



UNIVERSITAS INDONESIA

**KAJIAN YURIDIS MENGENAI PENERAPAN METODE
YARDSTICK SEBAGAI *INDIRECT EVIDENCE* DALAM
PEMBUKTIAN PERSAINGAN TIDAK SEHAT DALAM
KASUS PERSEKONGKOLAN TENDER (PUTUSAN KPPU NO.
04/KPPU-I/2007 DAN PUTUSAN KPPU NO. 07/KPPU-L/2004)**

SKRIPSI

IRVIN SIANKA THEDEAN

0906519791

**FAKULTAS HUKUM PROGRAM
STUDI ILMU HUKUM DEPOK
JULI 2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**KAJIAN YURIDIS MENGENAI PENERAPAN METODE
YARDSTICK SEBAGAI *INDIRECT EVIDENCE* DALAM
PEMBUKTIAN PERSAINGAN TIDAK SEHAT DALAM
KASUS PERSEKONGKOLAN TENDER (PUTUSAN KPPU NO.
04/KPPU-I/2007 DAN PUTUSAN KPPU NO. 07/KPPU-L/2004)**

SKRIPSI

**Diajukan sebagai salah satu syarat mencapai gelar sarjana pada Fakultas
Hukum Universitas Indonesia**

IRVIN SIANKA THEDEAN

0906519791

**FAKULTAS HUKUM PROGRAM
STUDI ILMU HUKUM
HUKUM TENTANG KEGIATAN EKONOMI
DEPOK
JULI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Irvin Sianka Thedean

NPM : 0906519791

Tanda tangan : 

Tanggal : 6 Juli 2012

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Irvin Sianka Thedean
NPM : 0906519791
Program Studi : Hukum Ekonomi
Judul Skripsi : Kajian Yuridis Mengenai Penerapan Metode
Yardstick sebagai *Indirect Evidence* dalam
Pembuktian Persaingan Tidak Sehat dalam Kasus
Persekongkolan Tender (Putusan KPPU No
04/KPPU-I/2007 dan Putusan KPPU No 07/KPPU-
L/2004)

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Ditha Wiradiputra, S.H., M.E.

(.....)

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

(.....)

Penguji : Teddy Anggoro, S.H., M.H.

(.....)

Penguji : Bono Budi Priambodo, S.H., M.Sc.

(.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 6 Juli 2012

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat rahmat dan karuniaNya maka saya dapat menyelesaikan skripsi ini. Karya tulis berupa skripsi ini merupakan salah satu komponen penilaian mata kuliah wajib, sekaligus sebagai syarat untuk memperoleh gelar sarjana hukum. Adapun judul yang diangkat oleh Penulis adalah “Kajian Yuridis Mengenai Penerapan Metode Yardstick sebagai *Indirect Evidence* dalam Pembuktian Persaingan Tidak Sehat dalam Kasus Persekongkolan Tender (Putusan KPPU No 04/KPPU-I/2007 dan Putusan KPPU No 07/KPPU-L/2004)”

Pada kesempatan ini, Penulis ingin menyampaikan ucapan terima kasih kepada pihak-pihak yang telah membantu dan memberikan dorongan sehingga Penulis dapat menyusun dan menyelesaikan skripsi ini. Penghargaan terima kasih Penulis tujukan kepada:

1. Prof. Dr. Der Soz. Gumilar R. Somantri, selaku Rektor Universitas Indonesia.
2. Bu Dr. Siti Hayati Hoesein, S.H., M.H., C.N., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang telah memberi kesempatan kepada Penulis dalam menyelesaikan skripsi ini.
3. Bu Surini Mangundihardjo, S.H., M.H., selaku Ketua Jurusan Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
4. Bang Ditha Wiradiputra S.H., M.E., selaku pembimbing yang telah bersedia meluangkan banyak waktunya, atas segala masukan, saran, arahan, serta dukungan kepada Penulis untuk menyelesaikan skripsi ini. Terima kasih banyak Bang Ditha, atas kesabarannya, selalu bersedia ditelepon, di-sms, dan ditemui.
5. Penasihat akademis penulis, Bu Meliyana Yustikarini, S.H., M.H. Terima kasih banyak Bu Meli atas saran-sarannya sehingga Penulis dapat menyelesaikan skripsi ini. Dan juga tidak lupa saya berterima kasih karena ibu telah bersedia meluangkan waktu ibu untuk datang ke kampus demi memberikan tanda tangan untuk kartu ujian UAS.

6. Kepada Para Dewan Penguji Skripsi Bang Kurnia Toha, S.H., LL.M., Ph.D., Bang Teddy Anggoro, S.H., M.H., dan Bang Bono Budi Priambodo, S.H., M.Sc. Terima kasih atas waktu dan kesediaannya menguji, dan atas saran dan masukan yang diberikan bagi penulisan skripsi ini.
7. Semua dosen pengajar yang telah mengisi perkuliahan sehingga penulis dapat menerapkan segala ilmu yang diterimanya dari awal masuk hingga kuliah terakhirnya di FHUI.
8. Kedua orang tua yang telah begitu berjasa mendukung saya, Hendra Gunawan Thedean dan Lina Ng, termasuk adik perempuan Yaindriani Siankawati Thedean yang selalu memberi dukungan dan inspirasi. Terima kasih untuk semua dukungannya baik moral dan materiil, juga untuk perhatian serta kesabaran kalian.
9. Stephanie Ciputra yang selalu menjadi pasangan yang baik dan setia dan mendukungku sehingga skripsi ini dapat terselesaikan dengan baik dan tepat waktu. Dan juga tidak lupa dorongan dan semangat moral darimu di kala Penulis sedang setres memikirkan skripsi yang menemui kebuntuan. *You are really my beloved !* Dan juga untuk Pak Budiarsa Sastrawinata (Papa Stephanie) dan Bu Rina Ciputra (Mama Stephanie) yang sudah bersedia meluangkan waktu membantu saya mencari data-data berkaitan dengan skripsi, terima kasih Om dan Tante !
10. Kepada Cicilia Julyani Tondy S.H., S.E., M.H., selaku senior yang selalu memberikan motivasi positif di kala Penulis galau dalam mencari pokok permasalahan skripsi. Terima kasih ya ci juga untuk saran-saran ke depannya. *You are the real lawyer!* Semoga *thesis* M.Kn. cici cepat terselesaikan dalam waktu dekat.
11. Cindy Nova S.H. dan Aldilla Stephanie S.H., selaku senior yang tidak pernah bosan Penulis tanya-tanyai baik mengenai skripsi maupun pelajaran. Tanpa masukan dari kalian mungkin skripsi ini akan kandas di tengah lautan. Cindy good luck ya HHP-nya dan Dilla Good Luck notariatnya!

12. Robin Setiawan, selaku junior yang eksis dan baik, *thank you ya bro* atas dukungannya sehingga Penulis dapat menyelesaikan skripsi ini!
13. Teman-teman kosan Marcel khususnya Ayu, Eka, Benedict, Rizal, terima kasih atas dukungan kalian! Semoga nanti kalau gw udah lulus, masih bisa sering mampir ke kosan ya melihat kalian *matil* trus sama-sama *ngemil* di gertub tengah malam, *so nice* !
14. Kepada teman-teman 2009, Karriza Rakmavika, Krizna, Dika, Nissa, Niza, Anna, Anggi, Vincent, Vicky Vendy, Ryan, Hardi, Youshi, Loura, Amel, yang tidak bisa disebutkan satu persatu karena banyak sekali, terima kasih atas dukungan dan semangat yang kalian berikan! Setiap anak 2009 yang bertemu Penulis, pasti selalu bertanya *gimana skripsinya? That's motivation for me to finish this skripsi* !
15. Kepada teman-teman KMBUI 2009 yang selalu memberikan dukungan dan semangat untuk Penulis sehingga Penulis semakin terpacu untuk menyelesaikan skripsi ini dan lulus 3 (tiga) tahun. Terima kasih sobat-sobat tercinta!
16. Kepada teman-teman FHUI 2008 yang tidak bisa disebutkan satu persatu namanya. Dadang, Hanivan, Dandy, Mbak Jessi, Mbak Ina, Bang Ihsan Baga yang saling memberikan semangat sehingga skripsi ini dapat terselesaikan.
17. Kepada Ko Luigino Randa, yang sudah selalu memberikan semangat, masukan, bantuan-bantuan dalam penulisan skripsi ini. Terima kasih banyak yah ko Gino, semoga gw bisa seperti koko *as a smart lawyer* !
18. Terima kasih yang sebesar-besarnya kepada pengurus Birpen. FHUI Pak Selam, Pak Slamet, Pak Indra, karena telah membantu memberikan informasi-informasi yang dibutuhkan Penulis dari awal kuliah sampai masa-masa penulisan skripsi ini.
19. Kepada bapak-bapak Lab.Kom. FHUI Pak Catur, Pak Achmadi, Pak Sarju, dan Pak Rosadi. Terima kasih banyak karena telah menerima Penulis dengan ramah dari siang sampai malam ketika mencari data-data skripsinya.

20. Kepada bapak-bapak dan ibu-ibu penjaga Perpustakaan Pusat Universitas Indonesia. Terima kasih atas bantuan bapak/ibu sehingga Penulis mendapatkan literatur-literatur yang diperlukan untuk penyusunan tugas akhir skripsi ini.
21. Kepada teman-teman kursus mandarin Hai Xing. Terima kasih Verdiyanto Sugondo dan Vicky Vandy atas *support*-nya sehingga Penulis dapat menyelesaikan skripsi ini tepat waktu.
22. Kepada teman-teman X4 SMAK 1 BPK PENABUR JAKARTA, Sherlin Tan, Nadia Kusumah, Yansen Salim, Diana Wirawan, Marsha, Jeffrey, Natasha, yang selalu mengajak Penulis kumpul-kumpul dan jalan-jalan sehingga Penulis tidak jenuh dalam penulisan skripsi. Semoga kalian cepat lulus dan kita bisa reuni bareng lagi !
23. Kepada Ivan Junaidi, selaku sobat setia yang selalu memberikan inspirasi mobil-mobil supercar terbaru. Walaupun sepiintas tidak ada kaitannya dengan skripsi ini, tapi mobil-mobil *supercar* juga menjadi motivasi bagi Penulis untuk menyelesaikan skripsi ini dan lulus sehingga kemudian dapat bekerja dan dapat membeli satu *supercar*. *Bro*, buruan lulus juga ya di HKUST!

Penulis menyadari bahwa penulisan skripsi ini masih banyak terdapat kekurangan, kelemahan, dan jauh dari kesempurnaan. Penulis juga memohon maaf apabila terjadi kesalahan dalam penulisan skripsi sesuai kata pepatah bahwa tak ada gading yang tak retak. Oleh karena itu, Penulis membuka kesempatan sebesar-besarnya kepada pembaca untuk memberikan kritik dan saran, dengan harapan dapat membantu kemajuan Penulis di masa yang akan datang. Namun, dengan segala keterbatasan yang ada, mudah-mudahan skripsi ini dapat memberikan manfaat dan pengetahuan bagi para pembacanya.

Depok, 2012

Irvin Sianka Thedan

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

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

Nama : Irvin Sianka Thedean
NPM : 0906519791
Program Studi : Sarjana Reguler
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

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

KAJIAN YURIDIS MENGENAI PENERAPAN *METODE YARDSTICK* SEBAGAI *INDIRECT EVIDENCE* DALAM PEMBUKTIAN PERSAINGAN TIDAK SEHAT DALAM KASUS PERSEKONGKOLAN TENDER (PUTUSAN KPPU NO. 04/KPPU-I/2007 dan PUTUSAN KPPU No 07/KPPU-L/2004)

Dengan Hak Bebas Royalti Non-Eksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di: Depok

Pada tanggal: 6 Juli 2012

Yang Menyatakan,



Irvin Sianka Thedean

ABSTRAK

Nama : Irvin Sianka Thedean
Program Studi : Hukum Ekonomi
Judul : Kajian Yuridis Mengenai Penerapan Metode Yardstick sebagai *Indirect Evidence* dalam Pembuktian Persaingan Tidak Sehat dalam Kasus Persekongkolan Tender (Putusan KPPU No 04/KPPU-I/2007 dan Putusan KPPU No 07/KPPU-L/2004)

Persekongkolan tender telah menjadi sebuah fenomena yang tidak asing dalam berbagai kasus persaingan usaha. Sulitnya pembuktian kasus persekongkolan tender disebabkan tidak adanya satupun perjanjian yang dituangkan dalam bentuk tertulis. Tujuan utama dari praktek persekongkolan tender tidak lain adalah mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya. Sebagai dampak nyata, praktek persekongkolan tender telah menimbulkan kerugian yang sangat besar terhadap keuangan negara. Pengadilan Amerika memperkenalkan suatu metode untuk menghitung besar kerugian yang timbul sebagai dampak dari pelanggaran persaingan usaha. Metode ini dikenal dengan nama Metode Yardstick dan sering dipergunakan oleh Pengadilan Amerika dalam memutus beberapa kasus persaingan usaha. Metode ini sangat mungkin diterapkan dalam kasus persekongkolan tender serta diyakini dapat dijadikan sebagai *indirect evidence* dalam membuktikan adanya persekongkolan tender.

Kata Kunci: hukum persaingan usaha, tender, kolusi, kerugian, metode yardstick

ABSTRACT

Name : Irvin Sianka Thedean
Program : Economic Law (Regular Bachelor)
Judul : Juridical Studies of The Application of Yardstick Method as Indirect Evidence in Proving Unfair Competition in Case of Tender Conspiracy (Commission's Decision No 04/KPPU-I/2007 and Commission's Decision No 07/KPPU-L/2004)

Tender conspiracy has become a familiar phenomenon in many cases of business competition. The difficulty of proving tender conspiracy availability is just because none of the agreements set forth in written form by the parties. While in common the main purpose of tender conspiracy is gaining profits as much as possible. As the impact, tender conspiracy practices would bring a great loss of state finance. US Court introduced a method to calculate the damage in antitrust law's violation. This method is know as yardstick method and has been many times used to solve some antitrust violation's cases. Yardstick Method is very possible to be implemented in case of tender conspiracy and is believed to be as indirect evidence in proving tender conspiracy.

Keywords: competition law, tender, collusion, damage, yardstick method

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI	
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS	viii
ABSTRAK	ix
ABSTRACT	x
DAFTAR ISI.....	xi
BAB I PENDAHULUAN	
1.1. Latar Belakang Masalah	1
1.2. Pokok Permasalahan	7
1.3. Tujuan Penelitian	7
1.4. Definisi Operasional	8
1.5. Metode Penelitian	14
1.6. Sistematika Penelitian	15
BAB 2 KAJIAN TEORI MENGENAI PERSEKONGKOLAN TENDER	
2.1. Pemahaman Persekongkolan Tender dalam Hukum Persaingan Usaha.....	17
2.1.1. Pengertian Persekongkolan Tender Secara Umum.....	17
2.1.2. Pengertian Persekongkolan Tender Menurut UU No. 5 Tahun 1999	19
2.1.3. Unsur-Unsur Persekongkolan Tender Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999	24
2.1.4. Modus Persekongkolan Tender	27
2.1.5. Indikasi Terjadinya Persekongkolan Tender	30
2.1.6. Dampak dari Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam Persekongkolan Tender	37
2.2. Penanganan Persekongkolan Tender di KPPU.....	39
2.2.1. Alat Bukti Pemeriksaan di KPPU.....	40
2.2.2. Pendekatan Hukum dalam Pembuktian Persekongkolan Tender	43
2.2.3. Ketidakwaiban Harga dalam Penawaran Tender sebagai Bukti Ekonomi.....	45
BAB III KAJIAN TEORI MENGENAI METODE YARDSTICK	
3.1. Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Amerika	48
3.2. Damage sebagai Dampak dari <i>Antitrust Violation</i>	51
3.3. Metode Yardstick	53
3.4. Penerapan Metode Yardstick sebagai <i>Indirect Evidence</i> dalam Persekongkolan Tender	63
BAB IV ANALISIS PENERAPAN METODE YARDSTICK DALAM KASUS TENDER PENGADAAN LCD (PUTUSAN KPPU NO.	

**04/KPPU-I/2007) DAN KASUS TENDER PENJUALAN TANKER
VERY LARGE CRUDE CARRIER (VLCC) PT PERTAMINA
(PUTUSAN KPPU NO. 07/KPPU-L/2004)**

4.1. Gambaran Umum Mengenai Metode Yardstick dalam Menghitung Besar Kerugian dalam Kasus Persekongkolan Tender di Indonesia	70
4.2. Analisa Kasus Tender Pengadaan LCD dan Penerapan Metode Yardstick	72
4.3. Analisa Kasus Tender Penjualan Tanker <i>Very Large Crude Carrier</i> (VLCC) oleh PT. Pertamina dan Penerapan Metode Yardstick	82
BAB V PENUTUP	
5.1. Kesimpulan	90
5.2. Saran	92
DAFTAR PUSTAKA	



BAB I PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Salah satu tujuan dari persaingan usaha (*competition policy*) adalah untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan kesejahteraan produsen dan konsumen. Memperhatikan persaingan antar pelaku usaha yang bertambah ketat dan tidak sempurna (*imperfect competition*), maka nilai-nilai persaingan usaha yang sehat perlu mendapat perhatian lebih besar dalam sistem ekonomi Indonesia.¹ Tindakan persaingan di antara pelaku usaha tidak jarang mendorong tindakan curang baik dalam bentuk harga maupun bukan harga (*price or non price competition*).² Penegakan hukum persaingan usaha merupakan instrumen ekonomi yang sering digunakan untuk memastikan bahwa persaingan antara pelaku usaha berlangsung dengan sehat dan hasilnya dapat terukur berupa peningkatan kesejahteraan masyarakat.³

Berdasarkan pertimbangan untuk memulai suatu sistem ekonomi yang demokratis tanpa adanya pihak yang menguasai suatu usaha tertentu, maka pada tanggal 5 Maret 1999 diundangkanlah sebuah Undang-Undang yang mengatur mengenai persaingan usaha pada tanggal 5 Maret 1999 yaitu Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak

¹ Andi Fahmi Lubis *et al.*, *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks* (Jakarta: GTZ, 2009), hal. ix.

² Sukarni, "Praktek Dumping Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha", makalah disampaikan pada acara seminar tentang Implementasi Peraturan Anti Dumping Serta Pengaruhnya Terhadap Persaingan Usaha dan Perdagangan Internasional, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 21 Juni 2008, <http://www.fh.unair.ac.id/entryfile/MakalahPraktekDumping-Sukarmi.pdf>, diunduh 20 Mei 2009.

³ Lubis, *loc. cit.*

Sehat⁴ (LN 1999-33) (untuk selanjutnya disingkat dengan UU No. 5 Tahun 1999). Perangkat hukum ini juga memiliki makna dan sejarah tersendiri, karena UU No. 5 Tahun 1999 merupakan undang-undang hasil inisiatif DPR RI sejak negara Republik Indonesia merdeka.⁵ UU No. 5 Tahun 1999 yang efektif merupakan syarat mutlak bagi berjalannya ekonomi pasar.⁶ Undang-undang ini melarang perjanjian yang menghambat persaingan, penyalahgunaan kekuasaan monopoli dan fusi antara perusahaan-perusahaan besar yang menguasai pasar.⁷ Dengan demikian, undang-undang tersebut menjamin akses ke pasar untuk semua pihak, serta kebebasan bagi setiap peserta pasar untuk mengambil keputusan.⁸

Untuk dapat terwujudnya ketentuan-ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 ke dalam praktek, maka dibutuhkan suatu badan yang tugas pokoknya adalah mengawasi pelaksanaan ketentuan-ketentuan dalam UU No 5 Tahun 1999. Untuk itu, UU No. 5 Tahun 1999 telah membentuk apa yang disebut dengan Komisi Pengawas Persaingan Usaha⁹ (untuk selanjutnya disebut dengan KPPU). KPPU memiliki wewenang untuk melakukan penilaian terhadap perjanjian, kegiatan maupun penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan para pelaku usaha maupun sekelompok pelaku usaha yang dapat mengakibatkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.¹⁰ Sepanjang periode didirikannya sampai tahun 2011 akhir, KPPU telah menerima banyak laporan mengenai dugaan pelanggaran

⁴ Tim Dosen Pengajar FHUI, *Pengantar Hukum Persaingan Usaha*, (Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008), hal 3.

⁵ Rahmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia* (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 6

⁶ Wolfgang Kartte, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*,(Jakarta: Katalis-Publishing-Media Services, 2002) hal. 1.

⁷ *Ibid*, hal. 1

⁸ *Ibid*, hal . 1.

⁹ Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 101.

¹⁰ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 36.

persaingan usaha dan hampir 72% dari kasus yang ditangani adalah kasus dugaan persekongkolan tender.¹¹

TAHUN	PENETAPAN		PUTUSAN		PERKARA BERJALAN		TOTAL		Prosentase	
	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender	Tender	Non Tender
2000	0	0	1	1	0	0	1	1		
2001	0	1	3	1	0	0	3	2		
2002	4	0	1	3	0	0	5	3		
2003	2	0	1	6	0	0	3	6		
2004	1	1	3	4	0	0	4	5		
2005	1	3	10	8	0	0	11	11		
2006	3	3	8	4	0	0	11	7		
2007	1	3	22	5	0	0	23	8		
2008	16	4	36	12	0	0	52	16		
2009	3	0	23	9	0	0	25	10		
2010	3	2	31	6	0	0	34	8		
2011	0	0	1	1	7	2	10	2		
TOTAL	34	17	140	60	7	2	181	69	72%	27%

Persekongkolan adalah “konspirasi usaha”, yakni suatu bentuk kerja sama dagang di antara pelaku usaha dengan maksud menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol itu.¹² Pelaku usaha dilarang melakukan kegiatan persekongkolan yang membatasi atau menghalangi persaingan usaha (*conspiracy in restraint of business*), karena kegiatan tersebut dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.¹³ Secara umum, Undang-Undang Persaingan Usaha membagi Persekongkolan dalam tiga bentuk:

1. Persekongkolan untuk mengatur atau menentukan pemenang tender (*bid rigging*).¹⁴
2. Persekongkolan untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang dapat diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan.¹⁵

¹¹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, “Statistik Perkara KPPU” <http://www.kppu.go.id/id/perkara/statistik-perkara/>, diunduh 27 Februari 2012

¹² Fuady, *op. cit.*, hal 82.

¹³ Rahmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 79.

¹⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 22.

¹⁵ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 22.

3. Persekongkolan untuk menghambat produksi atau pemasaran barang atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar yang bersangkutan menjadi kurang baik dari jumlah, kualitas, maupun ketetapan waktu.¹⁶

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya, kasus persekongkolan tender merupakan kasus yang mendominasi dalam penegakan hukum persaingan usaha di KPPU. Dalam persidangan, KPPU memiliki kewenangan untuk memeriksa dan memutuskan adanya pelanggaran persaingan usaha yang dilakukan oleh peserta tender.¹⁷ Dalam Pasal 22 UU No 5 Tahun 1999 merumuskan :

*“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”*¹⁸

Unsur-unsur tersebut sebagaimana disebutkan di atas, menjadi pedoman bagi KPPU dalam membuktikan persekongkolan dalam tender. Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa yang dapat dijadikan alat bukti dalam pemeriksaan KPPU terdiri dari : keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan atau dokumen, petunjuk, keterangan terlapor/saksi pelaku usaha. Semakin banyak dikumpulkan alat bukti maka semakin besar peluang untuk membuktikan pelanggaran persaingan usaha. Namun, KPPU seringkali menemui kesulitan dalam membuktikan pelanggaran persaingan usaha dikarenakan tidak adanya bukti dokumen/surat yang secara langsung menunjukkan adanya kerja sama antara para pelaku usaha (*direct evidence*). Kesulitan untuk memperoleh *direct evidence*, menyebabkan dipergunakan *indirect evidence* sebagai alternatif lain untuk mendukung pembuktian. *Indirect evidence* adalah suatu bentuk bukti yang secara tidak langsung menyatakan adanya persekongkolan/kerja sama, terdiri atas

¹⁶ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 24.

¹⁷ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 36.

¹⁸ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 22.

Bukti Komunikasi dan Bukti Ekonomi.¹⁹ *Indirect evidence* ini dikategorikan sebagai alat bukti petunjuk yang diterima dalam hukum persaingan usaha.²⁰

Berkaitan dengan *indirect evidence* tersebut, Penulis mencoba untuk menawarkan suatu metode pembuktian yang digunakan oleh Pengadilan Amerika Serikat (*US Court*) dalam memutus perkara persekongkolan yakni “Metode Yardstick” (*Yardstick Method*). Metode ini merupakan salah satu dari beberapa metode yang diklasifikasikan sebagai metode perbandingan (*comparator-based method*) yang dimiliki *US Court* dalam memutus beberapa perkara persekongkolan.²¹ Metode ini dapat menghasilkan suatu bukti ekonomi yang berkaitan dengan persekongkolan. *US Courts* memperkenalkan “*The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or “yardstick”, market that is assumed to be performing competitively.*”²² Dari pengertian tersebut menjelaskan bahwa metode itu diterapkan dengan melakukan perbandingan harga, performa, atau indeks lain yang mungkin antara 2 (dua) keadaan pasar yakni pasar yang bersaing secara kompetitif dengan pasar yang tidak bersaing secara sehat.

Di Amerika Serikat, Metode Yardstick digunakan untuk memeriksa dan mengadili kasus –kasus persekongkolan harga (*overcharge cases*) dan kasus-kasus yang berkaitan dengan hambatan masuk ke pasar (*foreclosure cases*).²³ Dalam *overcharge case*, para pelaku usaha melakukan kolusi untuk menentukan harga melalui skema-skema kolusi tertentu atau melalui kekuatan monopoli yang dibangun.²⁴ Sedangkan dalam *foreclosure cases*, pelaku usaha bersekongkol

¹⁹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Pasal 5 UU No 5 Tahun 1999 tentang Penetapan harga*.

