

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT, PENGUASAAN PASAR DAN PERSEKONGKOLAN

A. Persaingan Usaha Secara Umum

Menurut Arie Siswanto, yang dimaksud dengan hukum persaingan usaha (*competition law*) adalah instrumen hukum yang menentukan tentang bagaimana persaingan itu harus dilakukan.¹⁸

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 merupakan sebagai *tool of social control and a tool of social engineering*, yaitu sebagai “alat kontrol sosial” Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 berusaha menjaga kepentingan umum dan mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, dan sebagai “alat rekayasa sosial”. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 berusaha untuk meningkatkan efisiensi ekonomi nasional, mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat, dan berusaha menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.¹⁹ Artinya dengan adanya Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 ini dimaksudkan untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan yang sama kepada setiap pelaku usaha dalam berusaha, dengan cara mencegah timbulnya praktek-praktek monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat lainnya dengan harapan

¹⁸ Hermansyah, *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2008), hlm. 1.

¹⁹ Ayudha D. Prayoga, et.al., *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengaturnya di Indonesia*, (Jakarta: Proyek ELIPS, 2000), hlm. 53.

dapat menciptakan iklim usaha yang kondusif, dimana setiap pelaku usaha dapat bersaing secara wajar dan sehat.²⁰

Persaingan atau *competition* dalam bahasa Inggris oleh Webster didefinisikan sebagai “...a struggle or contest between two or more persons for the same objects”.²¹

Dengan memperhatikan terminologi persaingan di atas, dapat disimpulkan bahwa dalam setiap persaingan akan terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

1. Ada dua pihak atau lebih yang terlibat dalam upaya saling mengungguli.
2. Ada kehendak di antara mereka untuk mencapai tujuan yang sama.

Dengan definisi demikian, kondisi persaingan sebenarnya merupakan satu karakteristik yang lekat dengan kehidupan manusia yang cenderung untuk saling mengungguli dalam banyak hal.²²

Persaingan selalu diartikan sebagai tindakan individual yang mementingkan diri sendiri. Dengan mementingkan diri sendiri, seseorang yang bersaing dapat menghalalkan segala cara untuk memakmurkan atau memuaskan dirinya. Cara yang ditempuh diantaranya adalah cenderung melakukan tindakan untuk mematikan pesaingnya dengan tindakan yang tidak layak, menipu konsumen, mematikan pengusaha kecil.²³

Pengertian persaingan usaha secara implisit tidak dicantumkan dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan

²⁰ Devi Meyliana, *Hukum Persaingan Usaha “studi konsep pembuktian terhadap perjanjian penetapan harga dalam persaingan usaha”*, (Malang: Setara Press, 2013), hlm. 15-16.

²¹ Merriam Webster, *Dictionary*.

²² Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Cetakan Pertama (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hlm. 13.

²³ Ayudha D. Prayoga, et.al, *op.cit.*, hlm. 1.

Persaingan Usaha Tidak Sehat namun dalam Undang-undang ini hanya memberikan pengertian mengenai persaingan usaha tidak sehat.

Menurut Khemani pada umumnya hukum persaingan usaha berisikan beberapa hal berikut:

1. Ketentuan-ketentuan tentang perilaku yang berkaitan dengan aktivitas-aktivitas usaha.
2. Ketentuan-ketentuan struktural yang berkaitan dengan aktivitas usaha.
3. Ketentuan-ketentuan prosedural tentang pelaksanaan dan penegakan hukum persaingan usaha.²⁴

B. Persaingan Usaha Tidak Sehat

Persaingan usaha tidak sehat dapat dipahami sebagai kondisi persaingan diantara pelaku usaha yang berjalan secara tidak *fair*. Sebagaimana yang dijelaskan dalam Pasal 1 angka 6 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 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.

Berdasarkan pengertian tersebut dapat diperoleh gambaran bahwa persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatannya dilakukan dengan

²⁴ R. Shyam Khemani, *Onjectif of Competition Policy, Competition Law Policy Commottee of the OECD, OECD Document, N.d*, dalam Ari Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004), hlm. 14.

cara tidak jujur atau melawan hukum, implikasinya akan menghambat persaingan usaha secara sehat.²⁵

