikian, the AMA menerapkan denda administrative dan hukuman pidana sebagai sanksi utama untuk melawan kartel dan bid rigging<sup>212</sup>. Denda administratif diterapkan oleh JFTC untuk menghukum perusahaan-perusahaan yang melakukan larangan perdagangan yang tidak sehat, yang dapat mempengaruhi harga atas produk dan jasa. Denda administratif dihitung dengan melipat-gandakan jumlah/harga penjualan atas produk dan atau jasa selama masa pelanggaran dengan fixed rate yang didasarkan pada jenis industri. Jumlah maksimal denda tersebut tidak melebihi 7 milyar Yen (kira-kira \$US 60 juta)<sup>213</sup>. Salah satu alasan penjatuhan dua jenis hukuman terhadap aktivitas bid rigging secara kumulatif disebabkan karena kasus tersebut mendominasi pelanggaran hukum pidana di Jepang.

Di samping denda administratif, hukuman pidana dapat dikenakan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan tentang *unreasonable restraints of trade*. Adapun sanksi pidananya adalah, si pelaku dikenakan maksimal denda sebesar Y5 juta atau dijatuhi hukuman maksimal tiga tahun penjara.<sup>214</sup> Jenis hukuman ini mulai diberlakukan oleh JFTC pada tahun 1990 yang menerapkan tanggung jawab kriminal terhadap pelaku usaha, terutama dalam kasus persekongkolan tender atas kontrak-kontrak publik yang menjadi penyebab resesi ekonomi dan korupsi di kalangan pemerintah<sup>215</sup>. Para hakim memiliki kewenangan untuk menentukan tingkatan pidana, salah satu contoh adalah kasus the Blinding Seal.<sup>216</sup> Hakim Pengadilan Tinggi Tokyo mempertimbangkan hal-hal yang meringankan dan memberatkan dari perilaku yang terkait sebagai hal-hal yang dipertimbangkan dalam menentukan tingkat hukuman<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> Shigeki Kusunoki, "Shaping an Anti-Monopoly Law Sanction Regime Against Cartels or Bid Collusion: a Perspective on Japan's Choice", University of Detroit Mercy Law Review, 2002, hal.401. Lihat pula Donald I. Baker, "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid Rigging", George Washington LawReview, 2001, hal. 695.

<sup>213</sup> *Ibid.*, hal. 403.

<sup>214</sup> *Ibid.* arts.89.

<sup>215</sup> Salil Kumar Mehra, "Politics and Antitrust in Japan", Virginia Journal of International Law, 2002, hal. 315.

<sup>216</sup> 46-3 Kokeishu (High Court Criminal Report) 322 (Tokyo High Court, decided on Dec. 14, 1993).

<sup>217</sup> Sebagai contoh, misalnya apakah perusahaan tersebut merupakan perusahaan terkemuka di bidangnya, yang memiliki kewajiban untuk mematuhi pada the AMA, atau kewajiban untuk menerapkan program kepatuhan atau melatih karyawannya secara ketat setelah ditemukan indikasi pelanggaran terhadap theAMA. *Ibid.*



JFTC memiliki kebijakan yang sangat luas, karena mereka juga memiliki kewenangan untuk menyampaikan gugatan atau tuntutan pelaku usaha yang bersangkutan<sup>218</sup>.

Sebagai contoh, dari 6 kasus pidana, 5 di antaranya termasuk *bid rigging*. Dari 37 kasus yang direkomendasikan oleh JFTC sejak tahun 1998, 31 di antaranya adalah kasus *bid rigging*, atau dari 24 juta yen yang dikumpulkan dalam penerapan denda administrative, 64% di antaranya berasal dari kasus *bid rigging*<sup>219</sup>.

Contoh kasus sanksi administrative yang terbesar adalah pada kasus bid rigging 1988 mengenai pangkalan angkatan laut AS di Yokosuka. Pangkalan angkatan laut AS yang berpusat di Jepang mendapat order untuk pembangunan fasilitas. Kelompok peneliti dari Teknologi Keselamatan konstruksi Militer AS, asosiasi perdagangan, yang terdiri dari enam puluh sembilan perusahaan anggota dan Kajima Corp, yang diduga ikut berperan dalam *bid rigging* dalam pembangunan ini. Untuk menghapus kesalahan tersebut, FTC meminta tujuh perusahaan ini untuk membayar biaya tambahan sebesar ¥ 290.000.000 dan mengeluarkan peringatan tertulis kepada 140 perusahaan konstruksi yang terlibat dalam *bid rigging*. Meskipun Kajima Corporation tidak lagi menjadi anggota dari group peneliti, akan tetapi dia terlibat dalam keputusan memenangkan kontrak tersebut. Setelah FTC mengambil tindakan administratif, Pemerintah AS mengajukan klaim atas kerugian sebesar \$ 37 juta atau kira-kira Y5 miliar, terhadap 140 perusahaan konstruksi yang terlibat dalam bid rigging. Kasus ini diselesaikan ketika perusahaan setuju untuk membayar kerugian hampir Y5 miliar.

---

<sup>218</sup> Business Use Stretch Film Case 46-2 Kokeishu (High Court Criminal Report) 108 (Tokyo High Court, decided on May 21, 1993).

<sup>219</sup> Yoshiro Mira and J. Mark Ramseyer, "Toward a Theory of Jurisdictional Competition: the Case of the Japanese FTC", *Journal of Competition Law & Economics*, June 2005, hal. 264.

## **BAB IV**

### **AKIBAT PERSEKONGKOLAN TENDER TERHADAP PERSAINGAN USAHA**

Pada hakikatnya keberadaan hukum persaingan usaha adalah mengupayakan secara optimal terciptanya persaingan usaha yang sehat dan efektif pada suatu pasar tertentu, yang mendorong agar pelaku usaha melakukan efisiensi agar mampu bersaing dengan para pesaing. Tujuan dibentuknya Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 adalah untuk memelihara pasar agar kompetitif dan terhindar dari pengaruh kesepakatan dan konspirasi yang cenderung mengurangi dan atau menghilangkan persaingan. Demikian pun AMA bertujuan untuk melarang monopoli swasta, larangan dalam persaingan usaha yang tidak sehat, praktek-praktek perdagangan yang tidak sehat, dengan mencegah konsentrasi yang berlebihan pada kekuatan ekonomi dan menghilangkan pembatasan produksi yang tidak sehat, penjualan, harga, teknologi, dll, dan semua larangan dalam persaingan usaha yang tidak sehat lainnya melalui kombinasi, perjanjian, dll, untuk mempromosikan persaingan yang sehat dan bebas, untuk merangsang kreatifitas para pelaku usaha, mendorong kegiatan usaha untuk meningkatkan lapangan kerja dan pendapatan nasional yang sebenarnya, dan dengan demikian untuk mempromosikan pengembangan demokrasi dan perekonomian nasional yang sehat serta untuk menjamin kepentingan umum<sup>220</sup>.

Secara teori, dengan berjalannya prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat pada suatu pasar akan membawa dampak yang positif kepada baik bagi produsen/ pelaku usaha maupun konsumen, pada pasar yang bersangkutan. Secara langsung adanya persaingan yang sehat antar pelaku usaha akan memaksa pelaku usaha untuk dapat menjual produk barang atau jasanya dengan harga yang serendah mungkin dengan tetap mempertahankan mutu atau bahkan meningkatkan mutu dari produk barang dan jasanya. Hal ini tentunya akan sangat menguntungkan bagi konsumen disamping itu konsumen juga akan memperoleh keuntungan berupa kemampuan untuk memilih barang atau jasa yang dipasarkan, karena banyaknya pelaku usaha yang menawarkan produknya. Secara tidak langsung dalam kondisi pasar persaingan

---

<sup>220</sup> The Japanese Anti-Monopoly Act, art. 1

murni, pelaku usaha agar tetap dapat bertahan harus mampu meningkatkan efisiensi dan produktivitasnya agar mampu bersaing dengan pelaku usaha lainnya. Pelaku usaha dituntut untuk dapat menciptakan inovasi-inovasi baru agar produk barang atau jasanya mempunyai unsur pembeda atau nilai lebih dengan produk sejenisnya, sehingga dipilih oleh konsumen.