²⁰ Andi Fahmi Lubis, et al., *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks*. (Indonesia: GTZ, 2009), hal 328.

²¹ Claire M. Korenblit dan Sidley Austin LLP, “Quantifying Antitrust Damages-Convergence of Methods Recognized by US Court and the European Commission,” *CPI Antitrust Chronicle March 2012*, hal 3.

²² *Ibid.*, hal 4.

²³ *Ibid.*, hal 3.

²⁴ Phillip E. Areeda et al., *Antitrust Law: An Analyzis of Antitrust Principle and their Application* 2nd ed (2000), hal 391.

dengan pelaku usaha lain untuk memberikan hambatan bagi pelaku usaha pesaingnya sehingga menyebabkan pesaingnya tersingkir dari pasar. Salah satu contoh kasus di Amerika yang menerapkan metode yardstick adalah kasus *Bigelow v. RKO Radio Picture Inc.*²⁵ Kasus ini merupakan persekongkolan yang dilakukan sekelompok distributor film di Chicago yang melakukan pemutaran film di theaternya lebih awal sebelum diputarkan oleh teater independen. Hakim menggunakan metode yardstick dalam membandingkan pendapatannya dengan pesaingnya yang secara tidak langsung menunjukkan besar kerugian yang diderita oleh Bigelow dan memenangkan Bigelow sebagai pihak yang dirugikan. Masih banyak lagi penerapan metode yardstick di negara-negara lain seperti beberapa Negara Eropa seperti Perancis dan Italia dalam memutus perkara persekongkolan persaingan usaha.²⁶

Penulis melihat bahwa metode yardstick yang diadopsi dari Amerika ini dapat diterapkan dalam kasus persekongkolan tender di Indonesia. Dalam praktek yang terjadi di Indonesia, kasus persekongkolan tender marak sekali terjadi di dalam lingkungan pemerintahan dalam pengadaan barang dan jasa untuk publik, baik di tingkat kementerian/lembaga maupun swasta. Kajian *Indonesia Procurement Watch* bersama Bank Dunia mengemukakan, kebocoran APBN dari sektor pengadaan barang dan jasa untuk publik sebesar 30-50% (persen). Padahal hampir setengah biaya APBN digunakan untuk pengadaan barang dan jasa.²⁷

²⁵ U.S. Supreme Court, *Bigelow v. RKO Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251 (1946), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/251/case.html> 19 April 2012.

²⁶ Luigi Prosperetti, "Estimating Damages to Competitors from exclusionary practices in Europe : A Review of The Main Issue in the Light of National Court's Experience, February 2009, hal. 14.

²⁷ Kompas (18 Juni 2004): 13. Dalam penyimpangan keuangan negara, Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) juga mengungkapkan, masih terjadi penyimpangan pengelolaan dan tanggung jawab keuangan negara yang dilakukan pemerintah pusat, pemerintah daerah, BUMN/BUMD, Bank Indonesia. Jumlahnya mencapai Rp 37,3 Triliun atau 2,85 persen dari total realisasi anggaran dan asset yang diperiksa senilai Rp. 1.312 triliun. Penyimpangan itu terjadi selama pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara dan Daerah (APBN/APBD) Januari-Juni 2004 dan periode dua tahun sebelumnya, lihat Kompas (23 September 2004):15. Dan BPK sudah menyerahkan 22 kasus penyimpangan keuangan negara kepada Kejaksaan Agung dan Polri. Jumlah uang negara yang diselewengkan menurut temuan yang terindikasi tindak pidana korupsi itu mencapai Rp. 166,53 Triliun dan 62,70 juta dollar US. Laporan kasus-kasus tersebut sudah disampaikan pula kepada Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). 22 Kasus penyimpangan yang terindikasi tindak pidana korupsi dan kolusi itu dilaporkan sejak pertengahan 2003 itu berasal dari hasil pemeriksaan BPK terhadap pengelolaan keuangan negara, baik dalam pelaksanaan APBN,

Indikasi kebocoran ini dilakukan dengan penggelembungan harga barang yang ditawarkan dalam tender. Dengan menggunakan metode yardstick, dapat diperoleh bukti dengan melakukan perbandingan apakah suatu harga yang ditawarkan oleh peserta tender merupakan harga yang wajar atau tidak. Harga penawaran tender yang tidak wajar dapat memberikan keyakinan bahwa telah ada persekongkolan untuk mengatur tender.

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis tertarik untuk melakukan kajian mendalam terhadap metode tersebut yakni “Metode Yardstick” dalam membuktikan persaingan tidak sehat khususnya dalam hal harga serta melihat penerapan yang dapat dilakukan di Indonesia dengan menerapkan dalam kasus persekongkolan tender yang telah diputus oleh KPPU yakni Putusan KPPU No. 04/KPPU-I/2007 dan Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2004. Kajian ini berjudul : **“Kajian Yuridis Mengenai Penerapan Metode Yardstick sebagai *Indirect Evidence* dalam Pembuktian Persaingan Tidak Sehat dalam Kasus Persekongkolan Tender (Putusan KPPU No. 04/KPPU-I/2007 dan Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2004)**

1.2 Pokok Permasalahan

Adapun pokok permasalahan yang ingin diteliti adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana tinjauan penerapan metode yardstick dalam kasus persekongkolan tender?
2. Bagaimana penerapan metode yardstick dalam membuktikan persaingan tidak sehat dalam kasus tender pengadaan LCD dan kasus tender penjualan tanker VLCC PT. Pertamina?

1.3. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini terbagi atas tujuan umum dan tujuan khusus :

- a. Tujuan umum

maupun non-APBN, Anggaran Pendidikan dan Belanja Daerah (APBD), Bank Indonesia (BI), Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan badan-badan lainnya. Disampaikan oleh Ketua BPK, Satrio B. Joedono dalam Laporan Pelaksanaan Putusan-Putusan MPR, Kamis 23 September tahun 2004, lihat Kompas (24 September 2004):13.

Dalam proses penulisan penelitian ini dikumpulkan data-data berdasarkan fakta diungkapkan secara teoritis. Sehingga dengan terkumpulnya data dan melalui analisis yang dilakukan oleh peneliti dalam penelitian ini, maka penulis mengharapkan dapat memberikan sumbangan teori baru supaya dapat diterapkan dalam pembuktian persekongkolan tender.

b. Tujuan Khusus

1. Dapat menjadikan penelitian ini sebagai bahan pertimbangan maupun referensi bagi mereka yang membutuhkan bahan kepustakaan dalam penelitian-penelitian selanjutnya, khususnya di bidang persaingan usaha.
2. Menguraikan dan menganalisa secara lebih mendalam mengenai konsep metode yardstick dalam hukum persaingan usaha, khususnya dalam lingkup tender.

1.4. Definisi Operasional

Dalam penulisan ini, penulis akan mempergunakan beberapa istilah yang berkaitan dengan materi dari skripsi ini, agar terdapat beberapa kesamaan persepsi mengenai pengertian dari istilah-istilah tersebut di bawah ini nantinya sehingga tidak terjadi kesalahpahaman, maka definisi operasional yang dipakai oleh penulis dalam hal ini adalah sebagai berikut:

1. Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau penggunaan jasa tertentu oleh suatu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.²⁸
2. Praktek monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.²⁹

²⁸ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 1.

²⁹ *Ibid.*

3. Pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa.³⁰
4. Posisi dominan adalah keadaan dimana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan permintaan barang atau jasa tertentu.³¹
5. Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha. Baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.³²
6. 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.³³
7. Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikat diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis ataupun tidak tertulis.³⁴
8. Persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, hal 7.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

untuk menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.³⁵

9. Pasar adalah lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa.³⁶
10. Pasar bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.³⁷
11. Struktur pasar adalah keadaan pasar yang memberikan petunjuk tentang aspek-aspek yang memiliki pengaruh penting terhadap perilaku pelaku usaha dan kinerja pasar, antara lain jumlah penjual dan pembeli, hambatan masuk dan keluar pasar, keragaman produk, sistem distribusi, dan penguasaan pangsa pasar.³⁸
12. Perilaku pasar adalah yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam kapasitasnya sebagai pemasok atau pembeli barang dan atau jasa untuk mencapai tujuan perusahaan, antara lain pencapaian laba, pertumbuhan asset, target penjualan, dan metode persaingan yang digunakan.³⁹
13. Pangsa pasar adalah harga yang dibayar dalam transaksi barang dan atau jasa sesuai dengan kesepakatan antara para pihak di pasar bersangkutan.⁴⁰
14. Harga pasar adalah harga yang dibayar dalam transaksi barang dan atau jasa sesuai kesepakatan antara para pihak di pasar bersangkutan.⁴¹

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, hal 8.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

15. Konsumen adalah setiap pemakai dan atau pengguna barang dan atau jasa baik untuk kepentingan diri sendiri maupun untuk kepentingan pihak lain.⁴²
16. Barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.⁴³
17. Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.⁴⁴
18. Komisi Pengawas Persaingan Usaha adalah komisi yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.⁴⁵
19. Pengadilan negeri adalah pengadilan, sebagaimana dimaksud dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, di tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha.⁴⁶
20. *Rule of Reason* adalah penerapan hukum dengan mempertimbangkan alasan-alasan dilakukannya suatu tindakan atau perbuatan oleh pelaku usaha.⁴⁷
21. *Per se illegal* adalah suatu tindakan melanggar hukum dan dilarang secara mutlak dan tidak perlu dibuktikan apakah tindakan tersebut berdampak negatif terhadap persaingan usaha atau tidak.⁴⁸

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Kurnia Toha, "Implikasi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Terhadap Hukum Acara Pidana", *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 19 (Mei-Juni 2022), hal. 25.

⁴⁸ *Ibid.*, hal 39.

22. Pengadaan barang dan jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa.⁴⁹
23. Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa.⁵⁰
24. Pengadaan barang/jasa pemerintah adalah kegiatan pengadaan jasa yang dibiayai oleh APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang /jasa.⁵¹
25. Pejabat Pembuat Komitmen adalah pejabat yang diangkat oleh Pengguna Anggaran/ Kuasa Pengguna Anggaran/ Dewan Gubernur Bank Indonesia (BI)/ Pemimpin Badan Hukum Milik Negara (BHMN) / Direksi Badan Usaha Milik Negara (BUMN)/ Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) sebagai pemilik pekerjaan, yang bertanggung jawab atas pelaksanaan pengadaan barang/jasa.⁵²
26. Penyedia barang/jasa adalah badan usaha atau orang perseorangan yang kegiatan usahanya menyediakan layanan barang/jasa.⁵³
27. Panitia pengadaan adalah tim yang diangkat oleh Pengguna Anggaran/ Kuasa Pengguna Anggaran/ Dewan Gubernur BI/ Pimpinan BHMN/

⁴⁹ Indonesia, Keputusan Presiden tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, KEPPRES No. 80 Tahun 2003. Pasal 1 ayat (1).

⁵⁰ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Penjelasan Pasal 22.

⁵¹ Indonesia, Perpres No. 8 Tahun 2006, Pasal 1 ayat (1).

⁵² Di dalam Keputusan Presiden No. 80 Tahun 2003 menggunakan istilah pengguna jasa. Sedangkan dalam Peraturan Presiden No. 8 Tahun 2006 tentang Perubahan Keempat atas Keputusan Presiden No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, istilah pengguna jasa diganti menjadi pejabat pembuat komitmen. Namun, karena dalam kasus yang dibahas dalam skripsi ini terlaksana pada tahun 2007, maka menggunakan istilah dalam Peraturan Presiden No. 8 Tahun 2006, Pasal 1 ayat (1a).

⁵³ *Ibid*, Pasal 1 ayat (3).

Direksi BUMN/ Direksi BUMD, untuk melaksanakan pemilihan penyedia barang/jasa.⁵⁴

28. Pemilihan penyedia barang/jasa adalah kegiatan untuk menetapkan penyedia barang/jasa yang akan ditunjuk untuk melaksanakan pekerjaan.⁵⁵
29. Dokumen pengadaan adalah dokumen yang disiapkan oleh panitia/ pejabat pengadaan/ Unit Layanan Pengadaan (*Procurement Unit*) sebagai pedoman dalam proses pembuatan dan penyampaian penawaran oleh calon penyedia barang/jasa serta pedoman evaluasi penawaran oleh panitia/pejabat pengadaan atau Unit Layanan Pengadaan (*Procurement Unit*).⁵⁶
30. Kontrak adalah perikatan antara Pejabat Pembuat Komitmen dengan penyedia barang/jasa dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa.⁵⁷
31. Pakta integritas adalah surat pernyataan yang ditandatangani oleh Pejabat Pembuat Komitmen/ panitia pengadaan/ pejabat pengadaan/ Unit Layanan Pengadaan (*Procurement unit*)/ penyedia barang/jasa yang berisi ikrar untuk mencegah dan tidak melakukan kolusi, korupsi, dan nepotisme (KKN) dalam pelaksanaan pengadaan barang/jasa.⁵⁸
32. Klarifikasi adalah kegiatan meminta penjelasan atas panitia tender kepada penyedia jasa atas substansi penawaran yang kurang jelas bagi panitia tender dalam rangka evaluasi penawaran. Pertanyaan dan jawaban harus tertulis dan dapat dilakukan pertemuan/ tatap muka untuk penjelasan atas jawaban klarifikasi. Jawaban klarifikasi tidak boleh mengubah harga maupun substansi penawaran.⁵⁹

⁵⁴ *Ibid*, Pasal 1 ayat (8).

⁵⁵ *Ibid*, Pasal 1 ayat (10).

⁵⁶ *Ibid*, Pasal 1 ayat (16).

⁵⁷ *Ibid*, Pasal 1 ayat (17).

⁵⁸ *Ibid*, Pasal 1 ayat (21).

⁵⁹ Indonesia, Kepmenkimpraswil Pedoman Evaluasi Penawaran, Bab I.A.24.

1.5. Metode Penelitian

Penulisan skripsi yang dilakukan penulis merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi, yang dilakukan secara metodologis, sistematis, dan konsisten. Metodologis berarti sesuai dengan metode atau cara tertentu; sistematis adalah berdasarkan suatu sistem; sedangkan konsisten berarti tidak adanya hal-hal yang bertentangan dalam suatu kerangka tertentu.⁶⁰

Penelitian skripsi yang dilakukan penulis adalah merupakan penelitian hukum yang dilihat dari tujuannya dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu penelitian hukum yang bersifat normatif dan penelitian hukum sosiologis atau empiris. Penelitian hukum normatif mencakup: penelitian terhadap azas-azas hukum; penelitian terhadap sistematika hukum; penelitian terhadap taraf sinkronisasi hukum; penelitian sejarah hukum; penelitian perbandingan hukum.⁶¹ Dalam penelitian ini digunakan suatu metode yang berasal dari negara lain sehingga disini Penulis melakukan perbandingan hukum antar negara. Penelitian hukum sosiologis atau empiris, yang terdiri dari: penelitian terhadap identifikasi hukum (tidak tertulis); penelitian terhadap efektivitas hukum.⁶² Penulis kemudian ingin melihat bagaimana penerapan metode asing ini untuk dapat diterapkan di Indonesia.

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif. Tipe penelitian yang digunakan menurut sifatnya adalah penelitian deskriptif, menurut bentuknya adalah penelitian preskriptif, menurut tujuannya adalah penelitian problem solution, menurut penerapannya adalah penelitian berfokus masalah, dan menurut ilmu yang dipergunakan adalah penelitian monodisipliner.

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier⁶³ sebagai berikut.

⁶⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 2010), hal. 43.

⁶¹ *Ibid.*, hal. 51

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, hal. 52.

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat⁶⁴ berupa peraturan perundang-undangan Indonesia dan instrumen hukum internasional.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang erat kaitannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa, memahami, dan menjelaskan bahan hukum primer⁶⁵, yang antara lain adalah buku, skripsi, tesis, penelusuran internet, jurnal, hasil seminar, artikel ilmiah, dan makalah.
3. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan atas bahan hukum primer dan sekunder⁶⁶, misalnya ensiklopedi atau kamus hukum.

1.6. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan dalam menguraikan permasalahan dan pembahasan dalam skripsi ini adalah sebagai berikut:

Bab I Pendahuluan

Pada bab satu memberikan pandangan umum tentang penulisan skripsi ini. Bab pendahuluan berisikan latar belakang masalah, pokok permasalahan, tujuan penelitian, definisi operasional, metode penelitian dan sistematika penelitian.

Bab II Kajian Teori Mengenai Persekongkolan Tender

Dalam bab ini akan dijelaskan persaingan tidak sehat dalam tender berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang terdiri atas pengertian persekongkolan secara umum, pengertian persekongkolan menurut UU No. 5 Tahun 1999, modus persekongkolan tender, indikasi terjadinya persekongkolan tender, dan dampak dari persaingan usaha tidak sehat dalam persekongkolan tender.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

Bab III Kajian Teori Mengenai Metode Yardstick

Bab ini akan membahas mengenai penegakan Hukum Persaingan Usaha di Amerika, *damage* sebagai dampak dari *antitrust violation*, metode yardstick, dan penerapan metode yardstick sebagai *indirect evidence* dalam persekongkolan tender.

Bab IV Analisis Penerapan Metode Yardstick dalam Kasus Tender Pengadaan LCD (Putusan KPPU No. 04/KPPU-I/2007) dan Kasus Tender Penjualan Tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) PT Pertamina (Putusan KPPU No. 7/KPPU-L/2004)

Bab ini akan membahas mengenai kasus persekongkolan tender dimana akan dicoba untuk diterapkan metode yardstick dalam kasus,

Meliputi:

- Gambaran umum mengenai metode yardstick dalam menghitung besar kerugian dalam kasus persekongkolan tender di Indonesia
- Analisis kasus tender pengadaan LCD dan penerapan metode yardstick
- Analisis kasus tender penjualan tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) oleh PT. Pertamina dan penerapan metode yardstick

Bab IV Penutup

Bab ini akan membahas mengenai kesimpulan dan saran-saran dari penulisan skripsi ini. Kesimpulan yang ada merupakan suatu hasil yang diperoleh setelah adanya pembahasan mengenai penerapan metode yardstick dalam kasus tender pengadaan LCD dan kasus tender penjualan tanker VLCC Pertamina serta beberapa hal yang dapat dilakukan agar pengadaan barang berikutnya sesuai dengan peraturan-peraturan yang berlaku dan tetap berada dalam situasi persaingan usaha yang sehat.

Meliputi:

- Kesimpulan
- Saran

BAB II

KAJIAN TEORI MENGENAI PERSEKONGKOLAN TENDER

2.1. Pemahaman Persekongkolan Tender dalam Hukum Persaingan Usaha

2.1.1 Pengertian Persekongkolan Tender Secara Umum

Dalam kamus Black Law's Dictionary, disebutkan bahwa persekongkolan adalah:

“Combination or confederacy between two or more persons formed for the purpose of committing, by their joint effort, some unlawful or criminal act, or some act which is lawful in itself, but becomes unlawful when done by the concerted action of the conspirators, or for the purpose of using criminal or unlawful means to the commission of an act not in itself unlawful.”

Berdasarkan pengertian tersebut, persekongkolan (*conspiracy*/konspirasi) dapat melibatkan kerjasama antar dua atau lebih pelaku usaha yang secara bersama –sama melakukan tindakan melawan hukum. Persekongkolan identik dengan kolusi atau dalam politik biasa disebut dengan konspirasi. Bryan A. Garber mengatakan:

“Conspiracy an agreement by two or more persons to commit an unlawful act, coupled with an intent to achieve the agreement's objective and (in most state) action or conduct that furthers the agreement: a combination for an unlawful purpose.”⁶⁷

Dari definisi tersebut dapat ditegaskan bahwa persekongkolan harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk melakukan suatu tindakan atau kegiatan kriminal atau melawan hukum secara bersama-sama.⁶⁸

⁶⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, Editor in Chief West Publishing co, hal. 329.

⁶⁸ Yakub Adi Kristanto, “Analisis Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender”, *Jurnal Hukum Bisnis* 24 No. 2 (2005), halaman 43. Lihat juga pengertian *conspiracy* sebagai *a secret planned by a group of people to do something illegal or harmful*, dalam AS Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 5th ed. Edited by Jonathan Crowther, (England: Oxford University Press, 1995), p. 246.

Istilah persekongkolan (*conspiracy*) sebetulnya berasal dari *Antitrust Law* di USA yang didapat melalui Yurisprudensi Mahkamah Tertinggi Amerika Serikat, berkaitan dengan ketentuan Pasal 1 Sherman Act 1890, dimana dalam pasal tersebut dinyatakan: “...persekongkolan untuk menghambat perdagangan... (...*conspiracy in restraint of trade...*)”. Mahkamah Tertinggi menciptakan istilah “*concerted action*”, untuk mendefinisikan istilah persekongkolan dalam hal menghambat perdagangan, serta merumuskan prinsip, bahwa terdapat pelaku usaha harus dibuktikan, bahwa terdapat kegiatan saling menyesuaikan yang berlandaskan pada persekongkolan guna menghambat perdagangan serta pembuktiannya dapat disimpulkan dari kondisi yang ada. Berdasarkan pengertian di USA itulah, maka persekongkolan adalah kesepakatan dalam bentuk kerja sama yang konsekuensinya adalah perilaku yang saling menyesuaikan (*conspiracy is an agreement which has consequence of concerted action*).⁶⁹

Tindakan persekongkolan (*conspiracy*) dalam hukum persaingan termasuk dalam kategori perjanjian.⁷⁰ Pada hakekatnya perjanjian terdiri dari 2 (dua) macam, pertama perjanjian yang dinyatakan secara jelas (*express agreement*), biasanya tertuang dalam bentuk tertulis, sehingga relatif mudah dalam proses pembuktiannya. Kedua, perjanjian tidak langsung (*implied agreement*), biasanya berbentuk lisan atau kesepakatan-kesepakatan. Ada beberapa bentuk persekongkolan yang dilarang Undang-Undang No. 5 tahun 1999, karena bertujuan menguasai pasar, sehingga berpotensi menimbulkan persaingan tidak sehat, yakni berupa:

1. Persekongkolan untuk menentukan pemenang tender (Pasal 22)
2. Persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23)
3. Persekongkolan untuk membuat hambatan perdagangan (Pasal 24)⁷¹

⁶⁹ Knud Hansen, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, (Jakarta : Katalism, 2002), hal. 323-324.

⁷⁰ Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, op. cit.*, hal. 23.

⁷¹ R. Syam Khameni, *et. al.*, *A Frame work for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* (Washington DC and Paris : The World Bank and Organization for Economics Cooperation and Development OECD, 1999), hal. 23.

2.1.2 Pengertian Persekongkolan Tender Menurut UU No 5 Tahun 1999

Dengan diberlakukannya UU No. 5 Tahun 1999, diharapkan pemerintah dapat menjamin iklim usaha yang kondusif bagi pelaku pasar. Iklim usaha yang kondusif bagi pelaku usaha tersebut tentunya dapat menciptakan kesempatan berusaha yang baik, efisiensi dalam perekonomian nasional, efektifitas kegiatan usaha, dan mencegah praktek negatif lainnya untuk menciptakan persaingan usaha tidak sehat. Agar pengadaan barang dan jasa pemerintah dapat dilakukan dengan benar dan sehat, UU No. 5 Tahun 1999 telah menetapkan bahwa persekongkolan tender merupakan kegiatan dilarang yang dilakukan antar pelaku usaha dengan maksud menguasai pasar yang bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.⁷²

Secara khusus persekongkolan tender diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, yang berbunyi:

*“bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”*⁷³

Kata “mengatur” yang terdapat dalam pasal tersebut dapat diartikan sebagai suatu tindakan negatif (konotasinya negatif) yang berkaitan dengan persekongkolan.⁷⁴ Dalam praktek, suatu tender yang ditawarkan oleh pemerintah misalnya harus diatur secara transparan dan terbuka dengan prosedur tertentu guna menentukan siapa yang akan menjadi pemenang tender.⁷⁵ Kolusi dalam proses tender dilakukan dengan berbagai jalan, diantaranya berdasarkan pihak yang terlibat yaitu persekongkolan tender yang terjadi di antara pelaku usaha dengan pemilik atau pemberi pekerjaan atau pihak tertentu dan persekongkolan

⁷² Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal 1 angka 8.

⁷³ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal 22 dan penjelasannya.

⁷⁴ L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender: Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Srikandi, 2008), hal 34.

⁷⁵ *Ibid.*

horizontal yaitu di antara sesama pelaku usaha sendiri. Sedangkan bentuk persekongkolan berdasarkan perilaku adalah dalam bentuk tindakan saling memperlihatkan harga penawaran yang akan diajukan dalam pembukaan tender antara sesama peserta, dengan jalan saling menyesuaikan penawaran, mengatur pemenang di antara peserta pesaing. Untuk memudahkan kolusi, maka peserta pesaing tender akan merencanakan dan setuju terhadap sistem giliran. Pada umumnya para peserta pesaing tender yang kalah justru akan menerima tawaran untuk menjadi sub-kontraktor dari peserta yang memenangkan tender.⁷⁶

Tender dalam pengertian hukum persaingan usaha diartikan sebagai penawaran pengajuan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa.⁷⁷ Tender ditawarkan oleh pengguna barang dan jasa kepada pelaku usaha yang mempunyai kredibilitas dan kapabilitas berdasarkan alasan efektifitas dan efisiensi.⁷⁸ Adapun alasan-alasan lain tender pengadaan barang dan jasa adalah sebagai berikut:

1. *Memperoleh penawaran terbaik untuk harga dan kualitas;*
2. *Memberi kesempatan yang sama bagi semua pelaku usaha yang memenuhi persyaratan untuk menawarkan barang dan jasanya, serta*
3. *Menjadi transparansi dan akuntabilitas pengguna barang dan jasa kepada publik, khususnya pengadaan barang dan jasa di lembaga atau instansi pemerintah.*⁷⁹

Dengan demikian ruang lingkup tender⁸⁰ meliputi;

1. Tawaran untuk mengajukan harga terendah untuk memborong suatu pekerjaan, seperti membangun atau merenovasi gedung pemerintah.