Persaingan usaha tidak sehat merupakan dampak dari praktek persaingan usaha. Kondisi persaingan usaha dalam beberapa hal memiliki juga aspek-aspek negatif, salah satunya apabila suatu persaingan dilakukan oleh pelaku ekonomi yang tidak jujur, bertentangan dengan kepentingan publik. Resiko ekstrim dari persaingan ini tentunya adalah kemungkinan ditempuhnya praktek-praktek curang (*unfair competition*) karena persaingan dianggap sebagai kesempatan untuk menyingkirkan pesaing dengan cara apapun.²⁶

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 memberikan tiga indikator untuk menyatakan terjadinya persaingan usaha tidak sehat, yaitu:

1. Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur.
2. Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara melawan hukum.
3. Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara menghambat terjadinya persaingan diantara pelaku usaha.²⁷

Persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur dapat diartikan sebagai segala tingkah laku yang tidak sesuai dengan itikad baik, kejujuran di dalam berusaha. Misalnya, dalam persaingan tender, para pelaku usaha telah melakukan konspirasi usaha dengan panitia lelang untuk dapat memenangkan sebuah tender.

²⁵ Suhasril dan Mohammad Taufik Makarao, *Hukum Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat di Indonesia*, Cetakan Pertama (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), hlm. 35.

²⁶ Galuh Puspaningrum, *Hukum Persaingan Usaha; Perjanjian dan Kegiatan yang Dilarang dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, (Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2013), hlm. 71.

²⁷ Mustafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm. 17.

Sehingga pelaku usaha lainnya tidak mendapatkan kesempatan untuk memenangkan tender tersebut.²⁸

Perbuatan ini termasuk perbuatan melawan hukum. Karena praktek bisnis atau persaingan usaha yang dilakukan secara tidak jujur dapat mematikan persaingan yang sebenarnya ataupun merugikan perusahaan pesaing secara tidak wajar/tidak sehat dan juga dapat merugikan konsumen.²⁹ Persaingan usaha yang dilakukan dengan cara melawan hukum ini dapat juga dilihat dari cara pelaku usaha dalam bersaing dengan pelaku usaha lainnya yaitu dengan melanggar ketentuan perundang-undangan yang berlaku atau peraturan-peraturan yang disepakati. Kondisi ini dapat dilihat seperti pelaku usaha yang mendapatkan fasilitas khusus sehingga menjadikan pasar bersaing secara tidak kompetitif.³⁰

C. Penguasaan Pasar

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak menentukan pengertian penguasaan pasar. Namun demikian penguasaan pasar ini adalah kegiatan yang dilarang karena dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 19, Pasal 20, Pasal 21 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Di samping dilarangnya penguasaan pasar yang besar oleh satu atau sebagian kecil pelaku pasar, Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 juga melarang

²⁸ Mustafa Kamal Rokan, *loc. cit.*

²⁹ Janus Sidabalok, *Hukum Perlindungan Konsumen di Indonesia: dengan Pembahasan atas Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 222-223.

³⁰ Mustafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm. 17-18.

penguasaan pasar yang secara tidak adil, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau praktek persaingan curang.³¹

Sebagaimana diketahui penguasaan pasar atau dengan kata lain menjadi penguasa di pasar merupakan keinginan dari hampir semua pelaku usaha, karena penguasaan pasar yang cukup besar memiliki korelasi positif dengan tingkat keuntungan yang mungkin dapat diperoleh oleh pelaku usaha. Untuk memperoleh penguasaan pasar ini, pelaku usaha kadangkala melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan hukum. Walaupun pasal dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak merumuskan berapa besar penguasaan pasar atau berapa pangsa pasar suatu pelaku usaha, namun demikian suatu perusahaan yang menguasai suatu pasar pasti mempunyai posisi dominan di pasar.³²

Kegiatan yang bersifat penguasaan pangsa pasar yang dilarang tersebut, diatur dalam Pasal 19 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, yang menyatakan bahwa Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Bentuk penguasaan pasar yang dilarang dapat diklasifikasikan sebagai berikut:

1. Menolak pesaing (*refusal to deal*). Menolak atau menghalang-halangi pelaku usaha tertentu (pesaing) dalam hal melakukan usaha yang sama pada pasar bersangkutan.

³¹ Munir Fuady, *Hukum Antimonopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 78.

³² Andi Fahmi Lubis, et.al., *op. cit.*, hlm. 138-139.