Jadi, jelaslah bahwa eksistensi dan orientasi dari Undang-Undang Antimonopoli adalah untuk menciptakan persaingan usaha yang sehat dengan cara mencegah monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat, serta untuk menciptakan ekonomi pasar yang efektif dan efisien demi peningkatan kesejahteraan rakyat. Dengan perkataan lain, eksistensi Undang-Undang Antimonopoli adalah untuk memastikan bahwa sistem ekonomi yang berdasarkan persaingan usaha, dapat memotivasi para pelaku usaha untuk menghasilkan produk barang dan/ atau jasa yang berkualitas dan harga yang terjangkau oleh konsumen dengan memanfaatkan sumber-sumber produksi yang seminimal mungkin.

Persekongkolan dalam tender dapat terjadi dalam berbagai bentuk, dimana seluruhnya merusak upaya para pembeli – umumnya pemerintah pusat dan daerah – untuk memperoleh barang dan jasa pada harga yang murah. Seringkali, para pesaing setuju dimuka untuk menetapkan siapa yang memasukkan penawaran yang akan menang atas suatu kontrak yang diberikan melalui suatu proses pengadaan yang kompetitif. Suatu bentuk umum dari persekongkolan tender adalah untuk meningkatkan besaran nilai pengadaan yang akan menang dan oleh karenanya dapat menikmati keuntungan dari nilai tersebut.

Dalam tender, para pihak yang terlibat dalam proses tender melakukan suatu perbuatan persekongkolan untuk mengatur agar peserta tender tertentu dapat memenangkan tender tertentu. Seharusnya dalam proses tender penentuan pemenang tender tidak dapat di atur-atur sedemikian rupa, melainkan siapa yang melakukan penawaran terbaik dialah yang menang<sup>221</sup>. Namun kenyataannya menunjukkan lain. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena

---

<sup>221</sup> Munir Fuady, *Hukum Anti-Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 85. [7] A.M. Tri Anggraini, *Op.cit.* hal. 303.

penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien<sup>222</sup>. 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 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.”<sup>223</sup>

Dalam prakteknya terdapat beberapa mekanisme (metode) beroperasinya persekongkolan penawaran tender, antara lain:

1. Tekanan terhadap penawaran (*Bid Suppression*). Artinya bahwa satu atau lebih penawar setuju untuk menahan diri untuk tidak mengikuti pelelangan, atau menarik penawaran yang telah diajukan sebelumnya, agar penawar lain dapat memenangkan pelelangan itu.<sup>224</sup>
2. Penawaran yang Saling Melengkapi (*Complementary Bidding*). Yaitu kesepakatan di antara para penawar di mana dua atau lebih penawar setuju terhadap siapa yang akan memenangkan penawaran. Pemenang yang dirancang kemudian mengatakan kepada penawar lain mengenai harga yang direncanakan, sehingga mereka akan melakukan penawaran dengan harga yang lebih tinggi. Sebaliknya, pemenang yang dirancang akan memerintahkan penawar lain untuk menawar di tingkat harga yang ditentukan, sehingga harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah dari pada pesaing yang lain. Tindakan tersebut menciptakan kesan

---

<sup>222</sup> R. Shyam Khemani 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), h. 23.

<sup>223</sup> Sacker dan Lohse, Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition (GTZ-Katalis Publishing, 2000), p. 313.

<sup>224</sup> R. Shyam Khemani et.al., *Loc. Cit.*

seolah-olah terdapat persaingan sesungguhnya di antara mereka, sehingga kontraktor yang dirancang berhasil memenangkan tender.<sup>225</sup>

3. Perputaran Penawaran atau Arisan Tender (*Bid Rotation*). Adalah pola penawaran tender di mana 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 (arisan) 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 sub-kontraktor bagi pihak yang dimenangkan.<sup>226</sup>
4. 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.<sup>227</sup>

Dalam semua pola penawaran tersebut diatas, pemenang tender atau penawar yang lebih murah dapat mengamankan kesepakatannya melalui pembayaran langsung terhadap penawaran lainnya. Pembayaran tersebut dapat berwujud pembayaran sejumlah uang tertentu atau melakukan perjanjian sub kontraktor dengan penawar yang kalah. Namun demikian tindakan ini sangat beresiko, karena bagaimanapun juga perjanjian tersebut adalah ilegal. Melalui aktifitas tersebut,

---

<sup>225</sup> 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, p. 99.

<sup>226</sup> *Ibid.*, h.100. Bandingkan dengan pandangan lain yang membagi pola bid rigging ke dalam jenis-jenis berikut: Bid Suppression, Complimentary Bidding, Bid Rotation, dan Subcontracting. Lihat 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, 2001, p. 249.

<sup>227</sup> *Ibid.*, hal. 100.

kontraktor dapat dianggap menghambat atau melarang sub kontraktor menjual jasanya secara langsung kepada pemerintah, dalam hal ini bertentangan dengan hukum.

Pada dasarnya persaingan usaha secara sehat memberikan berbagai keuntungan kepada konsumen, yaitu harga lebih murah, produksi lebih banyak, pelayanan lebih prima/baik serta pilihan produk yang inovatif, beragam dan banyak, jika dibandingkan dengan kondisi dimana persaingan usaha dibatasi. Secara teoritis dan universal kesejahteraan konsumen dan efisiensi Persekongkolan tender memiliki dampak yang merugikan terhadap perekonomian. Praktek ini hampir selalu mengarah ke harga yang lebih tinggi.

Persekongkolan tender adalah salah satu hambatan bagi terciptanya persaingan usaha yang sehat,<sup>228</sup> sehingga dapat menimbulkan kerugian yang signifikan dalam kegiatan usaha, terutama bagi para pihak yang berkaitan langsung dengan bidang-bidang usaha bersangkutan.<sup>229</sup>

#### **A. Akibat persekongkolan Tender di Indonesia**

Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 melarang perbuatan pelaku usaha yang bertujuan menghambat atau bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat, antara lain seperti pembatasan akses pasar, kolusi, dan tindakan lain yang bertujuan untuk menghilangkan persaingan. Tindakan lain yang dapat berakibat kepada terjadinya persaingan usaha tidak sehat adalah tindakan persekongkolan untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sebagaimana diatur oleh Pasal 22 UU No. 5/1999. Pasal 22 UU No. 5/1999 menyatakan bahwa: *“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak*

---

<sup>228</sup>Pasal 1 angka 6 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menyatakan, bahwa “Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

<sup>229</sup>Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law* (Westbury, New York: The Foundation Press, 1993), h. 117.

*sehat*”<sup>230</sup>. Pasal 1 angka 6 UU No.5 Tahun 1999 mengatakan bahwa Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Sejak berdiri pada tahun 2000 silam, ada sekitar 1.680 laporan perkara kasus persaingan usaha yang dilaporkan ke Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Data penanganan perkara di KPPU memiliki prosentase terbesar yaitu 87,6% atau 219 dari 250 perkara. Saat ini, KPPU tengah menangani 10 perkara. Rinciannya, perkara yang sedang berjalan tahun 2011 terdiri dari sembilan perkara dengan Peraturan Komisi Nomor 01 Tahun 2010 dan 1 (satu) perkara dalam tahap pemeriksaan tambahan.<sup>231</sup>

Persekongkolan dalam tender dapat terjadi melalui kesepakatan-kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis. Persekongkolan ini mencakup jangkauan perilaku yang luas, antara lain usaha produksi dan atau distribusi, kegiatan asosiasi perdagangan, penetapan harga, dan manipulasi lelang atau kolusi dalam tender (collusive tender) yang dapat terjadi melalui kesepakatan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut. Kolusi atau persekongkolan dalam tender ini bertujuan untuk membatasi pesaing lain yang potensial untuk berusaha dalam pasar bersangkutan dengan cara menentukan pemenang tender. Oleh karena itu, akibat berikutnya adalah adanya hambatan terhadap persaingan usaha. Persekongkolan tersebut dapat terjadi di setiap tahapan proses tender, mulai dari perencanaan dan pembuatan persyaratan oleh pelaksana atau panitia tender, penyesuaian dokumen tender antara peserta tender, hingga pengumuman tender.<sup>232</sup>

Praktek persekongkolan dalam tender ini dilarang karena dapat menimbulkan persaingan tidak sehat dan bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender tersebut, yaitu untuk memberikan kesempatan yang sama kepada pelaku usaha agar dapat ikut menawarkan harga dan kualitas yang bersaing.