⁷⁶ Kara L. Haberbusch, "Limiting The Government's Exposure to Bid rigging. Schemes : A Critical Look at The Sealed Bidding Regime," *Public Contract Law Journal, American Bar Association*, 2000, hal. 4.

⁷⁷ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Penjelasan Pasal 22.

⁷⁸ L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender: Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Srikandi, 2008), hal 87.

⁷⁹ *Ibid.*, hal 87.

⁸⁰ *Ibid.*, hal 88.

2. Tawaran untuk mengajukan harga terendah untuk pengadaan barang, seperti memasok kebutuhan alat-alat tulis dan perlengkapan kantor di instansi pemerintah.
3. Tawaran untuk mengajukan harga terendah untuk menyediakan jasa seperti: jasa *cleaning service* atau jasa konsultan keuangan di lembaga pemerintahan.⁸¹
4. Tawaran untuk mengajukan harga tertinggi seperti penawaran atau penjualan lelang barang-barang inventaris atau penjualan lelang barang-barang investaris atau barang sitaan pemerintah yang perolehannya melanggar hukum.⁸²

Dalam iklim berkompetisi, tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang paling tidak harus terdiri dari 2 (dua) atau lebih pelaku usaha sehingga ide dasar pelaksanaan tender berupa perolehan harga terendah dengan kualitas terbaik dapat tercapai.⁸³ Namun di sisi lain, persekongkolan tender dapat pula menimbulkan tindakan kolusif yang bertujuan untuk meniadakan persaingan dan menaikkan harga.⁸⁴

Ketentuan Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 lebih sering mencakup konspirasi atau persekongkolan tender daripada sekedar membatasi persaingan usaha. Untuk menjawab pertanyaan ini, maka perlu dikaji secara mendalam. Apabila hasil pengumuman tender menguntungkan para peserta yang mengambil bagian dalam tender tersebut, maka secara tersirat dalam konteks kebijakan persaingan usaha setidaknya-tidaknya mengandung pembatasan terhadap persaingan harga.⁸⁵ Jika dilihat dari sisi kebijakan persaingan usaha, maka kondisi

⁸¹ Yakub Adi Kristanto, "Analisis Pasal 22 UU No.5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender", *Jurnal Hukum Bisnis* 24 : 2, (2005), hal. 44-45.

⁸² Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan Undang-Undang No 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, (Jakarta: KPPU, 2008), hal. 7.

⁸³ Kristanto, *op. cit.*, hal. 45.

⁸⁴ Hansen, *op. cit.*, hal. 314.

⁸⁵ L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya: Srikandi, 2008), hal. 90.

seperti ini akan menghambat persaingan harga, dan di banyak negara dianggap sebagai masalah atau kasus yang perlu penanganan secara serius, karena sangat merugikan negara dalam jumlah besar, yang berakibat terjadinya kenaikan tingkat secara signifikan yang pada gilirannya akan membebani kepentingan serta kehidupan masyarakat pada umumnya.⁸⁶

Berbeda dengan UU No. 5 Tahun 1999 yang mengkategorikan persekongkolan (tender) dalam kegiatan yang dilarang. UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) memasukan persekongkolan (khususnya: *collusive tendering*) ke dalam kategori perjanjian atau perilaku yang saling sepakat (*restrictive agreement or arrangement*)⁸⁷. Pemahaman dari UNCTAD pun tak jauh berbeda dengan pengertian yang diberikan oleh yurisprudensi Amerika, dimana perjanjian yang dilandasi oleh suatu kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis (lisan), formal maupun tidak formal semuanya dilarang.

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

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

⁸⁶ *Ibid.*, hal. 91

⁸⁷ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Model Law on Competition, *Substantive Possible Elements for A Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislations*, (New York and Geneva: United Nations, 2004), hal. 21.

pekerjaan dengan peserta tender untuk mengatur serta menentukan pemenang tender.⁸⁸

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

1. Persetujuan untuk mengajukan penawaran yang sama;
2. Persetujuan untuk menentukan pihak yang melakukan penawaran termurah;
3. Persetujuan mengenai penawaran yang tertutup;
4. Persetujuan untuk tidak akan bersaing satu sama lain dalam mengajukan penawaran;
5. Persetujuan untuk menentukan harga atau persyaratan tender lainnya;
6. Persetujuan antara peserta tender yang mengeliminasi peserta tender yang berasal dari luar, serta;
7. Persetujuan yang menunjuk pemenang tender atas dasar rotasi atau alokasi pasar geografis ataupun berdasarkan pada pelanggan.⁸⁹

Dalam pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 mensyaratkan adanya persekongkolan yang dilakukan oleh para pelaku usaha dengan pihak lain (pihak ketiga).⁹⁰ Persoalan dapat atau tidak dapat diterapkannya ketentuan pasal tersebut bergantung pada 2 (dua) elemen, yaitu adanya para pihak terkait yang harus atau mampu menunjukkan ciri-ciri berpartisipasi, serta telah terjadi kesepakatan untuk melakukan kegiatan yang saling menyesuaikan dan bersifat kolusif.⁹¹ Kegiatan

⁸⁸ Menurut UNCTAD hubungan hukum antara pelaku usaha pada dasarnya dapat dibagi menjadi 2 (dua) bagian, yaitu horizontal dan vertikal. Hubungan yang horizontal adalah hubungan hukum antara 2(dua) pelaku usaha yang terikat dalam perjanjian untuk menjalankan kegiatan usaha yang sama/sejenis, misalnya antara produsen dengan produsen, antara pedagang besar dengan pedagang besar lainnya. Sedangkan hubungan yang vertikal merupakan hubungan hukum antara 2(dua) pelaku usaha yang terikat dalam suatu perjanjian untuk menjalankan kegiatan usaha dalam lingkup usaha yang berbeda/tidak sejenis tingkatannya (*different states*) baik dalam proses produksi maupun distribusinya, misalnya antar produsen dengan pedagang atau antara pedagang besar atau dengan pedagang eceran, *Ibid*.

⁸⁹ L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya: Srikandi, 2008), hal. 92.

⁹⁰ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal 22.

⁹¹ L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, (Surabaya: Srikandi, 2008)., hal. 95.

persekongkolan tender seperti yang diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 ini mengacu pada tender yang bersifat kolusif. Persekongkolan tender merupakan kegiatan yang saling menyesuaikan dan bersifat kolusif serta ada suatu koordinasi yang dilakukan dengan sengaja terhadap perilaku pelaku usaha, yang secara faktual maupun yuridis tidak memiliki kekuatan mengikat, yang dengan sengaja mengganti persaingan usaha yang penuh dengan resiko dengan kerja sama praktis, sehingga berakibat terbentuknya kondisi pasar yang tidak sesuai dengan persyaratan persaingan usaha.⁹²

2.1.3 Unsur-Unsur Persekongkolan Tender Berdasarkan UU No 5 Tahun 1999

Dalam ketentuan Pasal 22 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 terdapat larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan persekongkolan dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Adapun unsur-unsur persekongkolan tender yang terdapat dalam Pasal 22 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 adalah :

1. Unsur pelaku usaha⁹³

Sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 5 UU No 5 Tahun 1999 :

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

2. Unsur bersekongkol⁹⁴

Bersekongkol adalah :

⁹² *Ibid.*

⁹³ Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI, *Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, op.cit.*, hal. 12.

⁹⁴ *Ibid.*, hal 13

“Kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.”

Unsur bersekongkol antara lain dapat berupa

- a. kerja sama antara dua pihak atau lebih;
- b. secara terang-terangan maupun diam-diam dalam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya;
- c. membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan;
- d. menciptakan persaingan semu;
- e. menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan;
- f. tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu;
- g. pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.

3. Unsur pihak lain⁹⁵

Pihak lain adalah :

“Para pihak baik vertikal maupun horizontal yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan dalam kegiatan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subjek hukum lain yang terkait dengan kegiatan tender tersebut.”

Berdasarkan unsur “pihak lain” ini terdapat 3 (tiga) bentuk persekongkolan tender yaitu:

- a. Persekongkolan tender vertikal⁹⁶

Bentuk persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau

⁹⁵ Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI, *Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, op.cit.*, hal. 13.

⁹⁶ Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI, *Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, op.cit.*, hal. 16.

panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan.

b. Persekongkolan tender horizontal⁹⁷

Bentuk persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya.

c. Gabungan antara persekongkolan vertikal dengan persekongkolan horizontal⁹⁸

Persekongkolan ini merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha lain penyedia barang dan jasa.

4. Unsur mengatur dan menentukan pemenang tender.⁹⁹

Mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah:

“Suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol dengan bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaing dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan penentuan pemenang tender dilakukan melalui penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya.”

5. Unsur persaingan usaha tidak sehat¹⁰⁰

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, melawan hukum, atau menghambat persaingan.”

Unsur yang terakhir ini dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadi “persaingan usaha tidak sehat”¹⁰¹. Unsur ini menunjukkan, bahwa

⁹⁷ *Ibid.*, Pasal 16.

⁹⁸ *Ibid.*, Pasal 17.

⁹⁹ *Ibid.*, hal 14.

¹⁰⁰ *Ibid.*, hal. 14.

persekongkolan menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena dapat dilihat dari kalimat”... sehingga dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.” Pendekatan *rule of reason* merupakan pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif seperti harga penawaran yang wajar dan menetapkan layak tidaknya suatu hambatan perdagangan . Artinya apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri atau bahkan mengganggu persaingan.¹⁰²

Pendekatan *rule of reason* dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 yang harus diterapkan terhadap persekongkolan tender ini akan lebih menyulitkan pihak KPPU dalam proses penyelidikannya. Mengingat persekongkolan tender di banyak negara umumnya adalah menggunakan pendekatan *per se illegal*, yakni dengan cara membuktikan adanya kesepakatan kolusif maka pihak pengawas dapat menjatuhkan denda atau sanksi administratif terhadap pelaku usaha yang melakukannya. Sebagai contoh, hukum antitrust Amerika Serikat menetapkan bahwa kolaborasi di antara pesaing yang merupakan kesepakatan horizontal harus ditetapkan secara *per se illegal*.¹⁰³

2.1.4 Modus Persekongkolan Tender

Konspirasi atau persekongkolan dalam penawaran umum diartikan sebagai bentuk kesepakatan kerjasama di antara para penawar yang seharusnya bersaing, dengan tujuan memenangkan peserta tender tertentu.¹⁰⁴ Perjanjian ini dapat dilakukan oleh dua atau lebih peserta tender yang setuju untuk tidak mengajukan penawaran, atau oleh para peserta tender yang menyetujui agar peserta melakukan penawaran dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran

¹⁰¹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Pasal 1 angka 6.

¹⁰² E. Thomas Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* (New York: Matthew Bender & Co., 1994), hal. 85.

¹⁰³ Toshiaki Tokigawa, “The Prospect of Antitrust Law and Policy in the Twenty-First Century: in Reference to the Japanese Antimonopoly Law and Japan Fair Trade Commission,” *Washington University Global Studies Law Review*, 2002, hal. 279.

¹⁰⁴ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 119.

dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang.¹⁰⁵ Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga murah dan paling efisien.¹⁰⁶

Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan penawar yang beritikad 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 dan jasa dengan harga dan kondisi yang paling menguntungkan pihak penyelenggara.*”¹⁰⁷

Dalam praktek terdapat beberapa modus beroperasinya persekongkolan penawaran tender, antara lain:¹⁰⁸

a. *Bid Suppression*

Tekanan terhadap penawaran (*bid suppression*), artinya bahwa satu atau lebih penawar setuju untuk tidak mengikuti pelelangan atau menarik penawaran yang telah diajukan sebelumnya dan memberi kesempatan agar penawar lain dapat memenangkan pelelangan tersebut.¹⁰⁹ Berdasarkan metode ini persekongkolan dapat dilakukan oleh satu atau lebih pelaku usaha untuk memenangkan peserta lain. Dalam *bid suppression* ini terjadi upaya pemaksaan yang dilakukan di antara peserta tender, agar yang lain bersedia menahan diri untuk tidak mengajukan penawaran harga atau

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ R. Shyam Kehmani *et. al.*, *A Framework for the Design dan 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.

¹⁰⁷ Sacker dan Lohse, *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, (Jakarta: GTZ-Katalis Publishing, 2000), hal. 313.

¹⁰⁸ Dalam A Frame Work for Design and Implementary of Competition Law and Policy, disebutkan adanya bentuk-bentuk kejahatan dalam proses tender, yaitu *bid suppression*, *complementary bidding*, dan *bid rotation*. Periksa : Ditha Wiradiputra, Fenomena Persekongkolan, Lembaga Kajian Usaha-FHUI, Jakarta, <http://www.kontan.com/06/26/refleksi/ref.htm>.

¹⁰⁹ R. Syam Khemani, *loc. cit.*

bahkan peserta tender lain dipaksa untuk menarik diri dari arena persaingan penawaran harga.

b. Complementary Bidding

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 harga di tingkat harga yang ditentukan, sehingga harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah dari pada pesaing yang lain. Tindakan tersebut menciptakan seolah-olah terdapat persaingan sesungguhnya di antara mereka, sehingga kontraktor yang dirancang berhasil memenangkan tender.¹¹⁰

c. Bid Rotation

Perputaran Penawaran atau Arisan Tender (*Bid Rotation*) adalah pola penawaran tender dimana satu dari penawar setuju untuk kembali sebagai penawar yang paling rendah. Dalam hal ini, penawaran 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.¹¹¹

d. Market Divison

¹¹⁰ 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), hal. 99.

¹¹¹ Ibid., hal 100. Bandingkan dengan pandangan lain yang membagi pola *bid rigging* ke dalam jenis-jenis berikut ini: *Bid suppression*, *Complimentary Bidding*, *Bid Rotation*, dan *Sub contractiing*. Periksa: Daniel R. Karon, (2001), *Price Ficing, Market Allocation and Bid Rigging Conspiracies: How Cousel Your Clients to Detect Violation and Inform You of Potential Claims*, *American Journal of Trial Advocacy*, hal. 249.

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 memenangkan tender.¹¹²

Dalam semua modus persekongkolan tersebut acapkali pemenang tender, atau penawaran yang lebih murah, dapat mengamankan kesepakatannya melalui pembayaran langsung sejumlah uang atau melakukan perjanjian sub-kontraktor dengan penawaran yang kalah.¹¹³ Tindakan tersebut sebetulnya sangat beresiko, bagaimana pun juga perjanjian tersebut adalah ilegal dan melanggar hukum.¹¹⁴

2.1.5 Indikasi Terjadinya Persekongkolan Tender

Kegiatan tender pengadaan barang dan jasa diselenggarakan oleh instansi pemerintah maupun non pemerintah, seringkali terdapat upaya penyelewengan ataupun dalam bentuk indikasi persekongkolan yang bertujuan untuk memenangkan salah satu peserta tender yang sejak awal atau jauh-jauh hari sudah dipersiapkan untuk menjadi pemenang dalam tender.¹¹⁵ Biasanya pada proyek tender banyak terjadi praktek-praktek penyimpangan yang mengarah pada Korupsi Kolusi Nepotisme (KKN) yang dilakukan antara sesama peserta tender maupun peserta tender dengan panitia tender maupun dengan pejabat instansi yang menyelenggarakan tender.¹¹⁶ Untuk mengetahui telah terjadi tidaknya suatu persekongkolan dalam tender, berikut ini dijelaskan berbagai indikasi adanya persekongkolan tender yang acapkali dijumpai pada pelaksanaan tender. Berbagai

¹¹² *Ibid.*, hal. 100.

¹¹³ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 122.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 142.

¹¹⁶ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 142.

bentuk indikasi persekongkolan yang dalam praktek sering terjadi ini masih perlu pembuktian lebih lanjut melalui pemeriksaan tim Majelis KPPU, yakni antara lain:

a. Indikasi persekongkolan pada saat perencanaan, yang meliputi antara lain:

Pemilihan metode pengadaan yang menghindari pelaksanaan tender atau lelang secara terbuka (transparan);¹¹⁷

Pencantuman spesifikasi teknis, jumlah, mutu, dan atau waktu penyerahan barang yang akan ditawarkan atau dijual atau dilelang yang hanya dapat disuplai oleh satu pelaku usaha tertentu saja;¹¹⁸

Tender atau lelang dibuat dalam paket yang terdiri hanya satu atau dua peserta tertentu yang dapat mengikuti atau melaksanakan tender tersebut;¹¹⁹

Ada keterkaitan antara sumber pendanaan dan asal barang dan jasa;¹²⁰

Nilai uang jaminan tender ditetapkan jauh lebih tinggi daripada nilai dasar dalam tender/lelang;¹²¹

Penetapan tempat dan waktu tender yang sulit dicapai dan diikuti.¹²²

b. Indikasi Persekongkolan pada saat pembentukan Panitia antara lain meliputi:

Panitia yang dipilih tidak memiliki kualifikasi yang dibutuhkan, sehingga mudah dipengaruhi oleh keinginan oleh keinginan para peserta tender;¹²³

Panitia terafiliasi dengan pelaku usaha tertentu;¹²⁴

¹¹⁷ Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI, *Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, op.cit.*, hal. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*,

¹¹⁹ *Ibid.*,

¹²⁰ *Ibid.*,

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, hal 19.

Susunan dan kinerja panitia tidak diumumkan atau cenderung ditutup-tutupi.¹²⁵

- c. Indikasi persekongkolan pada saat pra-kualifikasi perusahaan atau pra lelang, meliputi antara lain:

Persyaratan untuk mengikuti pra-kualifikasi membatasi dan atau mengarah kepada pelaku usaha tertentu;¹²⁶

Adanya kesepakatan dengan pelaku usaha tertentu mengenai spesifikasi, merek, jumlah, tempat, dan atau waktu penyerahan barang dan atau jasa yang akan ditenderkan;¹²⁷

Adanya kesepakatan mengenai cara, tempat, dan atau waktu pengumuman tender;¹²⁸

Adanya pelaku usaha yang diluluskan dalam pra-kualifikasi, walaupun sebetulnya pelaku usaha tersebut tidak atau kurang dapat memenuhi persyaratan yang telah ditetapkan;¹²⁹

Panitia tender memberikan perlakuan khusus atau istimewa kepada pelaku usaha tertentu;¹³⁰

Adanya persyaratan tambahan yang dibuat setelah tahap pra-kualifikasi serta sengaja tidak diberitahukan kepada semua peserta tender;¹³¹

Adanya indikasi persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti tender maupun pada saat penyusunan dokumen tender, yakni adanya persyaratan tender yang mengarah kepada

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*,

¹²⁶ *Ibid.*,

¹²⁷ *Ibid.*,

¹²⁸ *Ibid.*,

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*,

¹³¹ *Ibid.*,

pelaku usaha tertentu terkait dengan sertifikasi barang, mutu, kapasitas, serta waktu penyerahan yang harus terpenuhi.¹³²

d. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman tender meliputi antara lain:

Jangka waktu pengumuman tender yang sangat terbatas;¹³³

Informasi dalam pengumuman tender yang dengan sengaja dibuat tidak lengkap serta tidak memadai. Sementara itu di satu sisi, ada informasi yang lebih lengkap diberikan hanya kepada pelaku usaha tertentu;¹³⁴

Pengumuman tender dilakukan di media masa dengan jangkauan yang sangat terbatas.¹³⁵

e. Indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen tender, meliputi:

Dokumen tender yang diberikan tidak sama bagi seluruh calon peserta tender;¹³⁶

Waktu pengambilan dokumen tender yang diberikan oleh panitia tender sangat terbatas;¹³⁷

Alamat atau tempat pengambilan dokumen tender sulit dilacak atau ditemukan oleh calon peserta tender.¹³⁸

f. Indikasi persekongkolan pada saat penentuan harga perkiraan sendiri atau harga dasar lelang/tender, yang meliputi:

Adanya dua atau lebih harga perkiraan sendiri atau harga dasar atas suatu produk barang dan atau jasa yang akan ditenderkan;¹³⁹

¹³² *Ibid.*,

¹³³ *Ibid.*, hal 20.

¹³⁴ *Ibid.*,

¹³⁵ *Ibid.*,

¹³⁶ *Ibid.*,

¹³⁷ *Ibid.*, hal 21.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

Harga perkiraan itu sendiri atau harga dasar hanya diberikan kepada pelaku usaha tertentu;¹⁴⁰

Harga perkiraan sendiri atau harga dasar yang ditentukan berdasarkan pertimbangan yang tidak jelas secara sewajarnya.¹⁴¹

- g. Indikasi persekongkolan pada saat penjelasan (*anwijzing*) tender atau open house tender, meliputi antara lain:

Informasi atas barang dan atau jasa yang akan ditender tidak jelas serta cenderung ditutup-tutupi;¹⁴²

Penjelasan tender dapat diterima oleh pelaku usaha yang terbatas sementara sebagian besar calon lainnya tidak dapat menyetujuinya;¹⁴³

Salah satu calon peserta tender/lelang melakukan pertemuan secara tertutup dengan pihak panitia atau penyelenggara tender.¹⁴⁴

- h. Indikasi persekongkolan tender pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran tender/lelang, antara lain meliputi:

Adanya dokumen penawaran yang diterima setelah batas waktu;¹⁴⁵

Adanya dokumen yang dimasukkan dalam satu amplop bersama – sama dengan penawaran peserta tender/lelang yang lain;¹⁴⁶

Terdapat penyesuaian harga penawaran pada saat-saat akhir sebelum memasukan.¹⁴⁷

- i. Indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender/lelang, meliputi antara lain:

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, hal 22

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

Jumlah peserta tender/lelang yang lebih sedikit dari jumlah peserta tender/lelang dalam tender sebelumnya;¹⁴⁸

Para peserta tender memasukkan harga penawaran yang hampir sama;¹⁴⁹

Panitia cenderung memberikan keistimewaan pada peserta tender tertentu;¹⁵⁰

Adanya beberapa dokumen penawaran tender yang mirip.¹⁵¹

- j. Indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang tender, meliputi antara lain:

Pengumuman dilakukan secara terbatas sehingga pengumuman tersebut tidak diketahui secara optimal oleh pelaku usaha yang memenuhi persyaratan;¹⁵²

Peserta tender yang menang cenderung berdasarkan sistem arisan atau bergilir secara tetap;¹⁵³

Ada selisih harga yang cukup signifikan atau besar antara harga yang diajukan oleh pemenang tender dengan harga penawaran yang diajukan oleh pemenang tender dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak wajar atau tidak dapat dijelaskan secara gamblang.¹⁵⁴

- k. Indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan meliputi antara lain:

Panitia tidak menanggapi secara serius sanggahan yang berasal dari peserta tender;¹⁵⁵

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*, hal 23

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

Panitia cenderung menutup- nutupi proses dan hasil evaluasi.¹⁵⁶

- L. Indikasi persekongkolan pada saat penunjukan pemenang tender serta pada saat acara penandatanganan kontrak, meliputi antara lain:

Surat penunjukan sebagai pemenang tender telah diterbitkan sebelum terjadinya tahap atau proses sanggahan diselesaikan;¹⁵⁷

Penerbitan surat penunjukan pemenang tender mengalami penundaan tanpa menyebut suatu alasan yang dapat pertanggung jawabkan ;¹⁵⁸

Surat penunjukan sebagai pemenang tender tidak lengkap.¹⁵⁹

- M. Indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan (monitoring dan evaluasi), antara lain:

Pemenang tender sudah mensub-kontrakkan pekerjaan yang sudah diperolehnya kepada perusahaan lain atau kepada peserta tender lainnya yang kalah dalam aktivitas tender tersebut;¹⁶⁰

Volume atau nilai proyek yang diserahkan kepada pemilik proyek tidak sesuai dengan ketentuan awal, tanpa alasan yang dapat dipertanggung jawabkan;¹⁶¹

Hasil pekerjaan proyek tidak sesuai atau lebih rendah dibandingkan dengan ketentuan yang diatur dalam spesifikasi teknis, tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan.¹⁶²

Namun berbagai indikasi persekongkolan tender yang dibuat oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) masih perlu dibuktikan oleh komisi dan

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, hal 24.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

indikasi tersebut juga merupakan pedoman bagi para pelaku usaha yang mengikuti kegiatan tender serta panitia dan pejabat pengadaan barang dan jasa pemerintah. Pada prinsipnya, pedoman tersebut dibentuk sesuai dengan tujuan UU No. 5 Tahun 1999,¹⁶³ yaitu untuk memulihkan persaingan usaha pada pasar yang bersangkutan. Berbagai indikasi tersebut merupakan pedoman bagi para pelaku usaha/peserta tender dan pejabat/panitia tender untuk tidak melakukan persekongkolan tender. Pihak KPPU perlu memberikan batas-batas kewenangan yang jelas pada setiap tahapan tender, sehingga masyarakat dapat memahami dan mengerti secara jelas tahapan-tahapan tender yang mana yang menjadi kewenangan untuk dilakukan pemeriksaan lebih lanjut oleh KPPU.

2.1.6. Dampak dari Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam Persekongkolan Tender

Dalam tender, para pihak yang terlibat dalam proses tender melakukan suatu perbuatan persekongkolan untuk mengatur para peserta tender tertentu dapat memenangkan tender tertentu.¹⁶⁴ Seharusnya dalam proses tender penentuan pemenang tender tidak dapat diatur-aturlah sedemikian rupa, melainkan siapa yang melakukan *bid*/penawaran yang terbaik (murah).¹⁶⁵

Namun kenyataan menunjukkan lain bahwa persekongkolan tender justru membawa akibat (dampak) buruk, baik bagi peserta tender lain yang tidak ikut terlibat dalam persekongkolan maupun bagi dunia persaingan usaha itu sendiri. Hampir sebagian besar peserta tender setuju, bahwa dalam proses tender seringkali ditemui adanya persekongkolan. Mereka berpendapat, bahwa persekongkolan tender senantiasa membawa dampak negatif/buruk bagi peserta tender lainnya yang ingin melakukan melakukan proses tender secara wajar dan sehat.¹⁶⁶ Oleh karena itu dampak negatif adanya persekongkolan tender harus

¹⁶³ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 3.