2. Menghalangi konsumen, yaitu menghalang-halangi pihak konsumen dari pelaku usaha lain (pesaing) untuk tidak melakukan atau meneruskan hubungan usaha dengan pihak usaha pesaing tersebut. Yang dilakukan oleh pelaku usaha ialah dengan mengadakan perjanjian antara distributor dari pelaku usaha tersebut yang memasarkan produknya dengan pihak grosir, pengecer, ritel, atau toko yang menjual produknya tersebut kepada masyarakat. Dimana pelaku ataupun ritel dapat memasarkan produknya namun tidak boleh menjual produk-produk lain. Apabila para grosir, pengecer, maupun ritel ini menjual barang lain maka akan diberhentikan pengiriman barang oleh distributor dan ini jelas merugikan. Dengan perjanjian inilah kemudian bagi para pelaku usaha lain akan mengalami kesulitan di dalam memasarkan produknya.
3. Pembatasan peredaran produk, yaitu dengan cara membatasi peredaran dan/atau penjualan barang dan/atau jasa pada pasar yang bersangkutan.
4. Diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu pesaingnya.
5. Melakukan jual rugi (*predatory pricing*). Pemasokan produk dengan cara jual rugi yaitu dengan menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya agar tidak mampu lagi bersaing.
6. Penetapan biaya secara curang, yaitu melakukan kecurangan atau manipulasi dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya yang

merupakan komponen harga produk sehingga harga lebih rendah daripada harga sebenarnya.³³

Pihak yang dapat melakukan penguasaan pasar adalah para pelaku usaha yang mempunyai *market power*, yaitu pelaku usaha yang dapat menguasai pasar sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa yang ada di pasar bersangkutan. Kriteria penguasaan pasar tersebut tidak harus 100%, penguasaan pasar sebesar 50% atau 75% saja sudah dapat dikatakan mempunyai *market power*.³⁴

Penguasaan Pasar berkaitan erat pula dengan pasar bersangkutan, artinya penguasaan pasar dapat terjadi karena adanya posisi dominan pada pasar bersangkutan. Secara umum, pasar bersangkutan memiliki 2 (dua) dimensi, yaitu dimensi produk yang merupakan pembatasan produk (barang atau jasa) yang dianggap saling bersaing dan bersubstitusi, dan dimensi geografis yang merupakan pembatasan wilayah dimana kondisi persaingan antara produk-produk tersebut terjadi dan memiliki kesamaan (homogen) serta yang dapat dibedakan dengan wilayah di sekitarnya yang memiliki kondisi persaingan yang berbeda.

D. Persekongkolan dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999

1. Pengertian Persekongkolan

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia persekongkolan berasal dari kata sekongkol artinya orang yang serta berkomplot melakukan kejahatan,

³³ Mustafa Kamal Rokan, *op. cit.*, hlm. 163-165.

³⁴ Andi Fahmi Lubis, *op. cit.*, hlm. 140.

kecurangan, dan sebagainya. Persekongkolan yakni bersekutu, bersepakat melakukan kejahatan.³⁵

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

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

Definisi di atas menegaskan bahwa persekongkolan harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk melakukan tindakan/kegiatan bersama (*joint efforts*) suatu perilaku kriminal atau melawan hukum. Terdapat dua unsur persekongkolan yaitu;

- a. adanya dua pihak atau lebih secara bersama-sama (*in concert*) melakukan perbuatan tertentu, dan
- b. perbuatan yang disekongkalkan merupakan perbuatan yang melawan atau melanggar hukum.³⁶

Hal yang perlu digarisbawahi adalah:

- a. Bahwa terjadi persekongkolan apabila ada tindakan bersama yang melawan hukum.
- b. Suatu tindakan apabila dilakukan oleh satu pihak maka bukan merupakan perbuatan melawan hukum tetapi ketika dilakukan bersama merupakan perbuatan melawan hukum.³⁷

³⁵ Suharso dan Ana Retnoningsih, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Lux*, Cetakan Kesebelas (Semarang: Widya Karya, 2013), hlm. 467

³⁶ Yakub Adi Krisanto, “Analisis Pasal 22 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 dan Karakteristik Putusan KPPU tentang Persekongkolan Tender.”, *Jurnal Hukum Bisnis*, vol. 24, No. 2, (Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, 2005), hlm. 41-42.

Istilah persekongkolan diberbagai kegiatan masyarakat hampir selalu berkonotasi negatif. Pandangan ini disebabkan karena pada hakikatnya persekongkolan bertentangan dengan keadilan, dimana tidak memberikan kesempatan yang sama kepada seluruh penawar untuk mendapatkan objek barang dan/atau jasa yang ditawarkan penyelenggara. Akibat adanya persekongkolan tersebut, penawar yang mempunyai itikad baik menjadi terhambat untuk masuk pasar, dan akibat lebih jauh adalah terciptanya harga yang tidak kompetitif.