---

<sup>230</sup> KPPU, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender

<sup>231</sup> <http://bataviase.co.id/node/855325>, di akses pada tanggal 5 januari 2012

<sup>232</sup> Ibid

Sehingga pada akhirnya dalam pelaksanaan proses tender tersebut akan didapatkan harga yang termurah dengan kualitas yang terbaik.

Persekongkolan dalam tender dapat dilakukan secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan, atau menciptakan persaingan semu, atau menyetujui dan atau memfasilitasi, atau pemberian kesempatan eksklusif, atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.

Persekongkolan dalam tender dapat dibedakan pada tiga jenis, yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal.

### **1. Akibat Persekongkolan Terhadap Negara**

Selama ini diketahui bahwa praktik usaha anti persaingan cenderung bertolak belakang dengan prinsip *Good Corporate Governance* (GCG). Praktik persekongkolan untuk menentukan pemenang tender adalah salah satu contohnya. Kondisi ini diperparah dengan kenyataan bahwa *Good Governance* juga telah dicemari unsur KKN sehingga memaksimalkan keuntungan secara proporsional dengan biaya pihak lain, termasuk konsumen dan bahkan anggaran belanja negara. Pada kondisi inilah keberadaan kebijakan persaingan ditujukan untuk menjaga kepentingan publik dari anti persaingan yang dapat menurunkan kesejahteraan masyarakat.

Persekongkolan penawaran tender termasuk salah satu perbuatan yang dianggap merugikan negara, karena terdapat unsur manipulasi harga penawaran, dan cenderung menguntungkan pihak yang terlibat dalam persekongkolan. Persekongkolan tender mengakibatkan kegiatan pembangunan yang berasal dari dana Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN) dikeluarkan secara tidak bertanggungjawab, dan pemenang tender yang bersekongkol mendapatkan keuntungan jauh di atas harga normal, namun kerugian tersebut dibebankan kepada masyarakat luas. Hampir 70 persen kasus korupsi yang ditemukan di Indonesia dari



atau terkait dengan pengadaan barang dan jasa. Sektor pengadaan barang dan jasa menjadi ladang korupsi karena memang berlimpah dana. Dari APBN 2011 saja, ada Rp400 triliun untuk sektor ini atau 30 persen dari total APBN Rp1.200 triliun.<sup>233</sup> Angka tersebut belum termasuk dana yang dikelola oleh BUMN, Kontraktor kemitraan, dan belum termasuk anggaran Pemerintah daerah. Hal itulah yang menyebabkan pengadaan barang dan jasa oleh Pemerintah merupakan “lahan yang subur” bagi para pelaku tindak pidana korupsi. Hampir seluruh kasus korupsi yang ditangani Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) lebih dari separuhnya merupakan masalah korupsi dalam pengadaan barang dan jasa. Keadaan yang demikian menyebabkan hilangnya persaingan dan mengakibatkan penggunaan sumber daya yang tidak efisien serta menimbulkan pengaruh yang merugikan bagi kinerja industri dan perkembangan ekonomi.

Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah adalah tempat yang nyaman bagi pelaku koruptor untuk mengeruk keuangan negara demi memperkaya diri sendiri ataupun bersama orang lain. Teknik atau modus operandi yang lazim dilakukan sehingga menimbulkan kerugian keuangan negara adalah melalui penggelembungan nilai proyek (*mark up*) dan spesifikasi pekerjaan diturunkan baik kualitas maupun kuantitas, tanpa mengoreksi nilai proyek.

Penyimpangan dalam tender pengadaan barang/jasa umumnya dilakukan oleh pihak pengguna barang/jasa, pihak penyedia barang/jasa, dan kolusi antara pengguna dan penyedia barang/jasa. Penyimpangan oleh pihak pengguna barang/jasa dapat dilakukan dari pucuk pimpinan (Menteri/Pimpinan LPND/Direksi Perusahaan/Kepala Daerah dan lain-lain) sampai kepada pegawai/pejabat terendah dalam pengadaan. Cara yang dipakai pada umumnya berbeda-beda dari yang sangat sederhana sampai kepada yang Sangat rumit dan sulit dideteksi. Meskipun dilakukan oleh berbagai pihak dan dengan cara yang berbeda, tetapi pada umumnya dilakukan untuk memperoleh keuntungan pribadi di luar kewajiban.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> <http://www.indonesiabersih.org/berita/tii-desak-pemerintah-selesaikan-ruu-pengadaan-barang/> diakses pada tanggal 24 desember 2011

<sup>234</sup> <http://www.duniakontraktor.com/titik-rawan-persekongkolan-dalam-penyelenggaraan-tenderpengadaan-barang-jasa/.html/comment-page-1>, diakses pada tanggal 25 Desember 2011

Salah satu contoh kasus persekongkolan tender yang merugikan keuangan negara adalah kasus *tender penjualan dua unit kapal Tanker Very Large Crude Carrier (VLCC) milik PT. Pertamina (persero)*<sup>235</sup>. Kasus ini berawal dari penjualan dua unit kapal tanker VLCC milik Pertamina yang mengandung indikasi persekongkolan untuk mengatur pemenang tender. Proses penawaran berawal dari penunjukan Goldman Sachs sebagai penasihat keuangan Pertamina, tanpa melalui proses tender terbuka, yang sekaligus juga merupakan salah satu pemegang saham di Frontline, Ltd. Dalam proses selanjutnya Pertamina menyatakan Frontline sebagai pemenang tender, meskipun perusahaan tersebut menawar dengan harga lebih rendah daripada Essar yang merupakan penawar tertinggi, tetapi tidak mempunyai komitmen untuk membayar uang muka sebesar 20 %.

Penunjukan langsung Goldman Sachs sebagai penasihat keuangan dan pengatur dalam divestasi VLCC oleh Pertamina merupakan perlakuan istimewa yang diberikan kepada satu pelaku usaha. Hal ini merupakan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 19 huruf d yang menyatakan bahwa “*melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu*” selain itu, dalam proses pemeriksaan selanjutnya KPPU menemukan adanya persekongkolan antara Pertamina dengan pelaku usaha yang terlibat dalam penawaran tender yakni Frontline, Ltd. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas KPPU memutuskan bahwa Pertamina terbukti bersalah dan kedua perusahaan tersebut juga terbukti bersalah.

Kerugian yang dialami oleh negara akibat persekongkolan penjualan dua kapal tanker tersebut adalah sekitar US \$20,000,000 (dua puluh juta US Dollar) – US \$ 56,000,000 (lima puluh enam juta US Dollar) atau setara dengan Rp 180.000.000.000 (seratus delapan puluh milyar Rupiah) – Rp 504.000.000.000 (lima ratus empat milyar Rupiah) dengan nilai tukar rupiah sebesar Rp 9.000,00 per US \$1. KPPU menyatakan bahwa pihak yang paling menikmati keuntungan dari kerugian yang timbul secara berturut – turut adalah Goldman Sachs (Singapore), Pte dan Frontline, Ltd.

---

<sup>235</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2004 mengenai Penjualan 2 (dua) unit Tanker Very Large Crude Carrier (selanjutnya disebut “VLCC”) Nomor Hull 1540 dan 1541 milik Pertamina.

Kasus lainnya adalah kasus persekongkolan dalam pengadaan tinta sidik jari untuk pemilu tahun 2004.<sup>236</sup> Diperkirakan kasus ini mengakibatkan kerugian Negara lebih dari 2 milyar.

## 2. Terhadap Persaingan Usaha

Terhadap persaingan, persekongkolan tender menciptakan hambatan masuk (*barrier to entry*) ke pasar bagi peserta tender lainnya. Persoalan ini merupakan persoalan serius yang dihadapi dalam rangka melakukan kegiatan usahanya secara lancar. *Barrier to entry* merupakan suatu keadaan dimana pelaku usaha pesaing tidak dapat memasuki bidang usaha tertentu pada pasar bersangkutan, karena adanya penguasaan dan kekuatan pasar yang lebih besar yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan yang memiliki kedudukan yang lebih kuat. Persoalan ini merupakan suatu masalah serius yang banyak dihadapi oleh para pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya.