¹⁶⁴ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 201.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 201.

dihilangkan, karena dapat membawa beberapa akibat yang merugikan, diantaranya adalah:

- a. Persekongkolan tender menciptakan hambatan (*barrier to entry*) bagi peserta tender lainnya¹⁶⁷

Persoalan mengenai hambatan masuk ke pasar bersangkutan (*barrier to entry*) bagi pelaku usaha merupakan persoalan serius yang dihadapi dalam rangka melakukan kegiatan usahanya secara lancar. Dalam proses tender, para peserta tender mempunyai kesempatan yang sama untuk menjadi pemenang tender. Persekongkolan tender yang dilakukan oleh para pihak yang terlibat dalam proses tender akan mengakibatkan peserta tender lainnya menjadi terhalang (*barrier to entry*) 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 tender.

- b. Persekongkolan dapat menimbulkan inefisiensi anggaran pemerintah serta merugikan negara;¹⁶⁸

Secara teoritis dan universal, kesejahteraan konsumen dan efisiensi merupakan hal yang tidak dapat dipisahkan karena baik kesejahteraan dan efisiensi akan bertambah baik dengan semakin tingginya persaingan dibandingkan jika tidak terjadi persaingan atau tingkat persaingan rendah bahkan tidak ada sama sekali. Sehubungan pengadaan tender secara langsung menggunakan Anggaran Negara maka jika tidak terjadi efisiensi akibat tidak adanya persaingan maka Anggaran Negara yang seyogyanya dialokasikan untuk rakyat berlahir

¹⁶⁷ Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI, *Pedoman Larangan Persekongkolan dalam Tender berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999, op.cit.*, hal. 25.

¹⁶⁸ *Ibid.*

kepada oknum-oknum tertentu dalam pelaksanaan tender dan negara serta rakyat dirugikan.

- c. Persekongkolan tender dapat mengurangi kepercayaan pasar terhadap kredibilitas pemerintah/aparat pemerintah sebagai penyelenggara tender.¹⁶⁹

Persekongkolan dalam tender acapkali terjadi dalam praktek pengadaan barang dan atau jasa oleh pemerintah. Kegiatan pengadaan barang dan atau jasa yang penuh dengan persekongkolan jelas dapat mengurangi kepercayaan pasar terhadap pemerintah, dimana pemerintah berperan sebagai penyelenggara tender. Biasanya para pelaku usaha mempunyai pendapat yang sama, bahwa setiap kegiatan tender/pengadaan barang dan atau jasa yang diselenggarakan oleh pemerintah pasti akan mengandung persekongkolan tender.

2.2. Penanganan Persekongkolan Tender di KPPU

Untuk mengawasi pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999 (UU Antimonopoli) dibentuk suatu komisi.¹⁷⁰ Pembentukan ini didasarkan pada pasal 34 UU No. 5 Tahun 1999 yang menginstruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas, dan fungsi komisi ditetapkan melalui Keputusan Presiden. Komisi ini kemudian dibentuk berdasarkan Keppres 75 Tahun 1999 dan diberi nama Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU.¹⁷¹ Dengan demikian, penegakan hukum Antimonopoli dan persaingan usaha berada dalam kewenangan KPPU.¹⁷² 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 memutus perkara.¹⁷³

¹⁶⁹ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 202.

¹⁷⁰ Andi Fahmi Lubis, et al., *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks*, (Indonesia: GTZ, 2009), hal. 311.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

Terhitung sejak tahun 2000 sampai akhir tahun 2011, dari sekian banyak perkara yang masuk ke KPPU, sebagian besar didominasi oleh kasus tender hampir mencapai sebesar 72 %.¹⁷⁴ Di antara kasus-kasus tender yang ditangani oleh KPPU, tercatat 80% dari 400 lebih kasus ditangani sejauh ini adalah kasus persekongkolan tender khususnya pada proyek-proyek pemerintah daerah.¹⁷⁵ Di samping persekongkolan tender, kasus terbanyak lain yang ditangani KPPU adalah masalah –masalah persaingan usaha lain yang berkaitan dengan monopoli, kartel, dan penetapan harga. Sebagian besar penanganan kasus-kasus itu berdasarkan adanya laporan masyarakat yang kemudian ditindaklanjuti oleh KPPU.¹⁷⁶

Tata cara penyampaian laporan diatur lebih lanjut oleh Komisi.¹⁷⁷ Namun demikian, hukum acara untuk permasalahan hukum persaingan hanya diatur dalam UU Antimonopoli dan Keputusan KPPU No. 5 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999.

2.2.1. Alat Bukti Pemeriksaan di KPPU

Untuk menimbulkan keyakinan, maka Komisi harus memastikan ada tidaknya perbuatan yang menyebabkan terjadinya praktek persekongkolan atau persaingan usaha tidak sehat. Dalam proses mencari kepastian tersebut, Komisi berwenang memanggil pelaku usaha yang dengan alasan yang cukup diduga telah melakukan pelanggaran.¹⁷⁸ Yang dimaksud dengan dugaan yang cukup beralasan adalah dugaan yang dihasilkan dari proses penyelidikan yang dilakukan oleh

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, “Statistik Perkara KPPU” <http://www.kppu.go.id/id/perkara/statistik-perkara/>, diunduh 27 Februari 2012

¹⁷⁵ “Persekongkolan Tender Dominasi Kasus yang Ditangani KPPU,” <http://www.batamtoday.com/berita13886-Persekongkolan-Tender-Dominasi-Kasus-yang-Ditangani-KPPU.html> Kamis, 12 April 2012.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Lihat Pasal 38 ayat (4) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

¹⁷⁸ Knud Hansen, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Jakarta: Katalis-Publishing-Media Services, 2002), hal. 6.

Komisi.¹⁷⁹ Pelaku usaha diberi hak untuk mengemukakan pendapatnya sebagai upaya pembelaan diri terhadap tuduhan Komisi. Setelah adanya dugaan dan mendengarkan pembelaan pelaku usaha, demi mendapatkan kebenaran materiil, maka Komisi dapat melakukan pembuktian dengan cara memanggil saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran. Disamping itu, akta juga dapat dipergunakan sebagai alat bukti.¹⁸⁰ Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat telah menyebutkan secara rinci atau limitatif alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang, yaitu:

- a. Keterangan saksi;
- b. Keterangan ahli;
- c. Surat dan atau dokumen;
- d. Petunjuk;
- e. Keterangan pelaku usaha.¹⁸¹

Diluar ini, tidak dapat dipergunakan sebagai alat bukti yang sah. Dengan demikian di luar alat bukti itu tidak dibenarkan dipergunakan untuk membuktikan kesalahan pelaku usaha/ terlapor.¹⁸² Pasal 64 ayat (2) Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 1 Tahun 2006 Tentang Cara Penanganan di KPPU menyatakan juga bahwa Majelis Komisi menentukan sah atau tidak sahnya suatu alat bukti dan menentukan nilai pembuktian berdasarkan kesesuaian sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti yang sah.

Dalam pembuktian perkara persekongkolan, Komisi seringkali kesulitan dalam memperoleh *direct evidence* (bukti langsung) terjadinya persekongkolan¹⁸³ karena pelaku usaha tidak sebodoh itu untuk menuangkan perjanjian *illegal* dalam

¹⁷⁹ *Ibid.*, hal. 384.

¹⁸⁰ Andi Fahmi Lubis, et al., *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks*, (Indonesia: GTZ, 2009), hal. 325.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ "Indirect Evidence Bisa Buktikan Persekongkolan Tender," <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4ee6ad5620901/indirect-evidence-bisa-buktikan-persekongkolan-tender> 13 Desember 2011.

bentuk tertulis seperti perjanjian. Oleh karena itu, diperkenalkan *indirect evidence* (bukti tidak langsung) yang dapat digunakan untuk mendukung *direct evidence*. *Indirect evidence* adalah suatu bentuk bukti yang secara tidak langsung menyatakan adanya persekongkolan/kerja sama, terdiri atas Bukti Komunikasi dan Bukti Ekonomi.¹⁸⁴ *Indirect evidence* tidak sama dengan alat bukti menurut Pasal 42 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat karena *indirect evidence* menggunakan prinsip lain. Misalnya:

1. Catatan tentang banyaknya percakapan telepon antara para pesaing hanya berkenaan dengan banyaknya (beberapa kali) percakapan telepon itu dilakukan bukan mengenai pembuktian substansi percakapan yang melahirkan persekongkolan.
2. Perjalanan menuju tujuan yang sama, misalnya untuk menghadiri konferensi dagang; tanpa membuktikan sama sekali adanya fakta terjadinya persekongkolan.
3. Partisipasi dalam pertemuan, tanpa membuktikan sama sekali substansi pertemuan tersebut yang menghasilkan persekongkolan.
4. Penafsiran atau interpretasi, suatu yang terlarang dalam pembuktian pidana menurut prinsip Hukum Acara Pidana. Pendapat atau rekaan yang diperoleh bukan merupakan bukti.
5. Logika, tidak membuktikan apa yang dilihat, didengar, atau dialami sendiri.
6. Bukti ekonomi: amat tergantung kepada metode yang dipergunakan.¹⁸⁵ Biasanya berupa:
 - a. Perilaku di pasar dan industri.
 - b. Laba yang tinggi secara tidak normal.
 - c. Bukti struktural tentang adanya hambatan yang tinggi untuk masuk ke pasar¹⁸⁶

¹⁸⁴ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Pasal 5 UU No 5 Tahun 1999 tentang Penetapan harga*.

¹⁸⁵ *Ibid.*, hal. 60-61.

Jadi, bukti tidak langsung, yang juga disebut *circumstancial evidence*, tidak dapat berdiri sendiri sebagai bukti. *Indirect evidence* harus didukung dengan bukti-bukti lain yang mendukung.¹⁸⁷

Setelah melakukan penyelidikan, mendengarkan pembelaan dari pelaku usaha dan melakukan pembuktian, maka Komisi dapat mengambil keputusan. Keputusan berupa ada tidaknya pelanggaran yang dilakukan pelaku usaha yang diperiksa serta ada tidaknya kerugian di pihak pelaku usaha lain sebagai akibat dari pelanggaran tersebut. Dengan melihat pada proses penyelidikan sampai dengan pengambilan keputusan yang dilakukan oleh Komisi, maka jelaslah bahwa kebenaran yang dicari dalam perkara persekongkolan dan persaingan usaha lain adalah kebenaran materiil yang berdasar pada bukti yang nyata, serta keyakinan Komisi yang tidak terbantahkan.¹⁸⁸

2.2.2. Pendekatan Hukum dalam Pembuktian Persekongkolan Tender

Dalam persaingan usaha yang kita kenal selama ini, secara yuridis terdapat 2 (dua) macam dasar pengaturan (pendekatan) yang dapat digunakan untuk menganalisis, apakah suatu perbuatan, baik itu berupa perjanjian maupun kegiatan, telah melanggar undang-undang antimonopoli atau tidak. Pertama, melalui pendekatan *per se illegal* (*per se illegal approach*),¹⁸⁹ dan kedua melalui pendekatan *rule of reason* (*rule of reason approach*). Kedua macam dasar pengaturan melalui pendekatan hukum anti monopoli ini dapat digunakan untuk menghukum pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap larangan persekongkolan tender yang diatur dalam Undang-Undang Antimonopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

¹⁸⁶ *Ibid.* hal. 54-55.

¹⁸⁷ "Indirect Evidence Bisa Buktikan Persekongkolan Tender," <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4ee6ad5620901/indirect-evidence-bisa-buktikan-persekongkolan-tender> 13 Desember 2011.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Istilah *per se illegal* ini identik dengan istilah *per se doctrine* atau *per se violatio*. Periksa pula Daniel V. Davidson, *Comprehensive Business Law, Principle and Cases*, (Kent Publishing Co., 1987), hal 142. Pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* ini mula pertama kali terjadi dalam praktek penerapan Pasal 1 The Sherman Act 1890 di USA, terutama untuk kasus-kasus yang diduga melanggar antitrust law (UU Antimonopoli) di sana.

Metode pendekatan *rule of reason* (*rule of reason approach*). Pendekatan *rule of reason* dalam persaingan usaha ini merupakan kebalikan dan lebih luas cakupannya jika dibandingkan dengan pendekatan *per se illegal* (*per se illegal*) dan pendekatan *rule of reason* ini cenderung berorientasi pada prinsip efisiensi.¹⁹⁰ Pada sisi lain penggunaan pendekatan *rule of reason* juga memungkinkan pihak pengadilan melakukan interpretasi terhadap Undang-Undang Antimonopoli. Misalnya yang dilakukan oleh Mahkamah Agung Amerika yang menetapkan *rule of reason* sebagai standar bagi pengadilan untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif/persaingan serta menetapkan layak tidaknya suatu hambatan perdagangan. Dengan kata lain pendekatan *rule of reason* tersebut dapat digunakan oleh pengadilan untuk mengetahui serta menilai apakah terdapat hambatan dalam perdagangan atau tidak, dan apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi atau bahkan mengganggu proses persaingan atau tidak.¹⁹¹ Sebaliknya, pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga jual kembali.¹⁹²

Dengan demikian akibat yuridis dari perbuatan yang termasuk dalam kategori pendekatan *rule of reason* ini adalah selama perbuatan tersebut memenuhi persyaratan yang bersifat anti persaingan serta merugikan masyarakat, maka seketika itu juga perbuatan tersebut merupakan suatu perbuatan melawan hukum, dan oleh karenanya harus dilarang. Di Indonesia, larangan

¹⁹⁰ Ada kecenderungan bahwa di Amerika analisis yang berorientasi pada efisiensi berasal dari kelompok/mazhab Chicago, yakni suatu aliran yang meyakini teori tentang harga sebagai kekuatan besar, yang dapat mempengaruhi kehidupan perekonomian negara. Menurut teori ini pasar akan bekerja secara otomatis dengan melandaskan pada efisiensi. Pandangan ini pertama kali diajukan oleh George Stigler yang mengutarakan bahwa, sebenarnya untuk bisa masuk pasar tidak perlu ada hambatan, kecuali disebabkan karena faktor harga, sehingga bila terjadi konsentrasi tinggi pada suatu pasar, maka hal ini merupakan refleksi dari kemampuan *economic of scale* serta besarnya pasar secara relatif. Periksa: Giles H. Burgegg, *The Economic of Regulation and Antitrust*, (Harper Collins Colege Publishers, 1995), hal 226-227.

¹⁹¹ E. Thomas Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, (New York: Matthew Bender & Co, 1994), hal 85.

¹⁹² R.S. Khemani dan D. M. Saphiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, (Paris:OECD, 1996), hal. 51.

persekongkolan dalam kegiatan tender diatur dalam ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 yang menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan pasal tersebut menyimpulkan bahwa penyelidikan terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dilakukan melalui metode pendekatan *rule of reason*. Hal itu terlihat dalam kalimat yang menyatakan “... sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat..”. Pengertian kalimat tersebut adalah tender kolusif “dapat” dilakukan apabila tidak “... mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat...”. Ketentuan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 berbeda dengan pengaturan tender di beberapa negara yang mengutamakan pendekatan *per se illegal* seperti Amerika Serikat dan Jepang. Otoritas pengawas persaingan usaha dapat menjatuhkan pidana denda atau sanksi administratif terhadap pelaku usaha dan atau pengguna barang dan jasa yang terlibat apabila tiap pihak yang berpartisipasi bersepakat dan terbukti dalam persekongkolan tender. Tender kolusif mengutamakan aspek perilaku berupa perjanjian persekongkolan yang umumnya dilakukan tanpa bukti tertulis. Konsekuensi logis pendekatan *rule of reason* yang dianut oleh Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menyebabkan KPPU sulit untuk melakukan proses penyelidikan persekongkolan dalam kegiatan tender karena KPPU harus membuktikan bahwa persekongkolan dalam kegiatan tender “dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.” Unsur dimaksud dianggap sebagai proses pembuktian yang berlebihan sehingga menyulitkan KPPU dalam membuat putusan.

2.2.3. Ketidakwajaran Harga dalam Penawaran Tender sebagai Bukti Ekonomi

Dalam pembuktian unsur “mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat”, Komisi seringkali mengalami kesulitan karena tidak pernah ada *direct evidence* yang secara langsung membuktikan persaingan tidak sehat. Salah satu indikasi yang dapat digunakan membuktikan persaingan tidak sehat adalah harga yang tidak wajar. Dalam Pedoman Pasal 22 KPPU menyatakan bahwa indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang salah satunya yaitu ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang tender/ lelang

dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak wajar.¹⁹³ Menurut teori persaingan usaha yang modern, proses persaingan usaha dapat mencapai tujuannya tersebut dengan cara memaksakan alokasi faktor dengan cara ekonomis sehingga terwujudlah penggunaan paling efisien sumber daya terbatas terhadap konsumen.¹⁹⁴ Seperti halnya dalam iklim berkompetisi, tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang paling tidak harus terdiri dari 2 (dua) atau lebih pelaku usaha sehingga ide dasar pelaksanaan tender berupa perolehan harga terendah dengan kualitas terbaik dapat tercapai.¹⁹⁵

Namun di sisi lain, persekongkolan tender dapat pula menimbulkan tindakan kolusif yang bertujuan untuk meniadakan persaingan dan menaikkan harga.¹⁹⁶ Walaupun dalam prakteknya, panitia tender melihat kepada aspek-aspek lain seperti kualitas dan kualifikasi peserta selain dari harga, namun tak dapat dipungkiri bahwa hampir setiap kasus tender yang masuk ke KPPU terjadi praktek-praktek penyimpangan yang mengarah pada Korupsi Kolusi Nepotisme (KKN) yang dilakukan antara sesama peserta tender maupun peserta tender dengan panitia tender maupun dengan pejabat instansi yang menyelenggarakan tender.

Harga yang tidak wajar tersebut dapat digunakan oleh KPPU sebagai salah satu bukti ekonomi dalam membuktikan persekongkolan dalam tender. Bukti ekonomi ini eksistensinya diakui sebagai *indirect evidence* dalam proses pembuktian.¹⁹⁷ Untuk menentukan kewajaran suatu harga dalam konteks persaingan usaha, Pengadilan Amerika Serikat (*US Court*) dalam memutus perkara persekongkolan memperkenalkan suatu metode yang bernama “Metode

¹⁹³ Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam tender Berdasarkan Undang-Undang No 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, (Jakarta: KPPU, 2008), hal. 11.

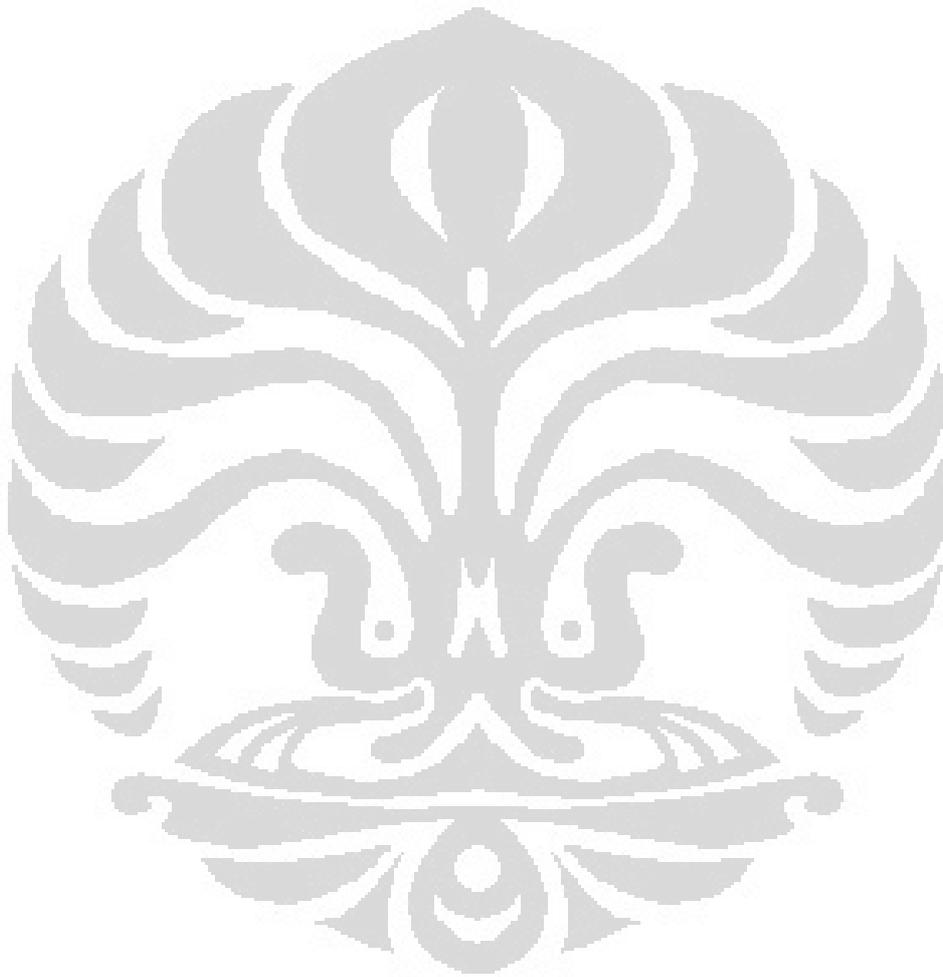
¹⁹⁴ Andi Fahmi Lubis *et al.*, *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks* (Jakarta: GTZ, 2009), hal. 8.

¹⁹⁵ Kristanto, *op. cit.*, hal. 45.

¹⁹⁶ Hansen, *op. cit.*, hal. 314.

¹⁹⁷ “Indirect Evidence Bisa Buktikan Persekongkolan Tender,” <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4ee6ad5620901/indirect-evidence-bisa-buktikan-persekongkolan-tender> 13 Desember 2011.

Yardstick”. Metode ini merupakan salah satu dari beberapa metode yang diklasifikasikan sebagai metode perbandingan (*comparator-based method*) yang dimiliki *US Court* dalam memutus beberapa perkara persekongkolan.¹⁹⁸ Metode ini dapat menghasilkan suatu bukti ekonomi yang berkaitan dengan persekongkolan.



¹⁹⁸ Claire M. Korenblit dan Sidley Austin LLP, “Quantifying Antitrust Damages-Convergence of Methods Recognized by US Court and the European Commission,” *CPI Antitrust Chronicle March 2012*, hal 3.

BAB III

KAJIAN TEORI MENGENAI METODE YARDSTICK

3.1. Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Amerika

Perjuangan dalam penegakan persaingan usaha di Amerika Serikat diawali dengan munculnya Sherman Antitrust Act pada tahun 1890 sebagai undang-undang besar pertama yang menindak praktek-praktek terkait dengan kartel dan monopoli yang menindas.¹⁹⁹ The Sherman Antitrust Act adalah hukum federal yang melarang segala kontrak, kepercayaan, atau konspirasi yang melarang berbagai kontrak, trust, atau konspirasi sebagai hambatan dalam perdagangan. Sherman Antitust Act kemudian mengalami amandemen dengan diberlakukan Clayton Act pada tahun 1914 sebagaimana tujuan dari undang-undang ini adalah memberikan penegakan yang lebih baik terhadap The Sherman Antitrust act.²⁰⁰ Beberapa hal baru yang diatur dalam Clayton Act meliputi diskriminasi harga, kontrak eksklusif, tying agreement, merger dan akuisisi. Dalam mendukung semangat penegakan Clayton Act, maka Kongres membentuk komisi federal dengan diberlakukannya Federal Trade Commission (FTC) Act pada tahun 1914.²⁰¹ Tugas utama Komisi ini adalah memantau praktek-praktek persaingan tidak sehat, dengan kewenangan yang dimiliki yaitu menyelidiki dan memutus perkara persaingan tersebut.

Sejak diberlakukan Clayton Act, gugatan perdata *Antitrust* telah menjadi suatu komponen yang penting dalam penegakan hukum perdata di Amerika

¹⁹⁹ What is The Sherman Act and The Clayton Act?
http://business-law.freedvice.com/business-law/trade_regulation/anti_trust_act.htm

²⁰⁰ *Ibid.*,

²⁰¹ “Antitrust Law : A Brief Story”
http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf 25 April 2012.

Serikat.²⁰² Gugatan perdata yang mengkombinasikan dengan penegakan hukum pidana tersebut, dipergunakan sebagai sarana untuk mencapai tingkat yang sesuai dengan pencegahan.²⁰³ Di sisi lain, hal tersebut juga dipandang sebagai mekanisme kompensasi kepada mereka yang mengalami kerugian akibat tindakan-tindakan anti persaingan illegal yang marak terjadi.²⁰⁴ Beberapa tahun belakangan ini, penegakan *antitrust* telah tumbuh dan merambah sampai negara-negara di luar Amerika Serikat seperti di Asia yaitu Jepang dan Inggris.²⁰⁵ Tidak hanya sampai di situ, perkembangan *Antitrust* pun juga sudah meluas sampai benua Eropa (*European Union*).²⁰⁶

Dampak langsung dari praktek-praktek trust yang terjadi adalah hambatan pelaku usaha pesaing untuk masuk ke pasar. Pelaku usaha pesaing dapat menderita sejumlah kerugian antara lain:

1. *A loss of profit*²⁰⁷ (kerugian keuntungan),

Kerugian yang masif merupakan dampak terbesar dalam gugatan terkait dengan *exclusionary behaviour*. Praktek seperti ini terjadi pada pelaku usaha pesaing yang dicegah dan dihambat untuk masuk dan melakukan usaha di dalam pasar.