Dalam Pasal 1 angka 8 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 mendefinisikan Persekongkolan sebagai bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.³⁸

Tindakan persekongkolan (*conspiracy*) dalam hukum persaingan termasuk dalam kategori perjanjian. Namun, bentuk kegiatan/tindakan persekongkolan kadangkala tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian, akan tetapi dapat dalam bentuk kegiatan lainnya yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian.³⁹ Sebagai contoh, persekongkolan untuk mencuri rahasia dagang perusahaan pesaingnya, yang tidak mungkin dilakukan dalam suatu perjanjian. Pada hakikatnya, perjanjian terdiri dari dua macam:

³⁷ *Ibid.*, hlm. 43.

³⁸ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Dalam Teori dan Praktik serta Penerapan Hukumnya*, Edisi Pertama (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012), hlm. 267.

³⁹ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Cetakan Pertama (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm. 79.

- a. Perjanjian yang dinyatakan secara jelas (*express agreement*) biasanya tertuang dalam bentuk tertulis, sehingga relatif lebih mudah dalam proses pembuktiannya.
- b. Perjanjian tidak langsung (*implied agreement*) biasanya berbentuk lisan atau kesepakatan-kesepakatan, dalam hal ini tidak dikemukakan bukti adanya perjanjian, khususnya *implied agreement*. Dan jika keberadaan perjanjian tersebut dipersengketakan, maka diperlukan penggunaan bukti yang tidak langsung atau bukti yang melingkupi untuk menyimpulkan adanya perjanjian dan/atau persekongkolan tersebut.⁴⁰

Dalam sistem ekonomi pasar mengandalkan pada proses persaingan sehingga membuat pelaku usaha harus bertindak secara efisien dan inovatif, dengan terjadinya persekongkolan tersebut akan menghilangkan persaingan antar pelaku usaha itu sendiri. Pada hukum pidana negara-negara *common law* persekongkolan atau konspirasi berarti suatu perbuatan melawan hukum, baik yang bermuatan unsur tindak pidana maupun suatu perbuatan yang semula tidak melawan hukum namun menjadi bersifat melawan hukum manakala yang dilakukan oleh konspirator dan diberi arti yang lebih luas lagi.⁴¹

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 melarang kegiatan yang bersifat persekongkolan, larangan terhadap persekongkolan ini juga termasuk persekongkolan antara pelaku usaha dengan pihak lain yang belum tentu

⁴⁰ Susanti Adi Nugroho, *op. cit.*, hlm. 278.

⁴¹ Alyta Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, Cetakan Pertama (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 68.

merupakan pelaku usaha. Kegiatan persekongkolan yang dilarang terdapat dalam Pasal 22, Pasal 23, dan Pasal 24.

Pasal 22 : “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Pasal 23: “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Persekongkolan untuk memperoleh rahasia perusahaan yaitu persekongkolan antara pelaku usaha dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi tentang kegiatan usaha pesaingnya yang diunifikasi sebagai rahasia perusahaan.

Pasal 24: “Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi barang dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang dan/atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang, baik dari jumlah, kualitas, maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan.”⁴²

Dalam penelitian ini akan terfokus pada Persekongkolan yang diatur dalam Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Seperti yang telah dijelaskan di atas, salah satu bentuk kegiatan yang dilarang oleh Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang dapat mengakibatkan persaingan tidak sehat adalah persekongkolan dalam tender, Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa;

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

⁴² Undang-undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Pasal 22 berasumsi bahwa persekongkolan terjadi diantara para pelaku usaha. Dengan demikian, penerapan ketentuan tersebut tergantung pada dua kondisi yaitu pihak-pihak tersebut harus berpartisipasi, dan harus menyepakati suatu persekongkolan.⁴³

Larangan dalam hal ini adalah apabila pelaku usaha bersekongkol dengan pihak lain, baik pihak penyelenggara tender yang dilakukan oleh pemerintah/swasta atau pelaku usaha yang turut terlibat dalam tender itu yang bertindak seolah-olah sebagai pesaing, padahal ia hanya sebagai pelengkap atau pelaku usaha semu yang telah bersepakat untuk menentukan pelaku usaha yang mana akan memenangkan tender tersebut. Tindakan persekongkolan tersebut menurut pasal 22 dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.⁴⁴