Pada hakekatnya setiap orang atau pelaku usaha memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan kegiatan usahanya tanpa adanya persaingan usaha tidak sehat berupa praktek monopoli, tindakan diskriminasi dan halangan dari siapapun untuk menjalankan kegiatan usaha. Adanya pandangan-pandangan yang beranggapan bahwa mengurangi hambatan yang masuk kedalam pasar dengan cara meniadakan persaingan merupakan tindakan yang benar, pandangan seperti ini merupakan pandangan yang tidak tepat untuk dilakukan, dengan adanya persaingan justru dapat memacu semangat para pelaku usaha untuk meningkatkan kreatifitas serta efisiensi kegiatan produksi guna menghasilkan suatu barang atau jasa dengan mutu kualitas baik beserta harga yang relatif murah atau terjangkau. Selain itu juga, dengan adanya persaingan usaha membuat barang yang tersedia pada pasar semakin variatif sehingga membuat konsumen memiliki banyak alternatif pilihan barang atau jasa yang dihasilkan produsen/ pelaku usaha yang begitu banyak sehingga harga benar-benar ditentukan oleh pasar permintaan dan penawaran, bukan oleh hal-hal lain yang sesuai dengan keinginan dan kebutuhan.

---

<sup>236</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor: 08/KPPU-L/2004

Berusaha untuk mempertahankan pelaku usaha pesaing yang beragam karakter serta berusaha untuk mencegah terjadinya hambatan ke pasar yang bersangkutan, maka setidaknya-tidaknya penegakan Undang-Undang anti monopoli menuju pada arah yang benar. Tanpa adanya *barrier to entry* yang diciptakan oleh pemerintah (tidak adanya distorsi dari pemerintah), maka perusahaan besar pada pasar yang terkonsentrasi terpaksa harus melakukan efisiensi terhadap perubahan yang terjadi pada pasar tersebut, karena kehadiran pelaku usaha baru yang mampu menembus pasar tersebut<sup>237</sup>.

*Barrier to entry* dalam persekongkolan tender terjadi 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, para peserta tender tak segan-segan melakukan penyimpangan-penyimpangan diantaranya dengan cara melakukan persekongkolan dengan pihak lain yang terlibat dalam proses tender untuk memanipulasi lelang melalui suatu kesepakatan, sehingga diantara para pihak yang melakukan persekongkolan tender tersebut mempunyai kesepakatan yang sama, yaitu untuk memenangkan peserta tender tertentu.<sup>238</sup>

Kesepakatan tersebut dapat berupa kesepakatan tertulis maupun tidak tertulis yang sifatnya membatasi kemampuan peserta/pesaing lain yang sebetulnya mempunyai potensi untuk memenangkan tender. Kesepakatan tersebut dapat terjadi dengan keterlibatan para pihak, tidak hanya keterlibatan kesepakatan horozontal, namaun juga dapat melibatkan semua pihak dalam proses tender. Manipulasi lelang atau kolusi tender merupakan kesepakatan baik horozontal maupun vertikal yang dilakukan oleh para peserta tender, panitia dan atau penyelenggara tender<sup>239</sup>.

Dalam proses tender, para peserta tender mempunyai kesempatan yang sama untuk menjadi pemenang tender. Persekongkolan tender yang dilakukan oleh para

---

<sup>237</sup> L. Budi Kagramanto, "*Larangan Persekongkolan Tender*" Srikandi 2007., hal.203.

<sup>238</sup> *ibid*

<sup>239</sup> KPPU, Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan UU.No.5 Tahun 1999, hal.5.

pihak yang terlibat dalam proses tender akan mengakibatkan peserta tender lainnya menjadi terhalang untuk menjadi pemenang tender, karena sebenarnya pemenang tender telah diatur oleh pihak-pihak tertentu yang melakukan persekongkolan sebelumnya, dan hal tersebut akan merugikan bagi pihak yang tidak ikut dalam persekongkolan yang kemungkinan besar mereka berpotensi menjadi pemenang jika seandainya tidak ada persekongkolan<sup>240</sup>.

Contoh kasus, yaitu *Tender Pekerjaan Subsidi Pengoperasian Kapal Perintis Trayek R-10 Pangkalan Surabaya Tahun Anggaran 2009, yang dilakukan oleh: PT Samudrajaya Niaga Perkasa, PT. Inti Samudera Abdi Nusantara, Panitia Pengadaan Pekerjaan Subsidi Pengoperasian Kapal Perintis Trayek R-10 Pangkalan Surabaya Tahun Anggaran 2009 Departemen Perhubungan Direktorat Perhubungan Laut.*

Kasus bermula ketika PT Samudrajaya Niaga Perkasa memenangkan tender untuk pengoperasian Kapal Perintis R-10 Pangkalan Surabaya sejak tahun 2005. Berdasarkan keterangan PT Samudrajaya Niaga Perkasa dan Panitia Tender, faktor yang menyebabkan PT Samudrajaya Niaga Perkasa selalu menjadi pemenang tender sejak tahun 2005 adalah PT Samudrajaya Niaga Perkasa selalu memenuhi seluruh persyaratan dalam tender. Berdasarkan keterangan PT Samudrajaya Niaga Perkasa, pengoperasian pada tahun 2008 mengalami kerugian sebesar Rp 600.000.000,- (enam ratus juta rupiah) karena terkait dengan kenaikan BBM. Pada tahun 2009 ini kapal harus masuk dok dan memerlukan banyak biaya sehingga PT Samudrajaya Niaga Perkasa berusaha untuk bisa menang tender pada tahun 2010.

Dalam penyelidikan selanjutnya KPPU menemukan fakta bahwa telah terjadi perskongkolan horozontal yang dilakukan oleh PT Samudrajaya Niaga Perkasa dengan PT Inti Samudera Abdi Nusantara, yang terbukti dari persesuaian dokumen penawaran pada rencana anggaran dan biaya pendapatan kapal 1 (satu) tahun operasi dan laporan keuangan perusahaan. Fakta tersebut menunjukkan bahwa dokumen penawaran PT Samudrajaya Niaga Perkasa dengan PT Inti Samudera Abdi Nusantara dipersiapkan oleh pihak yang sama atau disusun secara bersama-sama atau setidaknya

---

<sup>240</sup> L. Budi Kagramanto, *Op.cit.*, hal 204

tidaknya kedua perusahaan tersebut melakukan koordinasi untuk dalam proses penyusunan dokumen penawaran tersebut. Juga ditemukan adanya persekongkolan vertikal yang dilakukan oleh Panitia Tender yang secara tidak langsung telah memfasilitasi PT Samudrajaya Niaga Perkasa menjadi pemenang tender dengan cara tidak membuat pengumuman tender secara jelas, tidak membuat persyaratan tender secara jelas, serta tidak mempersiapkan proses tender secara tepat. Tindakan tersebut, sangat menguntungkan PT Samudrajaya Niaga Perkasa selaku perusahaan *incumbent* yang telah mengerjakan dan memenangkan tender tersebut sejak tahun 2005.

Berdasarkan LHPL dinyatakan, panitia tender secara tidak langsung telah memfasilitasi PT Samudra Niaga Perkasa untuk menjadi pemenang tender dengan cara membuat pengumuman yang tidak jelas tanpa mencantumkan pagu anggaran sehingga menguntungkan perusahaan *incumbent*. KPPU berpendapat bahwa, Secara tegas panitia tender mengakui adanya fakta terkait dengan pengumuman tender a quo yang tidak mencantumkan nilai pagu anggaran sehingga dapat dijadikan sebagai fakta hukum. meskipun panitia tender telah menyampaikan nilai pagu anggaran pada saat aanwijzing namun hal tersebut hanya diketahui oleh peserta yang hadir sehingga masih bersifat terbatas.