2. *A loss of chance*²⁰⁸ (kerugian kesempatan), dan

Di samping menderita kerugian uang yang cukup besar, pelaku usaha pesaing juga menderita kesempatan untuk melakukan bisnis

²⁰² Daniel L. Rubinfeld, "Antitrust Damages : Research handbook on the Economics of Antitrust Law", 21 November 2009, hal. 1.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Luigi Prosperetti, "Estimating Damages to Competitors from exclusionary practices in Europe : A Review of The Main Issue in the Light of National Court's Experience, February 2009, hal. 6.

²⁰⁸ *Ibid.*, hal. 9.

sebagai akibat dari bagian dari *exclusionary behaviour* yang dilakukan.

3. *A loss of reputation*²⁰⁹ (kehilangan reputasi).

Sebagian dari pelaku usaha pesaing mengalami kehilangan reputasi karena dikeluarkan secara paksa dari pasar, tempat dimana yang bersangkutan mendapatkan reputasi.

Tidak hanya pelaku usaha pesaing, konsumen pun juga mengalami kerugian karena tidak mendapatkan produk yang diinginkan yakni produk dengan kualitas bagus dari pelaku usaha pesaing sebagai akibat *abusive behaviour* yang dilakukan oleh pelaku-pelaku usaha tertentu.²¹⁰ Dalam prakteknya, perusahaan dominan berusaha semaksimal mungkin untuk mencegah bahkan memutuskan mata rantai distribusi produk yang mengalir ke pelaku-pelaku usaha pesaing mereka. Perbuatan tersebut sudah pasti merupakan pelanggaran persaingan usaha karena tujuan yang dicapai adalah mematikan usaha pelaku usaha pesaing.

Sebagai upaya untuk mendapat kompensasi atas kerugian dalam penegakan hukum *antitrust*, Penggugat harus membuktikan 3 elemen yang berbeda yakni:

- (1) *Antitrust violation*
- (2) *Antitrust Injury*
- (3) *Damages*²¹¹

Untuk elemen ke 1 dan 2 nampaknya sudah jelas wajib dibuktikan yaitu pemenuhan tindakan pelanggaran oleh pelaku usaha dan ada pihak yang dirugikan sebagaimana pembuktian *per se illegal* diterapkan. Sedangkan untuk unsur yang ke 3 diperbolehkan untuk mendukung elemen ke 1 & 2. Berbeda dengan aturan *rule of reason*, bukti kausalitas dan kerugian merupakan elemen yang wajib untuk dibuktikan.²¹² Dari sekian banyak perkara –perkara yang masuk ke pengadilan,

²⁰⁹ *Ibid.*, hal 10.

²¹⁰ *Ibid.*, hal. 3.

²¹¹ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 1

²¹² Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 3

yang menjadi sorotan utama terbagi menjadi dua jenis yakni eksploitasi kekuatan pasar dengan menaikkan harga pelanggan dalam bentuk *overcharge* dan pengucilan pelaku usaha pesaing dari pasar atau mengurangi *market share* mereka.²¹³ Di Amerika, gugatan atas kerugian tersebut dapat diklasifikasikan secara umum menjadi kasus *overcharge* dan kasus *foreclosure*.²¹⁴ “*Overcharge are measure of overpayments by individual or businesses that have been injured as the result of an antitrust violation.*”²¹⁵ Dari definisi tersebut, *overcharge* merupakan pengukuran atas pembayaran yang berlebih oleh individu, kerugian sebagai hasil dari praktek trust. Dalam kasus *overcharge*, tergugat secara ilegal memaksakan harga tidak kompetitif melalui beberapa skema kolusi atau aktivitas monopoli.²¹⁶ Bentuk –bentuk *overcharge* yang sering terjadi dan dilakukan oleh pelaku usaha adalah dengan melakukan praktek penetapan harga serta *restraint of trade* (persekongkolan usaha) atau *illegal monopolizing behaviour* (perjanjian monopoli). Sama halnya, dalam kasus *foreclosure*, penggugat dicegah oleh para pelaku usaha pesaing untuk masuk ke dalam pasar dan ditujukan untuk menyebabkan kehilangan keuntungan yang diderita oleh Penggugat.²¹⁷ Kasus *foreclosure* ini dapat ditemui dalam bentuk pemboikotan. Sebagian besar kasus – kasus *overcharge* dan *foreclosure* dibuktikan oleh hakim secara *per se illegal*.²¹⁸

3.2. *Damages* sebagai Dampak dari *Antitrust Violation*

Dalam tahap pembuktian, Pengadilan harus membuktikan 3 unsur utama untuk menjerat pelaku usaha yang diduga bersaing tidak sehat yakni *Antitrust*

²¹³ Claire M. Korenblit dan Sidley Austin LLP, “Quantifying Antitrust Damages- Convergence of Methods Recognized by US Court and the European Commission,” *CPI Antitrust Chronicle* March 2012, hal 3.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 3

²¹⁶ Korenblit, *op. cit.*, hal 3.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 3

*Violation, Antitrust Injury, dan Damages.*²¹⁹. Sebagai akibat tindakan persaingan tidak sehat tersebut, tentu ada *damages* (kerugian) yang timbul. Dalam Pasal 15d. Clayton Act menyatakan suatu pernyataan :

In any action under section 15c(a) of this title, in which there has been a determination that defendant agreed to fix prices in violation of section 1 to 7 of this title, damages may be proved and assessed in the aggregate by statistical or sampling method, by the computation of illegal overcharges, or by such other reasonable system of estimating aggregate damages as the court in its discretion may permit without necessity of separately proving the individual claim of, or amount of damages to, person on whose behalf the suit was brought [? 4D Clayton Act, 15 U.S.C ? 15d.]

Dari pernyataan tersebut nampak bahwa Clayton Act memberikan suatu alternatif menggunakan metode statistik tertentu sebagai bukti ekonomi dalam membuktikan kerugian akibat *overcharge* atau tindakan lain yang bertentangan dengan persaingan sehat.

Hukum *Antitrust* Amerika memberikan apresiasi terhadap penggugat yang mampu membuktikan besar kerugian akibat pelanggaran persaingan usaha tersebut. Dalam Section 4 Clayton Act menyatakan:

“any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust law may sue... and recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee” 15 U.S.C. 15(a).

Dari ketentuan tersebut terlihat bahwa bagi penggugat yang dapat membuktikan besar kerugian dan memenangkan perkara akan mendapat ganti rugi besarnya tiga kali lipat dari kerugian yang muncul.²²⁰ Baik perkara *rule of reason* maupun *per se illegal*, apabila penggugat dapat membuktikan besar kerugian yang

²¹⁹ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 1

²²⁰ Hasil Putusan memerintahkan pemberian ganti rugi sebesar \$ 1 menjadi \$ 3 kepada USFL. *United States Football League v. NFL*, 644 F. Supp. 1040, 1151-54 (S.D.N.Y. 1986)

muncul maka memiliki peluang yang besar untuk memenangkan perkara dibandingkan tidak memberikan bukti besar kerugian.²²¹

Di Amerika Serikat, dalam menghitung besarnya kerugian dapat digunakan beberapa metode dan salah satu metode yang lazim diterapkan adalah metode yardstick. Metode yardstick adalah salah satu dari beberapa metode yang diklasifikasikan sebagai metode perbandingan (*comparator-based method*) yang digunakan oleh pengadilan dalam menghitung besar kerugian akibat persaingan tidak sehat.²²² Namun, dalam penerapannya, metode tersebut harus didukung oleh bukti-bukti yang lain seperti keterangan ahli atau keterangan saksi untuk membangun argumen kausalitas antara tindakan *exclusionary behaviour* dan dampak kerugian ekonomi pelaku usaha pesaing.²²³ Pengadilan Amerika mengatakan dan mengakui bahwa penghitungan kerugian yang pasti dan sempurna tidak mungkin dilakukan namun setidaknya dapat dijadikan dasar untuk menghitung estimasi kerugian yang muncul.²²⁴ Mahkamah Agung Amerika mengatakan: “Bahwa adalah cukup memegang sebuah acuan karena kerugian tidak dapat hanya didasarkan pada spekulasi belaka namun harus berdasarkan bukti penghitungan sebagai bukti kalkulasi nyata meskipun hasilnya hanya mendekati.”²²⁵

3.3. Metode Yardstick

²²¹ Patrick L. Anderson, Theodore R. Bolema, dan Ilhan K. Geckil, “Damages In Antitrust Cases”, *Anderson Economic Group LLC AEG Working Paper*, 2007, hal 2.

²²² Claire M. Korenblit dan Sidley Austin LLP, “Quantifying Antitrust Damages- Convergence of Methods Recognized by US Court and the European Commission,” *CPI Antitrust Chronicle March 2012*, hal 3.

²²³ Damages Case Discusses Lack of Sufficient Evidence for Causation, the “Yardstick” Method for Determining Lost Profit and the Use of Beta in the Calculation of WACC in a Lost Enterprise Value Analysis, http://www.gscpa.org/content/files/sections/vls/071607_vls_nl_article.pdf pada tanggal 13 April 2012.

²²⁴ Korenblit, *op. cit.*, hal 7.

²²⁵ *Ibid.*

Ada beberapa pendekatan yang digunakan oleh para ahli dalam mengevaluasi *damages* (kerugian) dalam litigasi *antitrust*.²²⁶ Dua metode yang lazim digunakan adalah metode yardstick dan metode before and after.²²⁷ Kedua metode tersebut dikategorikan sebagai *comparator-based method* (metode perbandingan) yang digunakan untuk memperkirakan harga pada pasar yang tidak terjadi pelanggaran *antitrust*. Perbedaan kontras antara dua metode tersebut terletak pada pasar yang dievaluasi. Metode before after mengevaluasi hanya pada pasar yang diduga berkolusi pada periode tertentu sedangkan Metode yardstick mengevaluasi dua pasar yang berbeda pada periode tertentu.²²⁸ Namun, salah satu metode yang paling sederhana dan kerap kali digunakan yaitu Metode Yardstick. Metode ini berdasarkan suatu pemikiran simpel bahwa mengetahui terjadi pelanggaran *antitrust* dengan cara membandingkan 2 (dua) keadaan perusahaan dalam periode tertentu.²²⁹

*“The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or “yardstick”, market that is assumed to be performing competitively.”*²³⁰

Dengan metode yardstick, penggugat membandingkan performa antara 2 perusahaan yang memiliki bisnis yang mirip, yang satu dijadikan sebagai tolak ukur.²³¹ Syarat penting lain yang tak boleh terlupakan adalah perusahaan yang dijadikan tolak ukur berada pada pasar yang tidak terjadi pelanggaran *antitrust*. Penggugat menggunakan performa bisnis perusahaan sejenis untuk menarik kesimpulan bagaimana keadaan bisnis penggugat dalam keadaan tak ada

²²⁶ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 3

²²⁷ Korenblit, *op. cit.*, hal 4.

²²⁸ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 4

²²⁹ Luigi Prosperetti, “Estimating Damages to Competitors from exclusionary practices in Europe : A Review of The Main Issue in the Light of National Court’s Experience, February 2009, hal. 12.

²³⁰ Korenblit, *op. cit.*, hal 4.

²³¹ Korenblit, *op. cit.*, hal 5

pelanggaran *antitrust*.²³² Perbandingan performa sering dilakukan untuk menghitung kerugian karena ada hambatan untuk masuk ke dalam pasar, biasanya ditemukan dalam kasus *foreclosure*.

Dengan menggunakan pendekatan ini, juga dapat menghitung kerugian karena praktek *overcharge* terkait dengan ketidakwajaran harga yang ditawarkan. Penerapan metode ini dengan membandingkan harga di dua pasar, antara pasar yang bersaing kompetitif dengan pasar yang diduga berkolusi. Perbandingan tersebut menghasilkan *but-for price* dari pasar yang bersaing secara kompetitif ketika pelanggaran *antitrust* terjadi. “*But-for price*” merupakan indeks pembanding dari harga standar suatu produk di pasar yang tidak terindikasi adanya pelanggaran *antitrust*.²³³ Pengadilan Amerika telah memutuskan bahwa ketika menggunakan metode tolak ukur dalam memperkirakan jumlah kerugian, harus memperhatikan: “*product, firm, and market comparability are all relevant factors in the selection of a proper yardstick*” dan “*cautioned that the yardstick firm must be unaffected, one way or the other, by the defendant’s antitrust violation.*”²³⁴ Dari rumusan paragraf tersebut, terdapat 3 (tiga) persyaratan yang ditentukan dalam penerapan metode yardstick:

I. Kesamaan produk (*same product*)

Produk yang relevan terdiri dari semua produk –produk yang sama atau dapat disubstitusi dengan alasan karakteristik produk yang sama.

II. Kesamaan perusahaan (*same firm*)

Kinerja ekonomi perusahaan (baik itu diukur dengan penjualan, pangsa pasar, keuntungan atau sebaliknya) tergantung pada beberapa variabel besar yang merefleksikan perusahaan yakni produk, sejarah, teknologi, merek) dan ditinjau dari pasarnya yakni tingkat permintaan konsumen dan tingkat persaingan.²³⁵

²³² *Ibid.*

²³³ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 4

²³⁴ Korenblit, *loc. cit.*

²³⁵ Luigi Prosperetti, “Estimating Damages to Competitors from exclusionary practices in Europe : A Review of The Main Issue in the Light of National Court’s Experience, February 2009, hal. 15.

III. Kesamaan pasar geografis (*same geographic market*)

Pasar yang identik adalah pasar geografis yang relevan dimana perusahaan bersangkutan dalam jangkauan pemasaran yang sama untuk suatu produk. Pasar geografis dibedakan menjadi pasar lokal, pasar regional dan pasar nasional.²³⁶ Pasar geografis yang paling baik adalah pasar lokal atau berada pada jangkauan pemasaran yang sama, namun tidak terindikasi pelanggaran *antitrust*.²³⁷

Berangkat dari 3 (tiga) persyaratan yang ditentukan tersebut, maka perusahaan yang dijadikan tolak ukur merupakan perusahaan di dalam pasar bersangkutan (*relevant market*). Sebagai syarat tambahan, perusahaan yang dijadikan tolak ukur harus berada pada pasar yang tidak terindikasi pelanggaran *antitrust*. Pengadilan Amerika dalam menentukan tolak ukur biasanya melakukan uji (2) dua kondisi antara lain:

Pertama, kedua perusahaan harus menjual produk yang sama atau paling tidak dapat disubstitusi.²³⁸

Kedua, memilih salah satu kondisi antara lain.²³⁹

- kedua perusahaan beroperasi dalam pasar geografis yang sama, tidak boleh terindikasi pelanggaran *antitrust*; atau
- Kedua perusahaan beroperasi pada pasar geografis yang berbeda diperbolehkan, dengan syarat kedua perusahaan memiliki kesamaan perusahaan (*same firm*)

Dalam beberapa tahun terakhir, Komisi Pengawas Persaingan Usaha telah mengidentifikasi sejumlah kriteria yang dapat membantu untuk menganalisis kondisi spesifik dari pasar bersangkutan (*relevant market*).²⁴⁰ Identifikasi ini dilakukan dengan melakukan beberapa analisa terstruktur untuk mendefinisikan

²³⁶ Korenblit, *op. cit.*, hal 4

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Prosperetti, *loc. cit.*

²³⁹ Prosperetti, *loc. cit.*

²⁴⁰ "Definition of Relevant Market," http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_en.htm 18 April 2012

pasar produk yaitu dengan membandingkan apakah produk A dan produk B adalah produk yang sama atau dapat disubstitusi. Analisis tersebut juga dapat dilakukan untuk menentukan pasar geografis dengan melakukan observasi apakah pelaku usaha yang bersangkutan dalam wilayah pemasaran yang sama atau tidak dengan pelaku usaha lain.²⁴¹ Adapun faktor-faktor lain yang dijadikan sebagai penilaian oleh komisi terhadap dimensi produk dan dimensi geografis dari pasar yang relevan dengan mempertimbangkan:²⁴²

1. Kondisi masa lampau: dalam beberapa kasus adalah memungkinkan untuk menganalisa bukti terkait dengan variasi harga, contohnya dalam hal produk substitusi dua produk serupa atau dalam hal tanggapan konsumen.
2. Hasil dari kajian studi : dengan menggunakan serangkaian tes ekonomi dalam menilai pasar bersangkutan (relevant market).
3. Survey kepada konsumen dan kompetitor : komisi mungkin mewawancarai konsumen utama dan kompetitor utama dalam mengumpulkan bukti-bukti faktual dan tanggapan mereka terhadap variasi harga dalam daerah geografis yang sama.

Sebelum menarik kesimpulan, Komisi dapat berkonsultasi dengan perusahaan tersebut pada batas-batas pasar produk dan pasar geografis bahkan dapat melakukan pemeriksaan *on the spot* jika diperlukan.²⁴³ Kemudian, perlu dicermati bahwa perusahaan yang dijadikan tolak ukur harus merupakan perusahaan yang bersih dan tidak ikut serta dalam praktek pelanggaran persaingan usaha.²⁴⁴ Langkah selanjutnya adalah membandingkan harga atau kerugian yang muncul antara perusahaan tersebut dengan perusahaan yang dijadikan tolak ukur.

²⁴¹ “Definition of Relevant Market,”

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_en.htm 18 April 2012.

²⁴² “Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of community competition law (97/C 372/03)”
[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT) 18 April 2012.

²⁴³ “Definition of Relevant Market,”

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_en.htm 18 April 2012.

²⁴⁴ *Ibid.*

Beberapa kasus pengadilan di Amerika menerapkan metode yardstick dengan kriteria-kriteria pasar bersangkutan yang mirip. Kasus –kasus tersebut antara lain:

1. Kasus *Bigelow v. RKO Radio Picture Inc*²⁴⁵

Bigelow adalah pemilik sebuah teater film di Chicago. Bigelow menggugat beberapa distributor film di Chicago seperti RKO Pictures, adalah distributor film, dan beberapa diantaranya bioskop yang dimiliki atau dikendalikan di Chicago atas dasar konspirasi yang dilakukan. Selama konspirasi, film ini didistribusikan di antara bioskop di Chicago sedemikian rupa bahwa teater dimiliki oleh beberapa pelaku usaha yang berkonspirasi tersebut menayangkan film lebih dahulu dibandingkan operator teater independen. Tentu, Bigelow sebagai teater independen merasa dirugikan atas hal ini. Kemudian penggugat mengajukan metode yardstick dimana membandingkan pendapatan dari teater pemohon, Jackson Park, selama persekongkolan dengan pendapatan dari pesaingnya, Teater Maryland. Kedua teater sebanding dalam ukuran, meskipun Jackson Park Teater adalah unggul di lokasi, peralatan, dan daya tarik pelanggan. Bukti ekonomi menunjukkan bahwa selama periode lima tahun terakhir, laba Maryland melebihi keuntungan seperti pemohon sebesar \$115,982.34. Hakim mengabulkan gugatan dari Penggugat. Dari kasus ini saya menyimpulkan bahwa untuk produk mereka sama (*same product*) yaitu film dan pasar geografis mereka adalah sama (*same geographic market*)

2. *National Farmer Organization vs Associated Milk Producers*²⁴⁶

Kasus ini berawal dari konspirasi yang dilakukan oleh Associated Milk Producer untuk memonopoli dan menghilangkan persaingan

²⁴⁵ U.S. Supreme Court, *Bigelow v. RKO Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251 (1946), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/251/case.html> 19 April 2012.

²⁴⁶ United States Court of Appeals Eight Circuit, *National Farmers Organization, Inc v. Associated Milk Producers, Inc*, <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/850/850.F2d.1286.87-1047.87-1046.html> 20 April 2012.

dalam pemasaran Grade A susu yang diproduksi di Midwest melalui diskriminasi harga dan gangguan pasokan. Tujuan dari konspirasi ini adalah untuk mematikan usaha National Farmer Organization. NFO kemudian menggunakan metode yardstick dimana memilih tolak ukur yaitu perusahaan-perusahaan sejenis meliputi daerah Minneaolis dan St. Paul, Minnesota, dan daerah sekitarnya. Terlihat memang ada selisih kerugian yang cukup signifikan dan hakim mengabulkan gugatan tersebut. Dalam kasus ini sangat menarik karena produk yang dijual sama (*same product*), namun tidak pada pasar geografis yang sama (*not same geographic market*) sehingga dipakai sebuah perusahaan yang memiliki ukuran sejenis (*same firm*)

3. Kasus ketiga ini berasal dari Indonesia terkait dengan kasus dugaan penetapan harga dan kartel dalam industri kelas farmasi kelas terapi amlodipine (Putusan KPPU No. 17/KPPU-I/2010). Dalam putusan KPPU²⁴⁷, PT Pfizer Indonesia (Terlapor I), PT Dexa Medica (Terlapor II), Pfizer Inc (Terlapor III) dan beberapa perusahaan lainnya melakukan penetapan harga tidak wajar untuk produk obat Norvask dan Tensivask. Dalam analisa *excessing pricing*, tim melakukan estimasi terhadap potensi *excessive pricing* dengan pendekatan yardstick. Metode yardstick menggunakan harga perbandingan di negara yang berbeda untuk mengetahui selisih antara harga tidak kompetitif (saat terjadinya kartel atau *pricefixing*) dengan harga kompetitif atau diasumsikan kompetitif yang terjadi di pasar yang berbeda. Hasilnya adalah sebagai berikut:

Median Price dalam Rp	Harga normal (3x harga median)	Harga Norvask	Harga Tensivask	Selisih dengan harga Norvask	Selisih dengan harga Tensivask
------------------------------	---------------------------------------	----------------------	------------------------	-------------------------------------	---------------------------------------

²⁴⁷ Putusan KPPU Nomor: 17/KPPU-I/2010, Industri Farmasi Kelas Terapi Amlodipine http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_17_2010_farmasi.pdf 20 April 2012.

1335	4005	6795,25	6325	2790,25	2320
1462,5	4387,5	7202,25	6737,5	2814,75	2350
1222,361	3667,083	7202,25	6737,5	3535,167	3070,417
1219,695	3659,085	7962,5	6737,5	3903,415	3078,415
509,168	1527,504	7940,625	7150	6413,121	5622,496
634,4	1903,2	8338	7150	6434,8	5246,8

Berdasarkan data yang disajikan dalam tabel, memang terlihat bahwa adanya kenaikan harga yang tidak wajar mencapai 70% dari harga normal untuk produk Novask dan Tensivask. Namun, dalam putusannya KPPU menyatakan bahwa penggunaan metode Yardstick oleh Tim pemeriksa adalah tidak tepat karena tidak cukup menjelaskan kriteria pasar yang kompetitif dan cocok untuk dijadikan perbandingan. Harga internasional tidak dapat dijadikan patokan dalam menentukan tolak ukur karena terlalu luas jangkauannya serta tidak dapat menentukan pasar yang bersangkutan yang serupa.

Dari beberapa kasus yang telah dipaparkan sebelumnya Hakim dalam menentukan pasar bersangkutan (*relevant market*) perlu menerapkan serangkaian tes untuk mencari perusahaan yang benar-benar cocok dijadikan sebagai tolak ukur. Penentuan perusahaan tolak ukur adalah berbeda dan tergantung pada kasus yang ditangani. Tidak hanya di Amerika, sejumlah kasus yardstick telah diputus oleh Pengadilan beberapa Negara Eropa:

1. Di Perancis, Pengadilan *Lescarcelle/De Memoris v. OGF* menerima metode tersebut dalam sebuah kasus yang berhubungan dengan *funeral services*, dimana Pasar Montmorency dianggap sebanding dengan Pasar Gonesse berdasarkan struktur pasar.²⁴⁸
2. Di Jerman, Pengadilan merasa segan untuk menggunakan metode yardstick: Berdasarkan *Storm Tarif*, pengadilan memutuskan pasar listrik regional adalah tidak sebanding.²⁴⁹

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*

3. Di Italia, Pengadilan Tingkat Banding Roma, dalam menindaklanjuti kasus data transmisi teknologi xDSL/SDH, menggunakan metode yardstick, dengan mengkalkulasi kerugian *market share* untuk para pelaku usaha yang terhalang masuk ke pasar.²⁵⁰

Tabel Intensitas Penggunaan Metode Yardstick oleh Hakim di Amerika dan Eropa²⁵¹

Case	Country	First Condition	Second Condition		Acceptance Yardstick
		Same Product	Same Firm	Same Geographic market	
Bigelow v. RKO Radio Picture Inc	US	Yes	No	Yes	Yes
Zenith Radio Corp	US	Yes	Yes	No	Yes
Agrasbell	US	Yes	Yes	No	Yes
Lehrman v. Grulf Oil	US	Yes	No	Yes	Yes
Jay Edwards Inc v. New England Toyota Distr.	US	Yes	No	Yes	Yes
Metrix Warehouse	US	Yes	No	Yes	Yes
National farmers v. Associated Milk Prod.	US	Yes	Yes	No	Yes
Home Placement Services, Inc. v. Providence Journal	US	Yes	Yes	No	No

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*, hal. 16

Rose Confections v. Ambrosia Chocolate	US	Yes	Yes	No	No
William Inglis & v. Continental Baking	US	Yes	No	Yes	No
Eleven Line v. N. Texas No Soccer Assn.	US	Yes	Yes	No	No
Valium	Germany	Yes	No	No	No
Strom Tariff	Germany	Yes	No	No	No
Conduit	Spain	Yes	Yes	No	No
Lescarcelle/De Memoris/OGF	France	Yes	Yes	No	Yes
Business Fill Company Ring	Italy	Yes	Yes	Yes	Yes

Berdasarkan pengamatan dalam tabel, terlihat bahwa 70% kasus menerima penerapan metode yardstick bagi perusahaan yang lulus dalam serangkaian uji 2 (dua) kondisi. Sedangkan, dalam beberapa kasus dalam tabel, metode yardstick ditolak untuk digunakan karena kembali lagi bahwa untuk menerapkan metode yardstick adalah tergantung bagaimana keyakinan hakim untuk diterapkan pada kasus tersebut. Kasus –kasus yang ditolak untuk diterapkan metode yardstick antara lain:

- ☐ In *Rose Confections Inc. v. Ambrosia Chocolate Co*, the 8th Circuit refused to accept as a valid yardstick the market share of the claimant in the different geographic market, which included a third competitor, which was presumed to have an impact on claimant's profits, but had been ignored in the claims. Dalam perkara ini, hakim menolak bukti yardstick karena perbedaan pasar geografis.²⁵²

²⁵² Prosperetti, *op. cit.*, hal 13.