Persekongkolan juga bertujuan untuk melakukan tender kolusif, dimana jika posisi yang mengumumkan tender dapat diklasifikasikan sebagai pelaku usaha yang bersepakat dengan seorang penawar individu potensial untuk mempengaruhi hasil pengumuman tender untuk keuntungan penawar yang bersangkutan dengan tidak lagi memperhatikan penawaran yang diajukan oleh penawar lainnya.⁴⁵

⁴³ Knud Hansen, et. al., *Undang-undang No. 5 Tahun 1999: Undang-undang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat; Law concerning the prohibition of monopolistic practices and unfair competition*, Cetakan Kedua (Jakarta: GTZ dan Katalis Publishing Media Services, 2002), hlm. 313.

⁴⁴ Insan Budi Maulana, *Catatan Singkat Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Cetakan Pertama (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 33.

⁴⁵ Knud Hansen, et. al., *op. cit.*, hlm. 314.

Di Indonesia, persekongkolan dalam tender antara penyelenggara dan peserta tender merupakan hal yang sering terjadi sehingga dapat dikatakan tender yang diselenggarakan hanyalah sekedar formalitas belaka.⁴⁶ Para penawar tender telah bersepakat untuk menentukan perusahaan mana yang mendapatkan sebuah proyek tender dengan harga yang telah disepakati juga, bahkan belum diumumkan pemenang tender dan harga para peserta tender telah menyepakati baik pemenang maupun harga yang dikehendaki.

Dalam Pedoman Pasal 22, KPPU menggunakan frasa “Persekongkolan dalam tender” bukan “persekongkolan tender”. Pencantuman kata “dalam” tersebut memberikan penekanan bahwa KPPU bermaksud menegaskan persekongkolan yang dinilai melanggar Pasal 22 adalah persekongkolan yang terjadi didalam proses tender. Maksud digunakannya istilah Persekongkolan dalam tender tersebut dapat terjadi melalui kesepakatan-kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis. Persekongkolan ini mencakup jangkauan perilaku yang luas, antara lain usaha produksi dan atau distribusi, kegiatan asosiasi perdagangan, penetapan harga, dan manipulasi lelang atau kolusif dalam tender (*collusive tender*) yang dapat terjadi melalui kesepakatan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan maupun antar kedua pihak tersebut. Kolusi atau persekongkolan dalam tender ini bertujuan untuk membatasi pesaing lain yang potensial untuk berusaha dalam pasar bersangkutan dengan cara menentukan pemenang tender. Persekongkolan tersebut dapat terjadi di setiap tahapan proses tender, mulai

⁴⁶ Dhita Wiradiputra, “Fenomena Persekongkolan”, Tabloid Mingguan KONTAN Nomor 26 Tahun VI, April 2002.

dari perencanaan dan pembuatan persyaratan oleh pelaksana atau panitia tender, penyesuaian dokumen tender antara peserta tender, hingga pengumuman tender. Praktek persekongkolan dalam tender ini dilarang karena dapat menimbulkan persaingan tidak sehat dan bertentangan dengan tujuan dilaksanakannya tender tersebut, yaitu untuk memberikan kesempatan yang sama kepada pelaku usaha agar dapat ikut menawarkan harga dan kualitas yang bersaing, sehingga pada akhirnya dalam pelaksanaan proses tender tersebut akan didapatkan harga yang termurah dengan kualitas yang terbaik.⁴⁷ Oleh karena itu sudah seharusnya dalam penentuan pemenang tender itu tidak dapat diatur-atur, melainkan siapa yang dapat menawarkan harga yang murah dan kualitas pekerjaan yang baik, dialah yang dapat menjadi pemenang tender.⁴⁸

Tender ini ditawarkan oleh pengguna barang dan/atau jasa kepada pelaku usaha yang mempunyai kredibilitas dan kapabilitas berdasarkan alasan efektivitas dan efisiensi. Adapun alasan-alasan lain tender pengadaan barang dan/atau jasa adalah:

- a. Memperoleh penawaran terbaik untuk harga dan kualitas;
- b. Memberi kesempatan yang sama bagi semua pelaku usaha yang memenuhi persyaratan untuk menawarkan barang dan jasanya, serta;

⁴⁷ Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22.