Apabila dinilai dari aspek persaingan usaha, tiadanya nilai pekerjaan dalam pengumuman tender memiliki potensi untuk menghambat perusahaan yang berminat karena tidak dapat menetapkan harga penawaran tender tersebut. dengan demikian, Majelis Komisi berpendapat bahwa tindakan Terlapor III yang tidak mencantumkan nilai pagu anggaran dalam pengumuman tender sangat berpotensi menghambat perusahaan yang berminat mengikuti tender tersebut (entry barrier).<sup>241</sup>

### **B. Akibat persekongkolan tender di Jepang**

Persekongkolan tender dalam pasar pengadaan publik membatasi persaingan antara perusahaan penawaran dan sangat berbahaya dengan membuang-buang uang pembayar pajak. Di banyak negara, pengadaan publik secara signifikan meningkat

---

<sup>241</sup> Komisi Pengawas Persaingan Usaha, Perkara Nomor 19/KPPU-L/2009 mengenai Tender Pekerjaan Subsidi Pengoperasian Kapal Perintis Trayek R-10 Pangkalan Surabaya Tahun Anggaran 2009 .

dalam perekonomian nasional. Menurut laporan OECD pada tahun 2007, laporan pengadaan publik sekitar 15% dari PDB di negara-negara OECD dan angka tersebut bahkan lebih tinggi di banyak negara non-OECD.

Di Jepang, tingkat pengadaan publik dalam perekonomian nasional bahkan lebih tinggi. Pada tahun 1990, dilaporkan bahwa investasi konstruksi publik menyumbang lebih dari 18% dari PDB dibandingkan dengan 8% di AS. Juga dilaporkan, rekayasa publik dan belanja konstruksi menyumbang sekitar 40% dari anggaran nasional dibandingkan dengan 8 sampai 10% di AS dan 4 sampai 6% di Inggris dan Perancis.

Persekongkolan tender di Jepang bertentangan dengan sistem penawaran. Jadi supplier dan harga yang diputuskan harus melalui persaingan yang adil dan bebas di antara peserta tender. Sebagaimana telah di jelaskan dalam bab sebelumnya bahwa Persekongkolan tender di Jepang adalah bentuk klasik dari kartel dan salah satu pelanggaran yang paling berbahaya dalam Undang-Undang Antimonopoli ("AMA")<sup>242</sup>.

Persekongkolan dalam tender merasuk kedalam lelang pengadaan publik. Karena menjadi masalah sosial yang besar dan menarik lebih banyak perhatian publik, cara kerja dalam lingkaran penawaran secara bertahap diungkapkan oleh wartawan, pengacara dan pakar industri yang beberapa di antaranya secara resmi terlibat dalam kegiatan itu sendiri.<sup>243</sup> Dalam prosesnya yang khas, kelompok penawar ini berkumpul sebelum lelang dan masing-masing mendiskusikan siapa yang akan memenangkan lelang. Menurut Suzuki (2004) yang mendokumentasikan semua kasus bid rigging antara tahun 1947 sampai tahun 2000, biasanya kelompok tersebut memiliki "skema kolusi" sendiri, di mana peraturan kelompok tersebut memilih pemenang.

Persekongkolan tender tidak hanya menembus perdagangan di tingkat nasional, tetapi juga di tingkat regional dan juga internasional. Karena sebagian besar

---

<sup>242</sup> The data source is, unless extra footnotes are provided, "For the Prevention of Bid-rigging" issued by the JFTC Secretariat (September 2007) p.66.

<sup>243</sup> Hironaka (1994), Kato (2005). McMillan (1991) also documents the formation and the operation of Japanese bid rigging.

kontrak terbuka untuk penawaran yang melibatkan pemerintah, dan merekalah yang paling sering menjadi sasaran persekongkolan tender. Bahkan, persekongkolan tender adalah bentuk penipuan dan hampir selalu mengakibatkan kerugian ekonomi kepada instansi yang mencari tawaran, dan untuk masyarakat, yang akhirnya menanggung biaya sebagai pembayar pajak atau sebagai konsumen.

Jika pelaku bisnis telah berpartisipasi dalam tender, JFTC akan memerintahkan mereka untuk menghilangkan persekongkolan dan membayar biaya tambahan yang dihitung berdasarkan formula tetap. Selain itu, hukuman pidana dapat dikenakan pada individu dan pelaku usaha yang telah terlibat dalam tender berdasarkan AMA. Para korban (lembaga pengadaan atau masyarakat yang bersangkutan) juga dapat menuntut kompensasi dari pelaku bisnis yang telah mengambil bagian dalam tender<sup>244</sup>.

### **1. Terhadap Negara**

Persekongkolan tender adalah masalah yang membawa malapetaka bagi pengadaan barang dan jasa pemerintah di seluruh dunia dan pembayar pajak harus membayar biaya miliaran dolar. Jadi melawan bid rigging adalah sangat penting untuk pengembangan ekonomi. Diperkirakan bahwa persekongkolan tender dapat meningkatkan biaya barang dan jasa hingga 20% atau lebih. Korban persekongkolan tender adalah konsumen dan dalam pengadaan publik pelanggannya adalah instansi pemerintah, secara keseluruhan persekongkolan dalam tender merugikan perekonomian secara luas. Dampaknya sangat serius ketika itu melibatkan penyediaan barang dan jasa yang mempengaruhi kehidupan dan kesejahteraan masyarakat.

Di Jepang sendiri persekongkolan penawaran tender dan kartel dianggap merupakan tindakan yang secara serius memberikan pengaruh negatif bagi ekonomi nasional<sup>245</sup>. *Bid rigging* dalam industri konstruksi merupakan salah satu akar

---

<sup>244</sup> Ibid

<sup>245</sup> Kazuhiko Takeshima (Chairman Fair Trade Commission of Japan), *The Lesson from Experience of antimonopoly Act in Japan and the Future of Competition Laws and Policies in East*



penyebab korupsi di kalangan para pengguna anggaran dan pengusaha jasa konstruksi sehingga menyebabkan kerugian negara yang sangat besar, masyarakat pembayar pajak pun harus membayar beban biaya konstruksi yang tinggi<sup>246</sup>. *Japan Fair Trade Commission* (FTC) memperkirakan bahwa persekongkolan tender mendorong kenaikan harga kontrak sebesar 20 sampai 30 persen (Shoga, 2006). Sebagai kenaikan harga hasil dari *bid rigging*.

*Ombudsman Japan Citizen Association*, sebuah badan pengawas korupsi, memperkirakan pemerintah daerah harus membayar lebih sampai dengan ¥ 1.160.000.000.000 dalam anggaran pekerjaan umum tahun anggaran 2005 yang disebabkan oleh persekongkolan tender. Menurut badan pengawas ini, salah satu indikasinya adalah pemenang tender sangat dekat dengan rahasia harga tertinggi yang ditetapkan oleh pemerintah untuk nilai kontrak publik. Jika pemenang tender mendapat harga sebesar 95 persen atau lebih dari harga maksimum rahasia, "ada kemungkinan kuat" itu dimanipulasi.

Kolusi untuk tujuan *bid rigging* seringkali menghambat pembangunan ekonomi secara keseluruhan.

## 2. Terhadap Persaingan

Hambatan terhadap persaingan usaha tidak sehat dilarang dalam Pasal 3. Persaingan usaha tidak sehat didefinisikan kegiatan usaha yang dilakukan melalui kerjasama yang saling menguntungkan antara perusahaan dan hambatan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu yang bertentangan dengan kepentingan umum. Sebagaimana Indonesia dan negara-negara lainnya, bahwa salah satu hambatan utama dalam persekongkolan tender adalah hambatan masuk bagi pengusaha lain dalam mengikuti proses tender.

Proses tender adalah salah satu kegiatan dimana pemerintah atau perusahaan mencari dan menerima penawaran dari berbagai perusahaan untuk proyek tertentu

---

Asia, disajikan dalam *The 2nd East Asia Conference on Competition Law and Policies (Toward Effective Implementation of Competition Policies in East Asia)*, Bogor, 3-4 Mei 2005.

<sup>246</sup> Naoka Okatani, "Regulation on Bid Rigging in Japan, The United States and Europe", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, March, 1995, hal.251.

(seperti pekerjaan konstruksi) untuk dikontrakkan. Pemberian kontrak didasarkan pada pertimbangan kualitas dan harga.