¶ In Farmington, *the court refused the proposed yardstick as there were relevant differences between the product mixes and distribution network of the two firms*. Dalam kasus ini, hakim menolak yardstick karena produk dan jaringan distribusi yang berbeda antara 2 perusahaan tersebut sehingga tidak memungkinkan perusahaan yang satu untuk dijadikan tolak ukur.²⁵³

Pengadilan Amerika mengatakan dan mengakui bahwa penghitungan kerugian yang pasti dan sempurna tidak mungkin dilakukan namun setidaknya dapat dijadikan dasar untuk menghitung estimasi kerugian yang muncul.²⁵⁴ Mahkamah Agung Amerika mengatakan: “Bahwa adalah cukup memegang sebuah acuan karena kerugian tidak dapat hanya didasarkan pada spekulasi belaka namun harus berdasarkan bukti penghitungan sebagai bukti kalkulasi nyata meskipun hasilnya hanya mendekati.”²⁵⁵

3.4. Penerapan Metode Yardstick sebagai *Indirect Evidence* dalam Persekongkolan Tender

Persekongkolan dalam persaingan usaha yang sering terjadi adalah persekongkolan tender pengadaan barang/jasa pemerintah. Dalam pemilihan penyedia barang/jasa pemerintah, pada prinsipnya melalui metode pelelangan umum dimana dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media masa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya. Dari ketentuan tersebut, jelas bahwa tujuannya ialah menciptakan persaingan sehat antar pelaku usaha sebagai peserta tender. Persekongkolan tender pada hakekatnya bersifat anti persaingan karena persekongkolan tersebut bertentangan dengan maksud tender yakni untuk membeli barang/jasa berdasarkan

²⁵³ Prosperetti, *op. cit.*, hal 14.

²⁵⁴ Korenblit, *op. cit.*, hal 7.

²⁵⁵ *Ibid.*

harga dan persyaratan yang paling menguntungkan.²⁵⁶ Namun suatu kegiatan tender pengadaan barang/jasa yang diselenggarakan oleh instansi pemerintah maupun non pemerintah, seringkali terdapat upaya penyelewengan ataupun dalam bentuk indikasi persekongkolan yang bertujuan untuk memenangkan salah satu peserta tender yang sejak awal atau jauh-jauh hari memang dipersiapkan untuk menjadi pemenang tender. Adapun bentuk-bentuk penyelewengan dalam tender dapat berupa:²⁵⁷

- a. Pengelembungan anggaran (mark up);
- b. Pengadaan tender barang/jasa yang diarahkan;
- c. Penentuan jadwal yang tidak realistis;
- d. Pembentukan panitia yang tidak transparan;
- e. Keberpihakan panitia pada salah satu peserta tender;
- f. Dokumen administrasi yang tidak memenuhi syarat;
- g. Spesifikasi yang diatahakan sesuai keinginan salah satu peserta tender, dan lain-lain.

Mencermati kepada beberapa kasus tender yang telah lewat, sebagian besar terdapat fakta memperlihatkan bahwa harga penawaran dapat digunakan untuk menemukan adanya kolusi dalam tender. Menurut OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*), beberapa indikasi yang persekongkolan dalam tender terkait dengan harga penawaran sebagai berikut:²⁵⁸

- a. Peningkatan harga atau rentang harga yang mendadak dan serupa oleh peserta tender tidak dapat dijelaskan oleh peningkatan biaya;
- b. Diskon atau potongan harga yang diantisipasi menghilang secara mendadak;

²⁵⁶ Erman Rajagukguk, "Larangan Praktek Monopolidan Persaingan Usaha Tidak Sehat:Perjanjian yang Dilarang," makalah disampaikan dalam diskusi panel memperingati dua tahun UU No 5 Tahun 1999 dengan tema Evaluasi Penegakan UU No. 5 Tahun 1999, dan Visi ke Depan, Jakarta, 26 Maret 2002, hal 5.

²⁵⁷ Kagramanto, hal. 142.

²⁵⁸ Organization for Economic Co-operation and Development, "Pedoman Untuk Mengatasi Persekongkolan Tender dalam Pengadaan Publik," <http://www.oecd.org/dataoecd/30/13/42662829.pdf> 7 Mei 2012.

- c. Adanya perbedaan besar antara harga penawaran yang menang dengan harga penawaran lainnya;
- d. Harga penawaran pemasok tertentu lebih tinggi pada proyek-proyek tertentu dibandingkan harga penawaran untuk proyek serupa lainnya.

Salah satu indikasi yang sering terlihat dalam kasus-kasus tender adalah perbedaan besar antara harga penawaran pemenang tender dengan harga penawaran lainnya. Harga yang ditawarkan oleh pemenang tender terpaut cukup jauh dengan harga yang ditawarkan oleh peserta tender lainnya. Hal ini didasari bahwa peserta tender yang menang dalam tender tentu berupaya keras untuk meraih keuntungan yang sebesar-besarnya. Dalam iklim berkompetisi, tender yang bertujuan untuk memperoleh pemenang tender memiliki ide dasar pelaksanaan tender adalah untuk memperoleh harga terendah dengan kualitas terbaik dapat tercapai.²⁵⁹ Namun di sisi lain, persekongkolan tender dapat pula menimbulkan tindakan kolusif yang bertujuan untuk meniadakan persaingan dan menaikkan harga.²⁶⁰ Dalam Pedoman Pasal 22 KPPU juga menyatakan bahwa indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang salah satunya yaitu ada selisih harga yang besar antara harga yang diajukan pemenang tender/lelang dengan harga penawaran peserta lainnya, dengan alasan yang tidak wajar.²⁶¹

Pengadaan barang/jasa yang ada di Indonesia sebagian besar merupakan pengadaan barang/jasa pemerintah menggunakan dana APBN/D yang secara tidak langsung menggunakan uang yang berasal dari rakyat. Unsur Korupsi Kolusi dan Nepotisme (KKN) sangat kental dalam kegiatan persekongkolan tender terutama

²⁵⁹ Yakup Adi Kristanto, "Analisis Pasal 22 UU No 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender," *Jurnal Hukum Bisnis* vol 24 no 2, 2005, hal. 45.

²⁶⁰ Knud Hansen *et al.*, *Kebijakan Persaingan dan UU Anti Monopoli Dalam Ekonomi Pasar*, (Jakarta: Katalis, 2001) hal. 314.

²⁶¹ Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam tender Berdasarkan Undang-Undang No 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, (Jakarta: KPPU, 2008), hal. 11.

dalam transaksi pengadaan barang dan jasa.²⁶² Banyak orang beranggapan bahwa persekongkolan tender dan korupsi merupakan 2 (dua) hal yang saling berdekatan dan tidak dapat dipisahkan satu sama lain. KKN dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah dilakukan dengan beberapa pola yakni adanya kolusi antar pelaku usaha sehingga harga penawaran menjadi jauh lebih tinggi dari harga pasar dan kolusi berupa pemberian fee tertentu dari pelaku usaha kepada pejabat yang bersangkutan untuk “mengatur”.²⁶³ Harga pasar yang dimaksud merupakan harga barang bersangkutan yang mengacu pada harga di pasaran atau harga pembelian untuk barang tersebut. Apabila perbandingan harga pasar dengan harga penawaran yang diberikan memiliki selisih harga yang cukup besar dapat dijadikan indikasi telah terjadi persekongkolan tender. Hal ini cukup beralasan karena sebetulnya para pihak yang bersekongkol dalam tender barang dan jasa berharap bisa mendapatkan peningkatan pendapatan/penghasilan dari tender tersebut.²⁶⁴

Sebelumnya telah dipaparkan dua indikasi persekongkolan tender yakni adanya selisih harga besar antara harga penawaran yang pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lainnya dan harga penawaran yang jauh lebih tinggi dari harga pasar. Indikasi ini sebenarnya dapat diteliti dengan menerapkan metode yardstick. Metode yardstick merupakan sebuah metode asing yang dapat diterapkan dalam hal untuk membuktikan terjadinya penyimpangan dalam hal harga, biasanya dalam price fixing dan kartel. *“The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or “yardstick”, market that is assumed to be performing competitively.”*²⁶⁵ Dari rumusan tersebut, metode ini dapat diterapkan persekongkolan tender dimana melakukan perbandingan harga untuk melihat tingkat kewajaran harga yang ditawarkan.

²⁶² Kagramanto, *op. cit.*, hal. 74.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 111.

²⁶⁵ Korenblit, *op. cit.*, hal 4.

Pada umumnya, cara untuk memperkirakan adalah dengan menganalisa bukti dokumen penawaran untuk menentukan apakah peserta tender telah menaikkan harga tawaran berdasarkan kesepakatan pihak yang berkolusi.²⁶⁶ Namun, apabila bukti dokumen tersebut tidak tersedia, maka dapat melihat harga penawaran sebagai akumulasi harga secara holistik. Penerapan metode yardstick ini dalam persekongkolan tender yaitu membandingkan harga atau selisih antara harga penawaran yang berkolusi (*conspiratorial bids*) dengan harga yang tidak berkolusi.²⁶⁷ Kemungkinan penerapan metode yardstick dalam kasus persekongkolan tender dilakukan dalam 2 (dua) tahap yakni:

1. Membandingkan harga penawaran barang tender dengan harga pembelian dari pemasok barang (distributor/agen)
2. Membandingkan harga penawaran pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lain yang tidak terindikasi persekongkolan.

Penerapan metode yardstick yang digunakan dalam persekongkolan tender ini pada hakekatnya adalah sama dengan penerapan dalam perkara-perkara lain seperti kartel dan penetapan harga. Dalam tender pengadaan barang/jasa, peserta tender mendapatkan barang tender dari perusahaan pemasok dalam artian perusahaan agen/distributor. Harga pembelian dari perusahaan agen/distributor barang yang bersangkutan dapat dijadikan tolak ukur untuk melihat kewajaran dari harga yang ditawarkan dalam tender. Tujuan perbandingan dengan harga pembelian di sini adalah untuk membuktikan bahwa ada keuntungan besar yang diambil dari selisih harga pembelian dan harga penawaran dalam tender.

Tahap kedua yang perlu dilakukan yaitu membandingkan harga penawaran peserta tender dengan harga penawaran para peserta tender lainnya yang sudah digugurkan sebelumnya dengan alasan yang kurang rasional. Pada tahap pertama, hasil yang didapat adalah jumlah keuntungan yang diperoleh oleh pemenang tender, sedangkan pada tahap kedua tujuan yang ingin dicapai adalah melihat apakah keuntungan yang diterima pemenang tender merupakan

²⁶⁶ American Bar Association, *Proving Antitrust Damages : Legal and Economic Issues*, (US : ABA Publishing, 2010), hal. 214.

²⁶⁷ *Ibid.*

keuntungan yang wajar atau tidak. Caranya adalah melakukan perbandingan antara harga penawaran pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lainnya. Jika perbandingan tersebut menunjukkan perbedaan harga yang sangat jauh, maka memperkuat keyakinan bahwa telah terjadi manipulasi harga.

Sama halnya dalam tender pengadaan barang /jasa, dalam tender penjualan metode yardstick juga sangat mungkin diterapkan karena baik tender pengadaan barang/jasa maupun tender penjualan barang rawan terjadinya penawaran harga yang tidak wajar serta memberikan keuntungan pribadi terhadap oknum-oknum tertentu. Tender penjualan sering dikenal dengan istilah lelang. Pengertian tender penjualan atau lelang adalah tawaran untuk mengajukan harga tertinggi seperti penawaran atau penjualan lelang barang-barang inventaris atau barang sitaan pemerintah yang perolehannya melanggar hukum.²⁶⁸ Tujuan dari tender penjualan atau pelelangan adalah untuk melakukan penawaran terhadap barang yang sudah ada atau sudah dipersiapkan sebelumnya.²⁶⁹ Pada umumnya yang menjadi pemenang dalam pelelangan adalah peserta lelang yang melakukan penawaran harga paling tinggi.²⁷⁰

Penyimpangan yang sering terjadi dalam tender penjualan atau lelang yaitu penawaran harga yang tidak wajar. Harga yang ditawarkan biasanya cenderung jauh lebih rendah dari semestinya dengan tujuan memberikan keuntungan sebesar-besarnya. Dalam hal ini, metode yardstick dalam diaplikasikan dengan cara membandingkan harga penawaran dalam tender penjualan dengan harga pasar. Namun, perlu dicermati dalam mencari harga pasar harus memegang kriteria-kriteria yang telah ditentukan untuk mendapatkan tolak ukur yang ideal. Tentunya untuk mencari harga pasar, tolak ukur yang digunakan harus memenuhi persyaratan kesamaan produk dan kesamaan pasar geografis. Hal ini untuk menghindari perbedaan terlalu mencolok sehingga harga perbandingan tersebut tidak *valid*.

²⁶⁸ Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender Berdasarkan Undang-Undang No 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, (Jakarta: KPPU, 2008), hal. 7.

²⁶⁹ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 58.

²⁷⁰ Kagramanto, *op. cit.*, hal. 58.

Dari bukti selisih harga penawaran tidak wajar tersebut menjadi *indirect evidence* bahwa telah terjadi persekongkolan untuk memenangkan peserta tender tertentu. Namun, perlu disadari bahwa *indirect evidence* digunakan untuk mendukung *direct evidence* (bukti langsung). Jadi, *indirect evidence* yang juga dikenal dengan *circumstantial evidence* tidak dapat berdiri sendiri dan harus didukung oleh bukti-bukti lain. Dalam Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa yang dapat dijadikan alat bukti dalam pemeriksaan oleh KPPU terdiri dari keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan atau dokumen, petunjuk, keterangan terlapor/saksi pelaku usaha.²⁷¹ Petunjuk dapat dijadikan alat bukti asalkan petunjuk itu mempunyai kesesuaian dengan petunjuk lainnya atau sesuai dengan perbuatan atau perjanjian yang diduga melanggar UU Antimonopoli.²⁷² Alat bukti petunjuk tersebut merupakan *indirect evidence* yang diterima dalam hukum persaingan.²⁷³

Dengan ditemukannya *indirect evidence* berupa harga tidak wajar, dapat dipergunakan bagi Komisi sebagai bahan pertimbangan dalam membuktikan terjadinya persaingan tidak sehat. Persaingan yang sehat merupakan persaingan dimana para peserta tender berusaha bersaing secara kompetitif untuk memberikan penawaran yang terbaik. Sebagai mana dikatakan oleh Mahkamah Agung Amerika “Bahwa adalah cukup memegang sebuah acuan karena kerugian tidak dapat hanya didasarkan pada spekulasi belaka namun harus berdasarkan bukti penghitungan sebagai bukti kalkulasi nyata meskipun hasilnya hanya mendekati.”²⁷⁴

²⁷¹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 tahun 1999, LN No 33 Tahun 1999, TLN No. 3817, Ps 42.

²⁷² Andi Fahmi Lubis *et al.*, *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks* (Jakarta: GTZ, 2009), hal. 329.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Korenblit, *op. cit.*, hal 7.

BAB IV

ANALISIS PENERAPAN METODE YARDSTICK DALAM KASUS TENDER PENGADAAN LCD (PUTUSAN KPPU NO 04/KPPU-I/2007) DAN KASUS TENDER PENJUALAN TANKER *VERY LARGE CRUDE CARRIER* (VLCC) PT PERTAMINA (PUTUSAN KPPU NO. 07/KPPU-L/2004)

4.1. Gambaran Umum Mengenai Metode Yardstick dalam Menghitung Besar Kerugian dalam Kasus Persekongkolan Tender di Indonesia

Dalam sebagian besar kasus persaingan usaha, kerugian merupakan suatu dampak yang tidak dapat dihindarkan oleh pelaku usaha yang dihambat atau sengaja ingin dimatikan usahanya oleh pelaku usaha pesaingnya. Pada umumnya, kerugian dapat berbentuk penawaran harga yang tidak wajar atau harga yang tidak mencerminkan semestinya maupun kerugian dalam bentuk pendapatan berkurang dari lazimnya disebabkan oleh pelaku usaha pesaing melakukan perbuatan jahat untuk menghambat pasokan barang pelaku usaha tersebut sehingga tidak dapat menjalankan usaha. Dalam kajian ini, akan lebih memfokuskan pada bentuk kerugian akibat harga yang tidak wajar. Sebagaimana kita ketahui bahwa salah satu persoalan pelik dan terus-menerus terjadi dalam proses tender pengadaan barang/ jasa maupun penjualan adalah penggelembungan harga penawaran. Tidak aneh sebenarnya hal itu dilakukan oleh pelaku usaha karena motif setiap pelaku usaha dalam menjalankan usahanya adalah mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya. Tetapi kesalahannya terletak pada cara yang dilakukan dalam mendapatkan keuntungan tersebut.

Telah kita ketahui bahwasanya dalam pelaksanaan tender pengadaan barang dan jasa pemerintah sudah menjadi rahasia publik tidak akan lepas dari praktek Korupsi. Korupsi ini adalah salah salah penyelewengan yang mengakibatkan inefisiensi pada anggaran pemerintah. Indikasi persekongkolan tender sebenarnya dapat ditelusuri salah satunya melihat kepada harga penawaran dalam tender. Kita ketahui bahwa rumusan yang berlaku dalam setiap penawaran tender adalah bagi siapa saja yang dapat menawarkan harga yang paling murah

dengan kualitas terbaik maka berhak menjadi pemenang tender. Jika pemenang tender adalah seseorang yang menawarkan dengan harga tinggi dan tidak wajar, ini merupakan suatu kejanggalan yang perlu diperiksa dan ditindaklanjuti karena tentunya tidak sesuai dengan prinsip pengadaan barang dan jasa yakni prinsip efisien dimana pengadaan ditujukan untuk mencari penawaran yang terbaik yaitu harga yang terendah dalam rangka efisiensi anggaran.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (selanjutnya disingkat KPPU) selalu berkoordinasi dan terus berupaya dalam pemberantasan praktek-praktek persaingan tidak sehat tersebut. Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya dimana setiap pelanggaran persaingan usaha pasti memberikan dampak kerugian bagi pelaku usaha tersebut, maka KPPU sudah semestinya memfokuskan atau memberikan sedikit perhatian pada dampak kerugian yang timbul terhadap pelaku usaha tertentu. Dalam kasus persekongkolan tender, KPPU dapat menitikberatkan pada aspek ketidakwajaran suatu harga penawaran.

Dalam kaitan dengan tingkat kewajaran suatu harga, Komisi Pengawas Persaingan Usaha di Amerika telah menggunakan suatu metode untuk menghitung dan memperlihatkan ketidakwajaran dalam suatu harga sebagai akibat praktek negatif persaingan usaha. Metode ini dikenal dengan metode yardstick yaitu sebuah metode perbandingan yang dipergunakan di Amerika untuk membantu mengusut pembuktian persaingan usaha terkait dengan soal harga. *The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or "yardstick", market that is assumed to be performing competitively.*²⁷⁵ Metode ini berdasarkan suatu pemikiran simpel bahwa mengetahui terjadi pelanggaran *antitrust* dengan cara membandingkan 2 (dua) keadaan perusahaan dalam periode tertentu.²⁷⁶ Metode ini memang sudah sering dipergunakan pengadilan Amerika dalam memutus beberapa perkara persaingan usaha seperti kasus kartel dan *price fixing*. Pada hakekatnya, sebagian besar dari praktek pelanggaran persaingan usaha

²⁷⁵ Korenblit, *op. cit.*, hal 4.

²⁷⁶ Luigi Prosperetti, "Estimating Damages to Competitors from exclusionary practices in Europe : A Review of The Main Issue in the Light of National Court's Experience, February 2009, hal. 12.

adalah persekongkolan atau kerja sama antar para pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya untuk menentukan harga yang memberikan keuntungan sebesar-besarnya kepada para pelaku usaha tersebut. Dengan berdasarkan pada hal tersebut, metode ini dapat diterapkan dalam kasus persekongkolan tender.

Dalam kajian ini, terdapat 2 (dua) kasus persekongkolan tender yang dianalisa dan dikaji yaitu kasus tender pengadaan LCD dan kasus tender penjualan tanker VLCC PT Pertamina. Dalam kasus pengadaan LCD akan diperlihatkan bagaimana cara penerapan metode yardstick untuk membantu membuktikan unsur-unsur persekongkolan tender. Sedangkan dalam kasus kedua, akan memperlihatkan bagaimana KPPU yang mencoba menerapkan metode yardstick, namun penerapan metode tersebut kurang tepat. Berikut akan dikaji satu demi satu kasus agar kelak dapat lebih memahami penerapan metode yardstick dalam kasus persekongkolan tender.

4.2. Analisis Kasus Tender Pengadaan LCD dan Penerapan Metode Yardstick

Kasus ini bermula ketika Komisi menerima laporan mengenai adanya dugaan pelanggaran Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 yang berkaitan dengan tender pengadaan Proyektor LCD. Pengadaan LCD ini ditujukan kepada Biro Adwil Prov. DKI Jakarta yang membutuhkan proyektor LCD dalam menunjang kegiatan pemerintahan. Sumber dana untuk membiayai pengadaan LCD ini berasal dari Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2006. Tender Pengadaan LCD diikuti oleh banyak perusahaan diantaranya PT Tiga Permata Hati, PT Buana Rimba Raya, PT Kolam Intan Prima, PT Mitra Teladan Jaya Karsa, PT Paramitra Multi Prakasa, dan puluhan perusahaan lainnya. Dalam pelaksanaan tender tersebut, peserta tender yang lain menemui beberapa kejanggalan yang berkaitan dengan penetapan PT Tiga Permata Hati sebagai pemenang tender. Setelah laporan diterima oleh Komisi dan dinyatakan lengkap, kemudian laporan tersebut ditindaklanjuti oleh Tim Pemeriksa ke tahap pemeriksaan pendahuluan dengan menerbitkan Penetapan No. 07/PEN/KPPU/II/2007 tertanggal 16 Maret 2007. Pemeriksaan pendahuluan

kemudian dilanjutkan dengan pemeriksaan lanjutan dengan agenda mendengar keterangan para terlapor dan para saksi.

Dalam Perkara No 04/KPPU-L/2007 terdapat fakta-fakta yang ditemukan oleh tim investigator selama pemeriksaan dilakukan dan hasil analisa terhadap pemeriksaan investigator tersebut antara lain sebagai berikut:

1. Dalam pemeriksaan yang dilakukan oleh Investigator, ditemukan adanya persekongkolan vertikal dimana Panitia Tender bersekongkol untuk membuat persyaratan tender dalam RKS (Rencana Kerja dan Syarat-Syarat) yang mengatur dan mengarahkan bahwa yang menjadi objek tender adalah LCD Mega Power Model ML 164 SE, yang mana LCD Mega Power model ML 164 SE hanya dipasok oleh PT Sima Agustus karena PT Sima Agustus merupakan sebuah perusahaan pemasok tunggal untuk produk LCD merek Mega Power dan LCD merek Eiki. PT Sima Agustus memberikan dukungan kepada beberapa perusahaan termasuk PT Tiga Permata Hati dan PT Buana Rimba Raya. Majelis Komisi berpendapat bahwa Panitia Tender telah melakukan persekongkolan untuk mengarahkan barang tender pada satu spesifikasi yaitu LCD merek Mega Power ML 164 SE.
2. Dalam investigasi ditemukan fakta bahwa pihak Bank DKI cabang Kebon Sirih menyatakan kebenaran Surat Jaminan Penawaran PT Tiga Permata Hati, namun terhadap Surat Jaminan Penawaran PT Buana Rimba Raya pihak Bank DKI cabang Kebon Sirih menyatakan tidak pernah menerima permohonannya. Berdasarkan fakta tersebut menunjukkan bahwa Panitia Tender tidak melakukan proses evaluasi secara benar dan cermat. Di sini terlihat bahwa dari awal sudah terkesan mengatur dan menentukan PT Tiga Permata Hati menjadi pemenang tender karena PT Buana Rimba Raya tidak memberikan Surat Jaminan Penawaran sebagai jaminan apabila suatu saat PT Buana Rimba Raya mengundurkan diri dengan alasan tidak jelas.
3. Berdasarkan keterangan yang didapat dalam pemeriksaan, Investigator menduga adanya persekongkolan antara PT Tiga Permata Hati dan PT Buana Rimba Raya yang difasilitasi oleh Jeffrey Bunyamin, Moh Iqbal

dan Muhammad Bahri yang secara bersama-sama dalam persiapan dokumen penawaran tender pengadaan LCD di Biro Adwil Tahun Anggaran 2006. Setelah melakukan pemeriksaan dokumen-dokumen terkait dan mendengar keterangan, Investigator melihat adanya indikasi pengaturan untuk mengatur dan menentukan pemenang tender antara lain sebagai berikut:

- a. Adanya kesamaan atau kemiripan dokumen penawaran PT Tiga Permata Hati dan PT Buana Rimba Raya yang tidak ada penjelasan logis dan keterlibatan pihak lain yaitu Moh Iqbal, Muhammad Bahri, dan Jeffrey Bunyamin dalam menyusun dokumen penawaran. Hal tersebut memperkuat keyakinan Majelis Komisi bahwa adanya kerja sama antara PT Tiga Permata Hati, PT Buana Rimba Raya, dan pihak lain tersebut untuk mengatur dan menentukan pemenang tender.
- b. Bahwa Kepala Biro Administrasi Wilayah Sekretariat Daerah DKI Jakarta menyetujui tindakan Panitia Tender dan menetapkan PT Tiga Permata Hati yang menawarkan LCD Mega Power model ML 164 SE sebagai pemenang tender sebelum masa sanggah selesai.
- c. Bahwa Panitia Tender menggugurkan PT Mitra Teladan Jaya Karsa yang menawarkan harga yang lebih murah dan berpotensi menang tanpa alasan yang sah.

Hasil investigasi tersebut merupakan fakta-fakta yang diperoleh selama pemeriksaan yang berasal dari keterangan pelaku usaha dan bukti-bukti dokumen lainnya. Berdasarkan fakta temuan tim Investigator, memang terlihat bahwa hasil putusan yang dibuat oleh majelis komisi sudah tepat dan berdasarkan fakta-fakta yang ada.

Unsur Persaingan Usaha Tidak Sehat

Bahwa tindakan PT Tiga Permata Hati dan PT Buana Rimba Raya yang meminjamkan perusahaannya dan selanjutnya digunakan oleh Muhammad Bahri, Moh Iqbal, dan Jeffrey Bunyamin untuk

mengikuti tender, merupakan suatu tindakan yang menghilangkan persaingan usaha,²⁷⁷

Dengan demikian unsur persaingan usaha tidak sehat terpenuhi;

Dalam kasus ini, ada satu hal yang dapat ditambahkan untuk memperkuat pembuktian unsur persaingan usaha tidak sehat. Pada umumnya, persekongkolan dalam penawaran tender tidak terlepas dari dipatoknya suatu harga yang tidak wajar. Harga tidak wajar tersebut dapat dijadikan salah satu indikasi adanya persaingan tidak sehat. Logikanya, dalam persaingan sehat yang kompetitif, setiap peserta tender akan mengajukan suatu harga penawaran yang rendah sehingga dapat bersaing dengan peserta tender lain. Namun, apabila peserta tender yang dimenangkan mengajukan harga penawaran yang tinggi dan tidak wajar, patut untuk diteliti dan diperiksa kebenarannya apakah harga tersebut adalah harga patut ataukah harga manipulasi yang memberikan keuntungan yang sangat besar bagi pihak-pihak tertentu.

Untuk menentukan kewajaran sebuah harga yang ditawarkan oleh para peserta tender, maka diperkenalkan suatu metode dikenal dengan Metode Yardstick. Metode ini digunakan oleh pengadilan di Amerika serta Eropa dalam memutus beberapa kasus persekongkolan. *The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or "yardstick", market that is assumed to be performing competitively.*²⁷⁸ Pendekatan ini sering digunakan untuk menghitung kerugian karena praktek *overcharge* terkait dengan ketidakwajaran harga yang ditawarkan. Penerapan metode ini dengan membandingkan harga dalam 2 (dua) pasar, antara pasar yang bersaing kompetitif dengan pasar yang diduga berkolusi. Perbandingan tersebut menghasilkan *but-for price* dari pasar yang bersaing secara kompetitif ketika pelanggaran *antitrust* terjadi. "*But-for price*" merupakan indeks

²⁷⁷ Putusan KPPU Nomor: 04/KPPU-L/2007, Tender LCD http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_LCD.pdf 20 April 2012.

²⁷⁸ Korenblit, *op. cit.*, hal 4.

pembandingan dari harga standar suatu produk di pasar yang tidak terindikasi adanya pelanggaran *antitrust*.²⁷⁹

Perusahaan yang dijadikan sebagai tolak ukur tersebut, perlu diuji dengan beberapa persyaratan yang telah ditentukan antara lain :

Pertama, kedua perusahaan harus menjual produk yang sama atau paling tidak dapat disubstitusi.²⁸⁰

Kedua, memilih salah satu kondisi antara lain:²⁸¹

- Kedua perusahaan beroperasi dalam pasar geografis yang sama, tidak boleh terindikasi pelanggaran antitrust ; atau
- Kedua perusahaan beroperasi pada pasar geografis yang berbeda diperbolehkan, dengan syarat kedua perusahaan memiliki kesamaan perusahaan (*same firm*)

Kemungkinan penerapan metode yardstick dalam kasus persekongkolan tender dalam dilakukan dalam 2 (dua) tahap yakni:

1. Membandingkan harga penawaran barang tender dengan harga yang dibeli dari perusahaan pemasok (agen/distributor). Hal ini didasari pertimbangan bahwa KKN dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah dilakukan dengan beberapa pola yakni adanya kolusi antar pelaku usaha sehingga harga penawaran menjadi jauh lebih tinggi dari harga pasar dan kolusi berupa pemberian fee tertentu dari pelaku usaha kepada pejabat yang bersangkutan untuk “mengatur”.²⁸² Dengan melihat pada selisih harga penawaran yang jauh dari harga pasar memberikan dugaan sangat kuat telah terjadi persekongkolan untuk meraup keuntungan sebesar-besarnya untuk kepentingannya maupun pihak lain yang turut membantu.
2. Membandingkan harga penawaran pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lain yang tidak terindikasi persekongkolan.

²⁷⁹ Rubinfeld, *op.cit.*, hal. 4

²⁸⁰ Prosperetti, *loc. cit.*

²⁸¹ Prosperetti, *loc. cit.*

²⁸² *Ibid.*

Berdasarkan informasi dari OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*), salah satu indikasi yang persekongkolan dalam tender terkait dengan harga penawaran adalah adanya selisih harga yang besar antara harga penawaran pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lainnya.²⁸³

Tolak ukur pertama yang dapat digunakan adalah perusahaan PT Sima Agustus selaku distributor tunggal dalam penjualan produk LCD merek Mega Power yang beralamat di Jalan Batu Tulis Raya 8 A Kebon Kelapa Gambir, Jakarta Pusat, Jakarta. PT Sima Agustus dijadikan sebagai tolak ukur karena satu-satunya agen/distributor tunggal untuk LCD merek Mega Power.

- ❑ Persyaratan pertama yang ditentukan adalah perusahaan menjual produk yang sama atau dapat disubstitusi. PT Sima Agustus selaku distributor tunggal LCD merek Mega Power menjual barang yang sama dengan PT Tiga Permata Hati
- ❑ Persyaratan kedua yang ditentukan adalah perusahaan beroperasi pada pasar geografis yang sama. PT Sima Agustus dan PT Tiga Permata Hati masih dalam ruang lingkup wilayah DKI Jakarta. Selain itu juga ditentukan bahwa PT Sima Agustus harus tidak terindikasi pelanggaran antitrust. Walaupun PT Sima Agustus memang diketahui sebagai Terlapor dalam kasus ini, namun yang diartikan indikasi pelanggaran antitrust di sini adalah persekongkolan dalam menentukan harga sebagaimana dalam kasus kartel dan pricefixing. Sedangkan dalam kasus tender, PT Sima Agustus berkedudukan sebagai penyalur barang dimana tidak memiliki niat untuk bersekongkol dalam hal menetapkan nilai harga sehingga PT Sima Agustus juga memenuhi ketentuan tidak terindikasi pelanggaran antitrust.
- ❑ Dengan demikian, PT Sima Agustus telah memenuhi unsur untuk dijadikan sebagai tolak ukur.

²⁸³ Organization for Economic Co-operation and Development, “Pedoman Untuk Mengatasi Persekongkolan Tender dalam Pengadaan Publik,” <http://www.oecd.org/dataoecd/30/13/42662829.pdf> 7 Mei 2012.

Sebenarnya khusus dalam kasus ini tidak diperlukan uji tes dalam menentukan perusahaan pemasok barang dijadikan sebagai tolak ukur karena LCD Mega Power model ML 164 SE hanya dipasok oleh satu perusahaan saja yakni PT Sima Agustus. Sejatinya, uji tes tersebut ditujukan untuk mencari perusahaan pembanding dengan kriteria paling mendekati dengan perusahaan tersebut. Dalam hal ini perusahaan hanya satu yang memasok LCD dengan tipe itu sehingga cukup untuk langsung menentukan tolak ukurnya adalah perusahaan tunggal tersebut.

Cara penghitungan

PT Sima Agustus menerima pembayaran dari PT Tiga Permata Hati sebesar Rp. 2.403.333,750 (dua milyar empat ratus tiga juta tiga ratus tiga puluh tiga ribu tujuh ratus lima puluh rupiah) untuk membeli 267 buah LCD Mega Power. Dari informasi yang diperoleh, dapat diketahui bahwa harga satuan per LCD Mega Power yaitu

$$= \text{Rp. } 2.403.333,750 : 267 \text{ buah LCD}$$

$$= \text{Rp. } 9.001.250,00 \text{ (tolak ukur harga per LCD Mega Power)}$$

Bandingkan dengan penawaran PT Tiga Permata Hati yang mengajukan penawaran sebesar Rp. 5.185.860.900 (lima milyar seratus delapan puluh lima juta delapan ratus enam puluh ribu sembilan ratus rupiah) untuk membeli 267 buah LCD Mega Power. Dari informasi tersebut, dapat diketahui bahwa harga satuan per LCD Mega Power yaitu

$$= \text{Rp. } 5.185.860.900 : 267 \text{ buah LCD}$$

$$= \text{Rp. } 19.422.700 \text{ (harga penawaran satuan per LCD Mega Power PT Tiga Permata Hati)}$$

Dengan demikian keuntungan yang diterima oleh PT Tiga Permata Hati dalam tender pengadaan LCD ini sebesar :

$$= (\text{Rp. } 19.422.700 \times 267 \text{ buah LCD}) - (\text{Rp. } 9.001.250 \times 267 \text{ buah LCD})$$

$$= \text{Rp. } 5.185.860.900 - \text{Rp. } 2.403.333.750$$

= Rp. 2.782.527.150 (dua milyar tujuh ratus delapan puluh dua juta lima ratus dua puluh tujuh ribu seratus lima puluh rupiah)

Berdasarkan perhitungan tersebut, keuntungan yang diterima oleh PT Tiga Permata Hati sebesar Rp. 2.782.527.150 dan apabila dikonversi menjadi persentase maka keuntungan PT Tiga Permata Hati mencapai 116 %(persen). Dengan keuntungan sebesar 116 % maka ada indikasi telah ada persekongkolan antara pelaku usaha /peserta tender untuk menaikkan harga. Pada dasarnya setiap peserta tender tidak mungkin berani memberikan harga penawaran terlampau tinggi karena tujuan dari pelaksanaan tender adalah harga rendah sehingga memberikan peluang besar untuk memenangkan tender.

Di samping itu telah didapat bukti selisih keuntungan dengan nilai fantastis mencapai 116 % (persen), tolak ukur kedua adalah membandingkan harga penawaran PT Tiga Permata Hati dengan harga penawaran para peserta tender lain yang digugurkan sebelumnya. Sebelum menentukan perusahaan yang dijadikan tolak ukur, dilakukan uji 2 (dua) kondisi sebagai berikut:

- 1) Persyaratan pertama yang ditentukan adalah perusahaan menjual produk yang sama atau dapat disubstitusi. Tender pengadaan barang dan jasa ini diikuti oleh sekitar 58 perusahaan dan objek yang ditenderkan adalah LCD dengan tipe Mega Power model ML 164 SE dan setara dengan itu. Artinya setiap peserta tender menawarkan barang yaitu LCD yang setara dengan LCD dengan tipe Mega Power model ML 164 SE. Dari pengamatan objek tender, semua perusahaan memenuhi unsur kesamaan produk.
- 2) Persyaratan kedua yang ditentukan adalah perusahaan beroperasi pada pasar geografis yang sama dan tidak boleh terindikasi pelanggaran antitrust dalam hal ini persekongkolan tender. Sebagaimana diketahui dalam data putusan, bahwa hingga evaluasi terakhir terdapat 6 perusahaan yang diloloskan diantaranya PT Kolam Intan Prima, PT Mitra Teladan Jaya Karsa, PT Paramitra Multi Prakasa, dan PT Wijaya Karya Nusantara, PT Tiga Permata Hati, dan PT Buana Rimba Raya. Namun, terdapat 2 (dua) perusahaan yakni PT Tiga Permata Hati dan PT Buana Rimba

Raya yang tidak dapat dijadikan tolak ukur dikarenakan adanya indikasi persekongkolan antara kedua perusahaan tersebut.

Pada akhirnya, hanya ada 4 (empat) perusahaan yang dapat dijadikan tolak ukur yakni antara lain:

1. PT Kolam Intan Prima, yang beralamat di Jalan Letjen Suprapro No 160 Blok A . 21 Cempaka Baru, Kemayoran, Jakarta Pusat.
2. PT Mitra Teladan Jaya Karsa, yang beralamat di Gedung Lisako Lt. 2, Jalan Jati Baru No. 28, Jakarta Pusat.
3. PT Paramitra Multi Prakasa, yang beralamat di Ruko Bojong Indah Lt. 2, Jalan Pakis Raya No.88 Rawa Buaya, Cengkareng, Jakarta Barat.
4. PT Wijaya Karya Nusantara, yang beralamat The Boulevard Office Lt. 2 Blok E-1 Jalan Fachrudin Raya No. 5 KP Bali, Tanah Abang, Jakarta Pusat.

Dari alamat keempat perusahaan tersebut, dapat diketahui bahwa keempat perusahaan tersebut memiliki pasar geografis yang sama yakni satu wilayah di DKI Jakarta. Keempat perusahaan ini dikatakan tidak terindikasi persekongkolan tender karena sudah digugurkan di awal dengan alasan yang dinilai kurang logis.

Dengan terpenuhinya persyaratan sebagaimana disyaratkan maka keempat perusahaan dapat dijadikan sebagai tolak ukur:

Nama perusahaan	Harga Penawaran	Pemenang Tender (Terduga)	Selisih
PT Kolam Intan Prima	Rp. 3.821.037.000	Rp. 5.185.860.900	Rp. 1.364.823.900
PT Mitra Teladan Jaya Karsa	Rp. 4.078.866.000	Rp. 5.185.860.900	Rp. 1.106.994.900
PT Paramitra Multi Prakasa	Rp. 4.257.945.120	Rp. 5.185.860.900	Rp. 927.915.780

PT Wijaya	Rp.	Rp.	Rp.
Karya	4.749.129.000	5.185.860.900	436.731.900
Nusantara			

Berdasarkan data pengamatan dalam tabel, memperlihatkan bahwa dari 4 (empat) perusahaan peserta tender yang dijadikan tolak ukur, 3 (tiga) perusahaan mempunyai selisih harga cukup jauh terjadi antara PT Tiga Permata Hati dengan **PT Kolam Intan Prima sebesar Rp. 1.364.823.900, PT Mitra Teladan Jaya Karsa sebesar Rp. 1.106.994.900, dan PT Paramitra Multi Prakasa sebesar Rp. 927.915.780.** Satu perusahaan memiliki selisih yang jauh mungkin masih dapat ditolerir, namun apabila beberapa perusahaan peserta tender lain juga terpaut harga yang cukup jauh, maka perlu dipertanyakan mengapa hal tersebut dapat terjadi.

Dari perhitungan metode yardstick tersebut menunjukkan bahwa adanya harga yang dipatok dan keuntungan tidak wajar yang diterima oleh pemenang tender. Hasil penghitungan metode yardstick tersebut dapat dijadikan sebagai salah satu bukti ekonomi yang mendukung pembuktian unsur persaingan tidak sehat. Dalam pasal 22 UU No 5 Tahun 1999 dinyatakan bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan pasal tersebut menyimpulkan bahwa penyelidikan terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 22 UU No 5 Tahun 1999 dilakukan melalui metode pendekatan *rule of reason*. Pendekatan *rule of reason* menentukan yang dinyatakan bersalah dalam tender adalah juga memenuhi unsur “mengakibatkan persaingan tidak sehat”. Persaingan yang sehat merupakan persaingan dimana para peserta tender berusaha bersaing secara kompetitif untuk memberikan penawaran yang terbaik. Namun, apabila ternyata terdapat peserta tender yang bersekongkol untuk memenangkan salah satu peserta tender dan menaikkan harga penawaran, maka sudah dikategorikan sebagai persaingan tidak sehat karena hal tersebut pada hakekatnya tidak ada persaingan dan sudah menentukan salah satu pemenang tender dengan harga yang sudah dinaikkan.

4.3. Analisis Kasus Tender Penjualan Tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) oleh PT. Pertamina dan Penerapan Metode Yardstick

Kasus persekongkolan tender ini merupakan kasus yang cukup menarik perhatian di tahun 2004 dan diputus oleh KPPU pada tanggal 1 Maret 2005. Tender penjualan tanker ini pada awalnya bermula ketika Pertamina yang sedang membangun 2 (dua) buah VLCC di galangan kapal Hyundai Heavy Industry (HHI) di Korea memutuskan untuk melakukan divestasi atau penjualan kedua tanker tersebut dengan pertimbangan efisiensi karena kesulitan keuangan dan juga karena Pertamina ingin kembali pada *core business*-nya yaitu migas. Untuk melakukan divestasi tersebut, Pertamina menunjuk secara langsung Goldman Sach sebagai *financial advisor* dan *arranger* dalam divestasi ini.

Adapun perusahaan yang tertarik untuk mengikuti tender ini adalah Essar Shipping Limited, Frontline Shipping Limited, dan Overseas Shipping Group (OSG). Dalam perkembangannya ternyata proposal Essar merupakan penawaran tertinggi, tetapi dengan total skor peringkat kedua di bawah yaitu Frontline. Hal ini sempat meragukan Direksi Pertamina untuk memutuskan Frontline sebagai pemenang mengingat selisih harga penawaran yang cukup signifikan di antara kedua perusahaan tersebut, yakni sebesar US\$ 5,5 juta. Kemudian diketahui bahwa Equinox selaku broker dari Frontline menghubungi Frontline dan menyatakan bahwa pihaknya masih melakukan negosiasi harga dengan Goldman Sach. Front line kemudian menyerahkan penawaran ketiga kepada Goldman Sach dengan selisih US\$ 500.000 lebih tinggi dari penawaran Essar. Penyerahan penawaran ketiga tersebut dilakukan di luar batas waktu yang telah ditentukan. Selain itu, penawaran ketiga tersebut dibuka sendiri oleh pihak Goldman Sach di Jakarta tanpa menghadirkan notaris, dan bukan di Singapura seperti pembukaan penawaran sebelumnya.

Pihak Pertamina sendiri mengetahui perihal penyerahan penawaran ketiga oleh Frontline, tetapi membiarkan dan tak mengambil tindakan apapun, meskipun pihak Pertamina mengetahui bahwa tindakan itu tak sesuai dengan prosedur yang berlaku dalam proses tender. KPPU dalam pertimbangannya menyebutkan bahwa penawaran ketiga tersebut membuka peluang bagi Direksi Pertamina untuk memutuskan Frontline sebagai pemenang. Dengan demikian, Goldman Sach

dinilai telah memfasilitasi dan Pertamina menyetujui suatu tindakan, meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu.

Berdasarkan hasil pemeriksaan KPPU, keterangan saksi, penelitian dokumen yang ada, surat menyurat dengan pihak terkait baik dalam maupun luar negeri, maka KPPU berkesimpulan bahwa dalam proses tender penjualan dua unit VLCC milik Pertamina telah terbukti adanya kegiatan persekongkolan tender yang dilakukan oleh Pertamina dengan pihak Goldman Sach (Singapura) untuk memenangkan Frontline dengan bukti –bukti sebagai berikut:

1. Memberi kesempatan kepada Frontline melalui PT Perusahaan Pelayaran EQUINOX sebagai perantara, untuk memasukan penawaran harga pada tahap III, dimana pada saat batas waktu pengajuan harga ditutup pada 7 Juni 2004. Hal tersebut telah dibuktikan melalui korespondensi e-mail dari pihak PT Pelayaran EQUINOX dengan Frontline pada 9 Juni 2004;
2. Pembukaan sampul penawaran harga pada tahap III milik Frontline tidak dilakukan dihadapan Notaris Singapura, sebagaimana diatur dalam ketentuan tender yang ditetapkan oleh Goldman Sach. Selain itu penawaran harga pada tahap III tidak jauh berbeda dengan penawaran harga pada tahap II milik Essar Shipping, yakni sebesar US \$ 500,000.00. Hal itu menimbulkan kecurigaan Ketua Tim Divestasi internal bahwa terdapat kemungkinan kebocoran penawaran harga pada tahap II milik Essar Shipping;
3. Essar Shipping tidak diberikan kesempatan untuk memasukan harga penawaran pada tahap III, sehingga yang bersangkutan kehilangan kesempatan untuk memasukan penawaran yang lebih tinggi atau terdapat hambatan dalam persaingan usaha (*barrier to entry*). Sehingga kondisi semacam ini menyebabkan pihak Pertamina kehilangan kesempatan untuk memperoleh harga yang lebih tinggi atas dua unit VLCC tersebut secara proporsional. Dengan kondisi seperti ini, maka konsekuensinya menyebabkan negara kehilangan keuntungan/ mengalami kerugian;

4. Pihak Pertamina telah melakukan praktik diskriminasi melalui penunjukan langsung pihak Goldman Sach sebagai penasihat keuangan dan pengatur tender (*financial advisor and arranger/FAA*) tender Pertamina. Kegiatan dimaksud tidak lazim dilakukan, karena penunjukan langsung dilakukan dalam jangka waktu 2 minggu tanpa melalui *beauty contest*, sebagaimana lazimnya dilakukan oleh Pertamina. Alasan waktu yang mendesak merupakan alasan yang mengada-ada dan tidak relevan serta tidak berdasar sama sekali. Oleh karenanya tindakan Pertamina untuk melakukan penunjukan langsung pihak Goldman Sach sebagai penasihat keuangan dan pengatur tender untuk kepentingan Pertamina tanpa melalui proses tender yang transparan, kredibel merupakan tindakan melawan hukum;
5. Frontline ternyata belum melunasi pembelian kedua unit VLCC kepada Pertamina sebagaimana telah diperjanjikan dalam SPA, yakni sebesar US \$184 juta, dan pihak Frontline, Ltd. baru membayar sebesar US \$ 170,863,000. Dengan demikian pihak Frontline, Ltd. masih memiliki hutang kepada Pertamina sebesar US \$13,137,000.00.

Namun, ada salah satu pertimbangan KPPU yang cukup menarik perhatian adalah perihal kerugian negara. Hal ini berkaitan dengan kerugian yang diderita oleh negara terkait dengan penolakan Goldman Sach terhadap harga penawaran yang diajukan oleh Essar pada tahap III dan memiliki kemungkinan menawarkan harga lebih tinggi. Dalam pertimbangan KPPU dinyatakan sebagai berikut:

Perihal Kerugian Negara

1. Bahwa harga pasar VLCC pada saat itu berkisar US\$ 90,000,000 (sembilan puluh juta US Dollar). Waktu pembuatan VLCC berkisar antara 2 (dua) sampai 3 (tiga) tahun, maka harga VLCC milik Pertamina yang langsung bisa dipergunakan memiliki nilai yang lebih tinggi. *Present value* dari VLCC Pertamina, berdasarkan *return on investment* hasil kajian dari Japan Marine, adalah sebesar 11,83% atau sekitar US\$ 20,000,000 (dua puluh juta US Dollar) sehingga harga

pasar per VLCC milik Pertamina sekitar US\$ 110,000,000 (seratus sepuluh juta US Dollar);

2. Bahwa berdasarkan artikel dari TradeWinds (<http://www.tradewinds.no> per tanggal 14 Juni 2004) harga VLCC pada saat itu adalah sekitar US \$ 102,000,000 (seratus dua juta US Dollar);
3. Bahwa sesuai dengan keterangan Ahli I pada bagian Tentang Duduk Perkara angka 43.11, harga pasar VLCC pada saat itu berkisar antara US \$ 105,000,000 (seratus lima juta US Dollar) - 120,000,000 (seratus dua puluh juta US Dollar);
4. Bahwa nilai penjualan 2 (dua) unit VLCC Pertamina adalah sebesar US\$ 184,000,000 (seratus delapan puluh empat juta US Dollar) sedangkan harga pasar VLCC pada saat itu berkisar antara US \$204,000,000 (dua ratus empat puluh juta US Dollar) sehingga terdapat **potensi kerugian negara antara US\$ 20,000,00 (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;

Dalam pertimbangan KPPU, harga pasar internasional digunakan sebagai tolak ukur untuk melihat tingkat kewajaran dari harga yang ditawarkan dalam tender. Penggunaan harga pasar internasional dengan potensi kerugian antara US\$ 20,000,00 (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) oleh KPPU adalah kurang tepat karena jangkauan pasar internasional terlalu luas dan tidak dijelaskan kriteria-kriteria secara spesifik. Namun, dalam kasus ini KPPU telah terlihat terdapat inisiatif untuk melakukan perbandingan harga. Sebenarnya, tindakan yang telah dilakukan oleh KPPU secara langsung telah menerapkan metode yardstick sebagaimana yang diterapkan oleh Pengadilan Amerika maupun Pengadilan Eropa. *“The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or “yardstick”, market that is assumed to be performing*

competitively.²⁸⁴ Dari formula metode yardstick sebagaimana dinyatakan di atas, KPPU tentu sudah melaksanakan dengan melakukan perbandingan harga antara harga tender tanker VLCC dengan harga pasar internasional VLCC. “*Product, firm, and market comparability are all relevant factors in the selection of a proper yardstick*” dan “*cautioned that the yardstick firm must be unaffected, one way or the other, by the defendant’s antitrust violation*.”²⁸⁵ Secara ringkas, Pengadilan Amerika dalam menentukan tolak ukur ideal biasanya melakukan uji (2) dua kondisi antara lain:

Pertama, kedua perusahaan harus menjual produk yang sama atau paling tidak dapat disubstitusi.²⁸⁶

Kedua, memilih salah satu kondisi antara lain.²⁸⁷

- kedua perusahaan beroperasi dalam pasar geografis yang sama, tidak boleh terindikasi pelanggaran *antitrust* ; atau
- Kedua perusahaan beroperasi pada pasar geografis yang berbeda diperbolehkan, dengan syarat kedua perusahaan memiliki kesamaan perusahaan (*same firm*)

Berkaitan dengan produk yang ditenderkan adalah sama yaitu kapal VLCC dan persyaratan pertama telah terpenuhi. Sedangkan, persyaratan kedua yaitu menentukan bahwa perusahaan yang dijadikan tolak ukur harus berada dalam pasar geografis yang sama kecuali kedua perusahaan memiliki kesamaan perusahaan (*same firm*). Dalam kasus ini, tolak ukur yang digunakan adalah harga di negara lain, artinya pasar geografisnya berbeda. Oleh karena pasar geografis yang berbeda, maka untuk mencari tolak ukur harga yang ideal perlu dicari sebuah perusahaan yang memenuhi kriteria kesamaan perusahaan (*same firm*). Alasan kriteria kesamaan perusahaan adalah perbedaan pasar geografis tentu mengakibatkan tolak ukur menjadi kurang cocok karena adanya hal-hal lain

²⁸⁴ Korenblit, *op. cit.*, hal 4.