Proses tender hanya bisa bekerja ketika pesaing membuat penawaran mereka secara jujur dan independen. Namun, sistem kompetitif dalam proses penawaran dapat dibuat khusus untuk melakukan anti-persaingan. Praktek anti persaingan yang paling umum dalam penawaran adalah persekongkolan tender yang pada dasarnya mengacu pada situasi di mana peserta tender untuk kontrak atau tender tertentu berkolusi untuk sebelumnya-mengatur hasil dari penawaran atau lebih khusus untuk sebelumnya-menentukan pemenang tender.

Persetujuan diam-diam ini kemudian akan membawa penawar yang kalah akan dicalonkan oleh pemenang tender untuk memenangkan kontrak-kontrak lain atau akan diberi imbalan dengan cara lain. Persaingan dengan demikian seluruhnya dieliminasi atau setidaknya sangat dibatasi tergantung pada jenis persekongkolan tender yang telah berlangsung. Hasilnya adalah bahwa harga kontrak biasanya lebih tinggi dari tingkat harga kompetitif yang benar. Selanjutnya, *bid rigging* menghambat penawar yang memenuhi syarat untuk bersaing dan menghentikan mereka dari penawaran tersebut, yang dapat menyebabkan pengurangan standar kualitas.

Kebanyakan kasus yang berkaitan dengan Pasal 3 AMA adalah kasus perjanjian horizontal di antara pesaing.<sup>247</sup> Sementara kasus yang disebut perjanjian vertikal antara perusahaan pada berbagai tahap transaksi sangat sedikit, dan dalam kasus tertentu yang melibatkan perjanjian vertikal antara para pemasok dan pembeli hampir tidak ada.

Untuk lebih jelasnya, kasus berikut menggambarkan bagaimana para pelaku usaha yang terlibat dalam persekongkolan mencoba menyingkirkan pesaing lain yang berusaha masuk dalam proses tender.

Ini adalah kasus pada lelang pekerjaan untuk road-paving di Ibaraki City, Osaka, Jepang untuk empat tahun selama periode antara 2002 dan 2005.

Diduga bahwa perang penawaran berada diantara komplotan dan sejumlah kecil pendatang baru dalam pasar, dan bahwa semua komplotan peserta tender

---

<sup>247</sup>Shingo Seryo, *Op.cit*, hal 11.

mengajukan tawaran yang rendah dalam rangka untuk mencegah orang luar dari kemenangan. Kota Ibaraki memberi 139 kontrak melalui lelang (kontrak 30-40 setiap tahun). Biasanya, pekerjaan yang dikontrak melibatkan pelapisan jalan setempat untuk ratusan meter. Harga pemenang bervariasi 1-40 juta yen, dengan rata-rata sekitar ¥ 7.000.000. Setiap tahunnya sebesar 2-3 ¥ 100.000.000 yang dikontrak keluar.

Tiga belas perusahaan berpartisipasi dalam lelang dalam periode data dengan satu perusahaan yang keluar lebih awal. Kebanyakan perusahaan paving bekerja sebagai bisnis utama mereka. Sembilan perusahaan-perusahaan lokal dalam arti bahwa markas mereka berada di Ibaraki City, dan sisanya yang kita sebut "out-of-town" hanya memiliki perusahaan cabang di kota tersebut.

#### *Prosedur lelang.*

Lelang tersebut dalam format harga tender pertama disegel dengan harga maksimum yang dapat diterima (cadangan) dan harga minimum yang dapat diterima (selanjutnya harga minimum). Harga minimum ditetapkan untuk tujuan mencegah perusahaan dari perbuatan melakukan pekerjaan yang berkualitas rendah. Seorang penawar dengan tawaran terendah memenangkan kontrak jika dan hanya jika tawarannya adalah antara harga minimum dan harga cadangan. Lelang berlangsung sebagai berikut: Sebelumnya setiap lelang, para pejabat kota memperkirakan berapa banyak biaya rata-rata perusahaan untuk menyelesaikan pekerjaan, dengan mempertimbangkan laporan harga bahan dan anggaran dari kota tersebut. Perkiraan harga ditambah beberapa margin keuntungan kemudian digunakan sebagai harga cadangan dalam lelang. Harga minimum ditetapkan sekitar 80% dari harga cadangan. Kota tersebut mengumumkan harga cadangan dan harga minimal satu minggu sebelum lelang.

Sebenarnya peserta lelang dipilih oleh kota tersebut. Sejumlah perusahaan terbatas dicalonkan dari daftar calon satu minggu sebelum setiap pelelangan. Dokumen teknis, yang diperlukan untuk memperkirakan biaya, didistribusikan kepada peserta lelang yang memenuhi syarat di kantor kota pada tanggal diumumkan dan waktu sebelum lelang. Ini memberikan peserta lelang kesempatan untuk melihat

satu sama lain terlebih dahulu dan untuk mengetahui apakah ada orang luar atau tidak. Pada tanggal lelang, peserta lelang mengumpulkan dan mengajukan tawaran yang disegel. Jika ada lebih dari dua peserta tender yang mengajukan tawaran terendah, maka pemenang ditentukan dengan lotre publik.

Ketika penawar memenangkan lelang, ia akan mendapatkan keuntungan sama dengan pemenang harga dikurangi biaya melakukan pekerjaan. Biaya setiap kontrak adalah informasi pribadi setiap peserta tender, dan karenanya dalam setiap pelelangan, nilai lelang bersifat pribadi. Namun, sebagian besar biaya penawar dapat disimpulkan oleh penawar lainnya, karena mereka beroperasi dalam pasar untuk beberapa dekade dan pekerjaan dilakukan sesuai dengan spesifikasi yang rinci yang diberikan oleh pejabat kota.

Hasil pengamatan dalam bagian ini menunjukkan bahwa sebagian besar penawar tender pada harga minimum pada lelang mereka menghasilkan perang penawaran, dan bahwa seperti perang penawaran dipicu oleh kehadiran perusahaan-perusahaan tertentu di antara para peserta. Sangat mungkin bahwa komplotan penawar memiliki perjanjian untuk menawar harga minimum ketika mereka menghadapi orang luar dalam pelelangan. Seperti disebutkan sebelumnya, penawar bertemu satu sama lain sebelum lelang. Setelah keberadaan pihak luar dikonfirmasi, semua komplotan penawar harus diinstruksikan untuk tender pada harga minimum dalam lelang.<sup>248</sup>

Sebagian besar penawar tender pada harga minimum pada lelang mereka menghasilkan perang penawaran, dan bahwa seperti perang penawaran dipicu oleh kehadiran perusahaan-perusahaan tertentu di antara para peserta. Sangat mungkin bahwa komplotan penawar memiliki perjanjian untuk menawar harga minimum ketika mereka menghadapi orang luar dalam pelelangan. Seperti disebutkan sebelumnya, penawar bertemu satu sama lain sebelum lelang. Setelah keberadaan pihak luar dikonfirmasi, semua komplotan penawar harus diinstruksikan untuk tender

---

<sup>248</sup>Bajari and Ye (2003) models a cartel behavior when it faces outsiders in auctions. In their model, the member with the minimum cost in the cartel submits a serious bid, and the other member submit phony high bids. In contrast to the model, all the ring members seem to be supposed to submit the lowest possible bid when they face an outsider in the market we analyze.

pada harga minimum dalam lelang.<sup>249</sup> Lelang ini berlangsung selama 3 bulan dari Mei 2002 sampai Juli 2002. Tidak ada perang penawaran yang telah diamati dengan tidak adanya 13 perusahaan pada periode ini. Hal ini dapat disimpulkan bahwa 13 perusahaan adalah orang luar. 13 perusahaan menghilang setelah 11 peserta lelang keluar dari pasar, mungkin karena perang penawaran.

Ditemukan bahwa perang penawaran berlangsung setiap kali 13 perusahaan hadir dalam serangkaian lelang selama 5 bulan di mana 8 perusahaan hadir. Hal ini menunjukkan adanya kesepakatan dalam komplotan tersebut untuk menawar harga minimum ketika salah satu dari dua perusahaan berpartisipasi. Selanjutnya disimpulkan bahwa komplotan tersebut pasti semuanya telah bersekongkol setelah 13 perusahaan keluar.

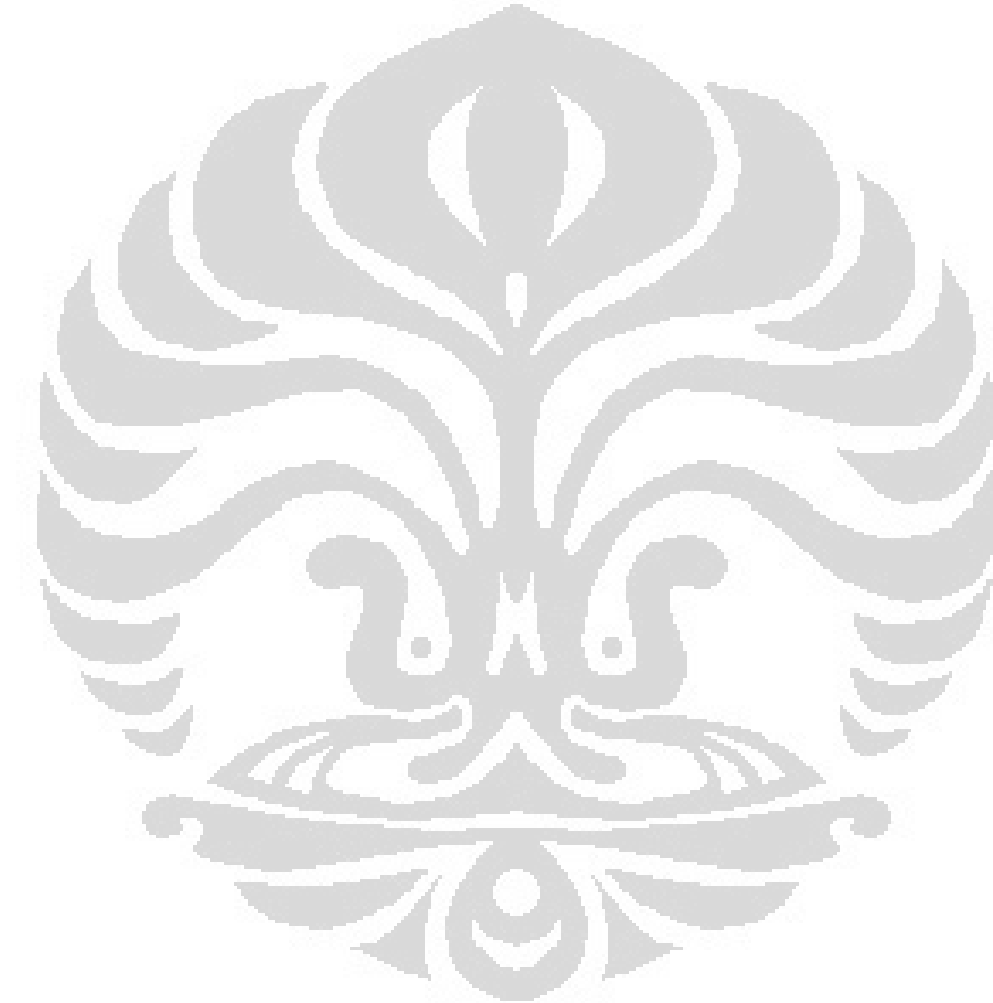
Keluarnya 13 perusahaan menunjukkan bahwa perang penawaran bekerja sebagai seorang predator. Sangat mungkin bahwa memenangkan kontrak dengan harga minimum adalah tidak menguntungkan bagi sebagian besar perusahaan, karena rasio laba-untuk-penjualan rata-rata 0,27%. Ketika jumlah anggota dalam komplotan tersebut relatif besar untuk orang luar, kerugian tidak begitu berat bagi para anggota dalam komplotan tersebut karena mereka bisa bergantian menanggung kerugian dan memulihkannya dengan mendapatkan keuntungan dari kolusi dengan tidak adanya orang luar/pendatang baru. Cepat atau lambat, orang luar harus menyerah dan meninggalkan pasar atau bergabung dengan komplotan tersebut, dan ini memungkinkan komplotan tersebut menjadikan semuanya bersekongkol dan menutup kerugian.

Singkatnya bahwa akibat persekongkolan tender sangat berbahaya bagi perekonomian secara keseluruhan serta menghambat proses persaingan yang sehat, karena didalamnya terdapat unsur korupsi dan manipulasi dalam kegiatan pembangunan. Dilihat dari sisi konsumen atau pemberi kerja, persekongkolan dalam tender dapat merugikan konsumen dalam bentuk antara lain: Terjadi hambatan pasar

---

<sup>249</sup>Bajari and Ye (2003) models a cartel behavior when it faces outsiders in auctions. In their model, the member with the minimum cost in the cartel submits a serious bid, and the other member submit phony high bids. In contrast to the model, all the ring members seem to be supposed to submit the lowest possible bid when they face an outsider in the market we analyze.

bagi peserta potensial yang tidak memperoleh kesempatan untuk mengikuti dan memenangkan tender, Nilai proyek (untuk tender pengadaan jasa) menjadi lebih tinggi akibat *mark-up* yang dilakukan oleh pihak-pihak yang bersekongkol. Apabila hal tersebut dilakukan dalam proyek pemerintah yang pembiayaannya melalui anggaran pendapatan dan belanja negara, maka persekongkolan tersebut berpotensi menimbulkan biaya ekonomi yang tinggi.<sup>250</sup>



---

<sup>250</sup> Soy Martua Pardede, “*Persaingan Sehat dan Akselerasi Pembangunan Ekonomi*”, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta 2010., hal.188.

## **BAB V**

### **KESIMPULAN DAN SARAN**

#### **A. KESIMPULAN**

1. Pengaturan mengenai larangan persekongkolan tender dalam hukum persaingan usaha di Indonesia diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pasal 22 mengatakan bahwa “pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.” Dalam pengaturan tersebut terkandung unsur-unsur persekongkolan tender yang konotasinya negatif, yakni berupa: pelaku usaha, unsur bersekongkol, unsur pihak lain dan unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender. Disamping ketentuan yang ada dalam Undang-Undang nomor 5 tahun 1999, pengaturan mengenai tender/pengadaan barang dan atau jasa oleh pemerintah juga diatur dalam Peraturan Presiden nomor 54 tahun 2010 tentang pengadaan barang dan/atau jasa. Perpres ini mengatakan bahwa pengadaan barang dan atau jasa yang pembiayaannya sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD harus dilakukan secara efisien, efektif, terbuka dan bersaing, transparan, adil/tidak diskriminatif, dan akuntabel. Perpres ini juga mengatur mengenai metode dalam Pemilihan Penyedia Barang /Jasa Lainnya.

Sedangkan di Jepang pengaturan mengenai larangan persekongkolan tender di atur dalam Pasal 2 (6) *Shiteki Dokusen No Kinshi Oyobi Kosei Torihiki Ni Kansuru Horitsu* atau *the Anti-Monopoly Act* (AMA). Pasal ini melarang pelaku usaha melakukan kegiatan usaha yang dilakukan melalui kerjasama yang saling menguntungkan antara perusahaan dan larangan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu yang bertentangan dengan kepentingan umum (kartel)." Larangan ini diatur berdasarkan peraturan dalam Pasal 3 AMA yang melarang pengekangan persaingan usaha tidak sehat. Dalam pengaturan pasal ini terdapat unsur-unsur persekongkolan tender yakni, pelaku usaha,

*concerted action*, hambatan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu dan kepentingan umum.

Begitu berbahayanya persekongkolan tender di Jepang sehingga JFTC menerbitkan beberapa Pedoman dibawah kontrol Undang-Undang Antimonopoly. Selain itu untuk mengatur prosedur tender dalam pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah, Jepang secara khusus mengaturnya dalam *kaikei Ho* atau *Accout Act (AA)*. Berdasarkan Undang-Undang ini, pengadaan barang dan jasa pemerintah harus didasarkan pada, *open competitive tendering system*, *Designated competitive tendering*, dan *non-competitive tendering (single tendering system)*.