²⁸⁵ Korenblit, *loc. cit.*

²⁸⁶ Prosperetti, *loc. cit.*

²⁸⁷ Prosperetti, *loc. cit.*

seperti tingkat persaingan, permintaan, maupun penawaran yang berbeda sehingga kesamaan perusahaan (*same firm*) difungsikan untuk meminimisir hal tersebut dan mendapatkan tolak ukur yang ideal. Kesamaan perusahaan dapat ditinjau dari aspek kinerja ekonomi perusahaan baik itu diukur dari penjualan, pangsa pasar, keuntungan, sejarah, teknologi, merek (*brand*), serta dapat juga ditinjau dari tingkat permintaan konsumen dan tingkat persaingan. Dengan adanya kesamaan perusahaan ini diharapkan harga produk dari perusahaan tersebut adalah mencerminkan harga sesungguhnya dari perusahaan yang diduga berkolusi yang ingin dibandingkan.

Untuk menentukan kesamaan perusahaan perlu diakui bahwa bukan suatu persoalan yang mudah karena analisa perusahaan tersebut harus dilakukan oleh seorang ahli ekonomi. Oleh karena itu, langkah lebih baik apabila tolak ukur yang digunakan merupakan tolak ukur yang masih berada dalam pasar geografis yang sama sehingga lebih mudah dalam mencari tolak ukur. Dalam pertimbangan KPPU, dipergunakan harga pasar Internasional yang digunakan tidak jelas karena daerah jangkauannya terlalu luas dan tidak spesifik menyatakan jenis perusahaan yang dijadikan tolak ukur. Oleh karena itu sangatlah sulit untuk dapat menjamin harga pasar internasional tersebut adalah cocok dengan harga tender kapal VLCC Tanker Pertamina.

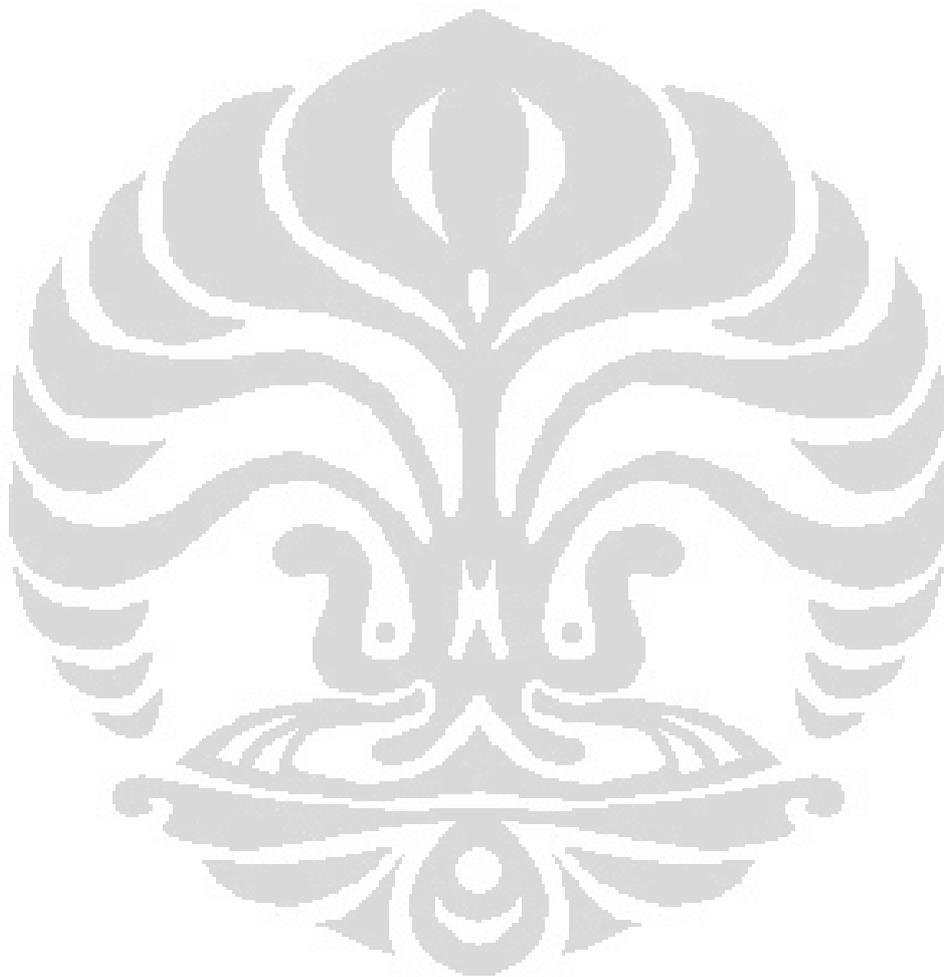
Penerapan metode yardstick menggunakan harga pasar internasional pernah digunakan dalam memeriksa perkara KPPU No 17/KPPU-I/2010 mengenai praktek *pricefixing* di Industri Farmasi Kelas Amlodipine. Saat itu, penghitungan dilakukan dengan menggunakan data harga amlodipine di pasar internasional dibandingkan dengan harga amlodipine yang diduga melakukan *pricefixing*. Hasil perbandingan memang menunjukkan bahwa harga amlodipine di pasar internasional 3 (tiga) kali lebih murah dibanding dengan harga amlodipine yang diduga. Namun, KPPU menolak dan berkeberatan dengan alasan bahwa yang bersangkutan tidak menjelaskan secara rinci kriteria pasar seperti apa yang digunakan sebagai tolak ukur. Harga dalam *The Internasional Drug Price Indicator Guide* bukanlah harga retail/eceran dari produsen kepada pasien, melainkan harga pokok produksi karena harga tersebut tidak melibatkan komponen biaya pemasaran dan biaya untuk distribusi.

Dikaitkan dengan kasus VLCC Tanker PT Pertamina, terdapat 2 (dua) hal utama yang perlu disoroti. Pertama, penggunaan harga pasar internasional adalah tidak jelas apakah harga yang digunakan merupakan harga pokok produksi atau harga retail/eceran karena harga retail eceran pasti memiliki harga lebih tinggi dihitung dengan biaya pemasaran dan lain-lain. Kedua, setiap negara, setiap provinsi, bahkan di setiap daerah merupakan pasar geografis yang berbeda. Hal itu mengakibatkan tingkat persaingan, permintaan, dan penawaran antara pasar geografis yang satu dengan pasar geografis lainnya berbeda pula. Oleh karena itu, sangatlah bias ketika melakukan perbandingan harga menggunakan harga pasar internasional tanpa dijelaskan kriteria tolak ukur yang dimaksud.

Memang perlu diakui bahwa pada akhirnya KPPU menjatuhkan putusan yang menyatakan para pihak yaitu PT Pertamina, Goldman Sachs, Frontline, dan PT Perusahaan Pelayaran Equinox terbukti secara sah dan menyakinkan melanggar pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dengan diperkuat dengan bukti potensi kerugian negara berdasarkan perbandingan dengan harga pasar internasional. Namun, bukti potensi kerugian sebagaimana dinyatakan dalam pertimbangan KPPU yang dihitung dengan metode yardstick adalah kurang tepat khususnya dalam hal mencari tolak ukur yang ideal. Jadi, metode yardstick yang digunakan KPPU dalam kasus tender VLCC Pertamina adalah lemah.

Bukti ekonomi yang menunjukan ketidakwajaran harga penawaran merupakan bukti tidak langsung (*indirect evidence*) yang membuktikan bahwa telah terjadi persaingan usaha tidak sehat. Bukti *indirect evidence* tidak dapat berdiri sendiri dan membutuhkan bukti-bukti lain untuk mendukung bukti *indirect evidence*. Jika dikaitkan dengan kasus ini, bukti *indirect evidence* berupa bukti ekonomi dapat diajukan apabila terdapat bukti-bukti lain seperti adanya kesamaan dokumen penawaran, bukti komunikasi antara peserta tender yang bersekongkol, keterangan saksi, dan lain-lain. Tanpa adanya bukti-bukti lain tersebut, maka bukti *indirect evidence* tidak dapat diajukan dalam persidangan. Peran dari bukti *indirect evidence* berupa bukti ekonomi adalah mendukung bukti-bukti lain dan memberikan keyakinan lebih bagi Komisi bahwa telah terjadi persaingan tidak sehat sehingga pada akhirnya memenangkan peserta dengan harga yang tidak wajar.

Persaingan yang sehat merupakan persaingan dimana para peserta tender berusaha bersaing secara kompetitif untuk memberikan penawaran yang terbaik. Sebagai mana dikatakan oleh Mahkamah Agung Amerika “Bahwa adalah cukup memegang sebuah acuan karena kerugian tidak dapat hanya didasarkan pada spekulasi belaka namun harus berdasarkan bukti penghitungan sebagai bukti kalkulasi nyata meskipun hasilnya hanya mendekati.”²⁸⁸



²⁸⁸ Korenblit, *op. cit.*, hal 7.

BAB V

PENUTUP

5.1. Kesimpulan

Dari penjabaran yang telah dibuat di bab-bab sebelumnya, maka dapat diambil kesimpulan bahwa:

1. Metode yardstick adalah sebuah metode yang digunakan oleh Pengadilan Amerika dan beberapa Pengadilan Eropa dalam menghitung besar kerugian yang timbul sebagai akibat pelanggaran *antitrust*. Bukti kerugian ini merupakan bukti ekonomi yang diajukan di pengadilan untuk memperkuat pembuktian sekaligus menghitung besar ganti rugi yang akan diberikan kepada Penggugat. Pengadilan Amerika dan Eropa mengaplikasikan metode yardstick untuk memutus beberapa perkara tergolong *overcharge* dan *foreclosure*. Dari hasil pengamatan beberapa pengadilan di Amerika yang menerapkan metode yardstick, hampir 70% kasus menerima penerapan metode yardstick untuk memutus perkara persaingan usaha. Persekongkolan tender merupakan suatu bentuk kerja sama antar para pelaku usaha untuk mengatur dan memenangkan salah satu pelaku usaha menjadi pemenang tender. Mencermati beberapa kasus persekongkolan tender sebelumnya, memperlihatkan bahwa salah satu perhatian utama dalam kasus tender adalah harga penawaran. Menurut OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) dan Pedoman Pasal 22 KPPU menyatakan bahwa indikasi persekongkolan dalam tender terkait dengan harga penawaran adalah perbedaan besar antara harga penawaran yang pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lainnya. Oleh karena itu, metode yardstick sebagai metode perbandingan harga dapat digunakan untuk menghitung selisih kerugian besar harga penawaran peserta yang memenangkan tender dengan harga penawaran peserta lainnya. Selisih harga ini merupakan satu indikasi dari

sekian banyak indikasi-indikasi yang ditetapkan oleh OECD dan Pedoman Pasal 22 KPPU dalam menentukan apakah benar ada atau tidaknya persekongkolan dalam tender. Dari hasil penghitungan metode yardstick ini merupakan suatu *indirect evidence* yang tidak dapat berdiri sendiri, namun memerlukan bukti-bukti atau indikasi-indikasi lain untuk menopang kekuatan pembuktian dari *indirect evidence* ini.

2. *The yardstick method compares prices, performance, or some other index of harm in the violation market with the same variable in some alternative, or “yardstick”, market that is assumed to be performing competitively.*²⁸⁹

Dari rumusan tersebut, metode ini dapat diterapkan persekongkolan tender dimana melakukan perbandingan harga untuk melihat tingkat kewajaran harga yang ditawarkan. Dalam kasus tender pengadaan LCD ini, kemungkinan penerapan metode yardstick dalam kasus persekongkolan tender dalam dilakukan dalam 2 (dua) tahap yakni (i) membandingkan harga penawaran barang tender dengan harga pembelian dari pemasok barang (distributor/agen) dan (ii) membandingkan harga penawaran pemenang tender dengan harga penawaran peserta tender lain yang tidak terindikasi persekongkolan. Pada tahap pertama, setelah dilakukan perbandingan dengan harga penawaran peserta pemenang tender dengan harga pembelian menghasilkan besar keuntungan **Rp. 2.782.527.150 dari harga penawaran sebesar Rp. 5.185.860.900** atau besar keuntungan hampir mencapai 116%. Pada tahap kedua, ditentukan ada 4 (empat) perusahaan yang memenuhi syarat untuk dijadikan tolak ukur. Hasil penghitungan menunjukkan bahwa 3 (tiga) dari 4 (empat) perusahaan yang dijadikan tolak ukur memiliki range/selisih harga penawaran yang cukup jauh. Selisih harga cukup jauh terjadi antara PT Tiga Permata Hati dengan dengan **PT Kolam Intan Prima sebesar Rp. 1.364.823.900**, dengan **PT Mitra Teladan Jaya Karsa sebesar Rp. 1.106.994.900**, dan dengan **PT Paramitra Multi Prakasa sebesar Rp. 927.915.780**. Hasil penghitungan

²⁸⁹ Claire M. Korenblit dan Sidley Austin LLP, “Quantifying Antitrust Damages-Convergence of Methods Recognized by US Court and the European Commission,” *CPI Antitrust Chronicle March 2012*, hal 4.

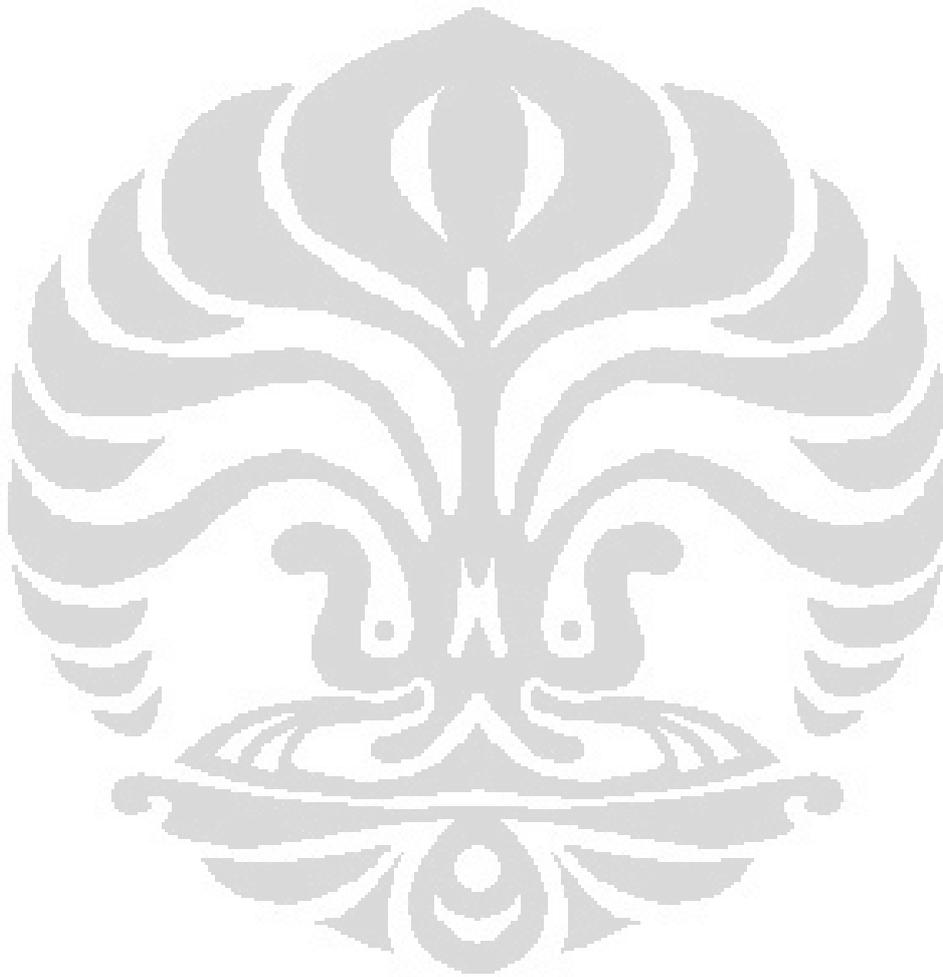
tersebut merupakan *indirect evidence* berupa bukti ekonomi yang dapat diajukan untuk membuktikan adanya persaingan tidak sehat. Sedangkan, dalam kasus tender penjualan tanker VLCC PT Pertamina, KPPU sudah ada upaya menerapkan metode yardstick, namun dinilai masih kurang tepat. KPPU menggunakan patokan/tolak ukur harga pasar internasional yang mana tidak cocok dijadikan tolak ukur karena ruang lingkup geografis yang terlalu luas.

5.2. Saran

Berdasarkan kesimpulan di atas, maka Penulis memberikan saran kepada KPPU di Indonesia:

1. KPPU perlu mendalami metode yardstick yang merupakan metode adopsi asing dari Negara Amerika dan beberapa Negara Eropa, dimana metode ini digunakan untuk menghitung besar kerugian yang terjadi akibat pelanggaran persaingan usaha. Memang perlu diakui dalam kasus persekongkolan tender, bukti kerugian berupa selisih harga yang jauh tidak dapat semata-mata dijadikan bukti untuk membuktikan persekongkolan tender. Namun, bukti ini dapat dijadikan *indirect evidence* untuk bukti-bukti lain sehingga menambah keyakinan bagi KPPU dalam pembuktian kasus persekongkolan tender.
2. KPPU perlu menerapkan metode ini dalam proses pemeriksaan dan pembuktian kasus persekongkolan tender. Penerapan metode yardstick ini dapat menjadi salah satu senjata bagi KPPU dalam membuktikan kasus persekongkolan tender karena pada umumnya kasus persekongkolan tender berujung pada *mark-up* harga penawaran semata-mata ditujukan untuk keuntungan sebesar-besarnya yang dapat diterima oleh oknum-oknum pelaku usaha tertentu. *Mark-up* harga tersebut juga sekaligus membuktikan “unsur persaingan tidak sehat” dalam kasus persekongkolan tender. Dalam persaingan yang sehat setiap pelaku usaha akan saling bersaing secara kompetitif dalam memberikan harga terbaik yang disukai oleh konsumen.

3. KPPU dalam menerapkan metode yardstick harus mencari tolak ukur yang benar-benar ideal dan sesuai. Harga pasar internasional tidaklah dapat dijadikan suatu tolak ukur yang tepat karena ruang lingkup yang terlalu luas bahkan terkadang tidak diketahui sumbernya karena mengandalkan teknologi internet. KPPU dapat mencari tolak ukur dapat batas-batas ruang lingkup geografis yang sama sehingga tolak ukur lebih jelas dan memang benar-benar mewakili harga yang sesungguhnya.



DAFTAR PUSTAKA

A. Bahan Buku:

- American Bar Association. *Proving Antitrust Damages : Legal and Economic Issues*. US : ABA Publishing, 2010.
- Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet 1. Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Areeda, Phillip E. *et al. Antitrust Law: An Analyzsis of Antitrust Principle and their Application*. 2nd Ed. 2000.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, Eight Ed., Editor in Chief West Publishing co.
- Hansen, Knud. *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Jakarta: Katalis-Publishing-Media Services, 2002.
- Kagramanto, L. Budi. *Larangan Persekongkolan Tender: Perspektif Hukum Persaingan Usaha*. Jakarta: Srikandi, 2008.
- Kartte, Wolfgang. *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Jakarta: Katalis-Publishing-Media Services, 2002.
- Khameni, R. Syam, *et. al. A Frame work for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. Washington DC and Paris : The World Bank and Organization for Economics Cooperation and Development OECD, 1999.
- Khemani, R. Syam dan D. M. Saphiro. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Paris:OECD, 1996.
- KPPU, *Pedoman Pelaksanaan Pasal 5 tentang Penetapan harga Berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*.

KPPU, Pedoman Pelaksanaan Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender Berdasarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Jakarta: KPPU, 2008.

Lubis, Andi Fahmi *et al.*, *Hukum Persaingan Usaha Antara teks dan Konteks*. Jakarta: GTZ, 2009.

Sacker dan Lohse. *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*. Jakarta: GTZ-Katalis Publishing, 2000.

Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 2010.

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

Tim Dosen Pengajar FHUI, *Pengantar Hukum Persaingan Usaha*. Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008.

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

Usman, Rahmadi. *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004.

B. Bahan Jurnal dan Makalah

Anderson, Patrick L, Theodore R. Bolema, dan Ilhan K. Geckil, "Damages In Antitrust Cases." *Anderson Economic Group LLC AEG Working Paper*. 2007.

Haberbush, Kara L. "Limiting The Government's Exposure ti Bid rigging. Schemes : A Critical Look at The Sealed Bidding Regime." *Public Contract Law Journal American Bar Association*. 2000.

Korenblit, Claire M. dan Sidley Austin LLP. "Quantifying Antitrust Damages- Convergence of Methods Recognized by US Court and the European Commission." *CPI Antitrust Chronicle*. 2012.

- Kristanto, Yakub Adi. "Analisis Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender." *Jurnal Hukum Bisnis* 24 No. 2. 2005.
- Prosperetti, Luigi. "Estimating Damages to Competitors from exclusionary practices in Europe : A Review of The Main Issue in the Light of National Court's Experience. 2009.
- Rajagukguk, Erman. "Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat:Perjanjian yang Dilarang." Makalah disampaikan dalam diskusi panel memperingati dua tahun UU No 5 Tahun 1999 dengan tema Evaluasi Penegakan UU No. 5 Tahun 1999, dan Visi ke Depan. Jakarta, 26 Maret 2002.
- Rubinfeld, Daniel L. "Antitrust Damages : Research handbook on the Economics of Antitrust Law." (21 November 2009).
- Sukarni. "Praktek Dumping Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha." Makalah disampaikan pada acara Seminar tentang Implementasi Peraturan Anti Dumping Sera Pengaruhnya Terhadap Persaingan Usaha dan Perdagangan Internasional diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Airlangga.Surabaya, 21 Juni 2008.
- Toha, Kurnia. "Implikasi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Terhadap Hukum Acara Pidana." *Jurnal Hukum Bisnis Volume 19*. (Mei-Juni 2002).
- Tokigawa,Toshiaki. "The Prospect of Antitrust Law and Policy in the Twenty-First Century: in Reference to the Japanese Antimonopoly Law and Japan Fair Trade Commission." *Washington University Global Studies Law Review*. 2002.

C. Bahan Perundang-undangan

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

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

D. Sumber lain:

Komisi Pengawas Persaingan Usaha. “Statistik Perkara KPPU.” <http://www.kppu.go.id/id/perkara/statistik-perkara/>. Diunduh 27 Februari 2012.

Organization for Economic Co-operation and Development. “Pedoman Untuk Mengatasi Persekongkolan Tender dalam Pengadaan Publik.” <http://www.oecd.org/dataoecd/30/13/42662829.pdf> 7 Mei 2012. Diunduh 20 April 2012.

“Antitrust Law : A Brief Story.”

http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf 25 April 2012. Diunduh 24 April 2012.

“Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of community competition law (97/C 372/03).” [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT). Diunduh 18 April 2012.

“Damages Case Discusses Lack of Sufficient Evidence for Causation: The ‘Yardstick’ Method for Determining Lost Profit and the Use of Beta in the Calculation of WACC in a Lost Enterprise Value Analysis.” http://www.gscpa.org/content/files/sections/vls/071607_vls_nl_article.pdf. Diunduh 13 April 2012.

“Definition of Relevant Market.”

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126073_en.htm.

Diunduh 18 April 2012.

“Indirect Evidence Bisa Buktikan Persekongkolan Tender.” <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4ee6ad5620901/indirect-evidence-bisa-buktikan-persekongkolan-tender>. Diunduh 13 Desember 2011.

“Persekongkolan Tender Dominasi Kasus yang Ditangani KPPU,”
<http://www.batamtoday.com/berita13886-Persekongkolan-Tender-Dominasi-Kasus-yang-Ditangani-KPPU.html>. Diunduh Kamis, 12 April 2012.

“Putusan KPPU Nomor: 17/KPPU-I/2010, Industri Farmasi Kelas Terapi Amlodipine.”
http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_17_2010_farmasi.pdf. 20 April 2012.

“U.S. Supreme Court, Bigelow v. RKO Pictures, Inc., 327 U.S. 251 (1946).”
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/251/case.html> 19 April 2012.

“United States Court of Appeals Eight Circuit, National Farmers Organization, Inc v. Associated Milk Producers, Inc.”
<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/850/850.F2d.1286.87-1047.87-1046.html>. Diunduh 20 April 2012.

“What is The Sherman Act and The Clayton Act?” http://business-law.freeadvice.com/business-law/trade_regulation/anti_trust_act.htm.
diunduh 24 April 2012