2. Dalam membuktikan adanya Persekongkolan Tender, KPPU dan JFTC menggunakan acuan pasal-pasal tersebut di atas.

Pendekatan yang digunakan KPPU dalam membuktikan adanya persekongkolan tender, dilakukan dengan menggunakan pendekatan “*rule of reason*” karena selain terdapat kata “dilarang”, juga disertai anak kalimat “yang dapat mengakibatkan”. Dalam Pasal 35 Undang-Undang No.5 Tahun 1999, KPPU diberikan wewenang untuk menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, KPPU memiliki wewenang untuk menggunakan secara alternatif salah satu dari kedua pendekatan yang berbeda secara ekstrim tersebut. KPPU dalam memutuskan perkara persekongkolan tender, menggunakan dasar hukum Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999. Pasal 22 mengandung lima unsur persekongkolan tender, yaitu pelaku usaha, unsur bersekongkol, unsur pihak lain, unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender, dan unsur mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Sedangkan JFTC dalam memutuskan perkara persekongkolan tender menggunakan dasar hukum Pasal 2 (6). Terdapat empat unsur dari pasal ini,



antara lain: pelaku usaha, *concerted action*, hambatan secara substansial persaingan dalam bidang usaha tertentu dan kepentingan umum.

### 3. Akibat hukum Persekongkolan Tender terhadap pasar

Akibat persekongkolan tender terhadap pasar adalah: Terjadi hambatan pasar bagi peserta potensial yang tidak memperoleh kesempatan untuk mengikuti dan memenangkan tender. Nilai proyek (untuk tender pengadaan jasa) menjadi lebih tinggi akibat *mark-up* yang dilakukan oleh pihak-pihak yang bersekongkol. Apabila hal tersebut dilakukan dalam proyek pemerintah yang pembiayaannya melalui anggaran pendapatan dan belanja negara, maka persekongkolan tersebut berpotensi menimbulkan biaya ekonomi yang tinggi.

## B. SARAN

1. KPPU dalam membuktikan adanya persekongkolan tender seharusnya menggunakan *per se illegal* untuk mencapai tujuan Undang-Undang Antimonopoly dan menciptakan kepastian hukum. Sebab kebanyakan kasus yang ditangani KPPU, meskipun ditemukan adanya pelanggaran hukum, akan tetapi jika tidak menemukan adanya unsur bersekongkol, maka pelaku tidak dapat dinyatakan bersalah.
2. Pembuktian dalam persekongkolan tender sangat sulit dibuktikan apalagi berkaitan dengan adanya perjanjian diam-diam/terselebung antar peserta yang bersekongkol. Karena itu di sarankan kepada KPPU untuk menerapkan Leniency Program sebagaimana telah dilakukan oleh Jepang, yang memang terbukti ampuh dalam membuktikan adanya persekongkolan tender.
3. Pelaksanaan tender sebaiknya dilaksanakan secara lebih transparan dengan *E-Procurement* atau pengadaan secara elektronik.

## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku

- Abrar Saleng, *Hukum Pertambangan*, Yogyakarta: UII Press, 2004.
- Adrian Sutedi, *Hukum Pertambangan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.
- Arief Budi Purwanto, *Menuju Pertambangan yang Berkelanjutan di Era Desentralisasi*, Bandung: Penerbit ITB.
- B. Arif Sidharta, "Apakah Teori Hukum Itu ?" Dalam *Seri Dasar-dasar Ilmu Hukum 3*, Penerbitan Tidak Berkala No. 3, Bandung: Laboratorium Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2001.
- Bambang Yunianto, Rohcman Saefudin dan Ijang Suherman, *Kebijakan sektor Energi dan Sumber Daya Mineral dan Implikasinya Terhadap Pertambangan emas, dalam Penambangandan Pengolahan Emas di Indonesia*, Bandung: Puslitbang Teknologi Mineral dan Batu Bara, 2004.
- Departemen Pertambangan dan Energi, *50 Tahun Pertambangan dan energi dalam Pembangunan*, Jakarta: 1995.
- Erman Rajagukguk, dkk, *Hukum Investasi*, Jakarta: UI Press, 1995.
- H. Salim HS., *Hukum Pertambangan di Indonesia*, Revisi III, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Cetakan Ketujuh, 2010 .
- Lawrence Friedmann, *American Law*, New York City: W.W. Norton & Company, 1984.
- Maria S.W.Sumardjono, Nurhasan Ismail, Ernani Rustiadi, Abdullah Aman Damai, *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia, Antara yang Tersurat dan Tersirat, Kajian Kritis Undang-Undang Terkait Penataan Ruang dan Sumber Daya Alam*, Jakarta: Gajah Mada University Press, 2011.
- Nandang Sudrajat, *Teori dan Praktik Pertambangan Indoneisa Menurut Hukum*, Jakarta: Pustaka Yustisia, 2010.
- Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Bandung: Refika Aditama, 2007.

Sajuti Thalib, *Hukum Pertambangan Indonesia*, Bandung: Akademi Geologi dan Pertambangan, 1977.

Satjipto Rahardjo, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Lintas Disiplin*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.

Soeryono, Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet.3, Jakarta: UI-Press, 1986.

\_\_\_\_\_, dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Soetaryo Sigit, *Potensi Sumber Daya Mineral dan Kebangkitan Pertambang Indonesia*, Bandung: Institut Teknologi Bandung, 1996.

\_\_\_\_\_, dan S. Yudinarpodo, *Legal Aspects of The Mineral Industry in Indonesia*, Jakarta: Indonesian Mining Association, 1993.

Sri Woelan Aziz, *Aspek-aspek hukum ekonomi pembangunan di Indonesia*, Surabaya: Citra Media Tahun terbit, 1996.

Suparji, *Penanaman Modal Asing di Indonesia: Insentif v. Pembatasan*, (Jakarta: Penerbit Universitas Al-Azhar Indonesia, 2008.

Survey of Indonesia Economic Law, *Mining Law*, Bandung: Padjajaran University Law School, 1974.

Ter Braake, A.L, *Mining in the Netherlands East Indies*, New York: Nethel and Indies Council of the Inst of Pacific Relations, 1944.

## **B. Jurnal Ilmiah, Artikel dan Surat Kabar**

Abrar Saleng, *Risiko-Risiko dalam Eksplorasi dan Eksploitasi Pertambangan Serta Perlindungan Hukum Terhadap Para Pihak dari Perspektif Hukum Pertambangan*, Jurnal Hukum Bisnis Volume 26 No.2 Tahun 2007.

PT. Aneka Tambang, *Prospektus Perusahaan Perseroan (Persero)*, Jakarta: 1997.

Kompas , *KPK Temukan ribuan Tambang Bermasalah* (2011, November 15).

## **C. Peraturan Perundang-Undangan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang No.11 Tahun 1967 tentang Ketentuan–Ketentuan Pokok Pertambangan.

Undang-Undang No.4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Peraturan Pemerintah tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1969 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan.

Peraturan Pemerintah No.22 Tahun 2010 tentang Wilayah Pertambangan.

Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

Peraturan Nomor 75 Tahun 2001, Keputusan Menteri Pertambangan dan Energi Nomor 1409.K/201/M.PE/1996 tentang Tata Cara Pengajuan Pemrosesan Pemberian Kuasa Pertambangan, Izin Prinsip, Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara.

Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral No. 28 Tahun 2009 Tentang Penyelenggaraan Usaha Jasa Pertambangan Mineral Dan Batubara.

#### **D. Internet**

Kebutuhan Batubara 2012 Capai 82 Juta Ton, [http://www.tenderindonesia.com/tender\\_home/innerNews2.php?id=11290&cat=CT0004](http://www.tenderindonesia.com/tender_home/innerNews2.php?id=11290&cat=CT0004), diunduh Selasa 23 Agustus 2011.

Top Coal Exporters, <http://www.worldcoal.org/resources/coal-statistics/>, diunduh Selasa 23 Agustus 2011.

Penambangan Perlu Diaudit, <http://www.bkprn.org/depan.php?cat=16&&id=223>, diunduh Selasa 29 November 2011.

Baru 33% Perusahaan Tambang Yang Mematuhi UU Minerba, [http://www.majalahtambang.com/detail\\_berita.php?category=18&newsnr=3140](http://www.majalahtambang.com/detail_berita.php?category=18&newsnr=3140), diunduh Selasa, 29 November 2011.