⁴⁸ Suyud Margono, *loc. cit.*

- c. Menjamin transparansi dan akuntabilitas pengguna barang dan jasa kepada publik khususnya pengadaan barang dan jasa dilembaga atau instansi pemerintah.⁴⁹

Berdasarkan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam pelaksanaan tender wajib memenuhi asas keadilan, keterbukaan, dan tidak diskriminatif. Selain itu, tender harus memperhatikan hal-hal yang tidak bertentangan dengan asas-asas persaingan usaha yang sehat, yaitu:

- a. Tender tidak bersifat diskriminatif, dapat dipenuhi oleh semua calon peserta tender dengan kompetensi yang sama;
- b. Tender tidak diarahkan pada pelaku usaha tertentu dengan kualifikasi dan spesifikasi teknis tertentu;
- c. Tender tidak mempersyaratkan kualifikasi dan spesifikasi teknis produk tertentu;
- d. Tender harus bersifat terbuka, transparan, dan diumumkan dalam media masa dalam jangka waktu yang cukup.

Berdasarkan hal diatas, KPPU telah memperluas kata tender itu sendiri dengan menyamakannya dengan pengertian lelang. Pelelangan adalah serangkaian kegiatan untuk menyediakan kebutuhan barang/jasa dengan cara menciptakan persaingan yang sehat diantara penyedia barang/jasa yang setara dan memenuhi syarat, berdasarkan metode dan tata cara tertentu yang ditetapkan dan diikuti oleh pihak-pihak terkait secara taat asas sehingga terpilih penyedia jasa terbaik.

⁴⁹ Yakub Adi Krisanto, *op. cit.*, hlm. 44.

Oleh karena itu tender harus dilakukan secara terbuka untuk umum dengan pengumuman secara luas melalui media cetak dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum dan bilamana dimungkinkan, melalui media elektronik sehingga dunia usaha atau masyarakat luas yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya.⁵⁰

2. Bentuk Persekongkolan dalam Tender

Persekongkolan dalam tender dapat terjadi melalui kesepakatan-kesepakatan yang dilakukan para pihak yang terkait, baik itu dilakukan secara tertulis maupun secara tidak tertulis. Persekongkolan tersebut dapat mencakup berbagai kegiatan baik yang dilakukan secara vertikal maupun horizontal, ataupun secara keduanya.

Robert Meiner⁵¹ membedakan dua jenis persekongkolan apabila melihat pihak-pihak yang terlibat yaitu persekongkolan yang bersifat horizontal (*horizontal conspiracy*) dan persekongkolan yang bersifat vertikal (*vertical conspiracy*). Persekongkolan horizontal adalah persekongkolan yang diadakan oleh pihak-pihak yang saling merupakan pesaing, sedangkan persekongkolan vertikal adalah persekongkolan yang dibuat oleh pihak-pihak yang berada dalam hubungan penjual (penyedia jasa) dengan pembeli (pengguna jasa). Asril Sitompul (1999:31) juga membedakan persekongkolan menjadi dua yaitu persekongkolan intra perusahaan dan persekongkolan paralel yang disengaja. Persekongkolan intra perusahaan terjadi apabila dua

⁵⁰ Dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Pengadaan barang atau jasa Pemerintah dapat dilakukan secara elektronik.

⁵¹ Ari Siswanto, *Bid-Rigging "Sebagai Tindakan Antipersaingan dalam Jasa Konstruksi"*, Refleksi Hukum UKSW: Salatiga, April-Oktober, 2001.

atau lebih pihak dalam satu perusahaan yang sama mengadakan persetujuan untuk mengadakan tindakan yang dapat menghambat persaingan. Persekongkolan paralel disengaja terjadi apabila beberapa perusahaan mengikuti tindakan dilakukan perusahaan besar (*market leader*) yang sebenarnya merupakan pesaing. Salah satu indikator terjadi persekongkolan yaitu apakah terdapat tujuan untuk menguasai pasar ketika melakukan kerjasama.⁵²

Pada pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, persekongkolan dalam tender dapat dibedakan pada tiga jenis, yaitu:

a. Persekongkolan Horizontal

Persekongkolan horizontal merupakan suatu tindakan kerjasama yang dilakukan oleh para penawar tender atau antara pelaku usaha/penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku, dengan mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran. Kegiatan dalam bentuk persekongkolan horizontal seringkali dilakukan oleh pelaku usaha atau peserta tender dengan menciptakan persaingan semu antar peserta tender lainnya. Pada persekongkolan jenis ini dapat dikatakan bahwa persekongkolan hanya melibatkan para peserta tender saja.

b. Persekongkolan Vertikal

⁵² Asril Sitompul, *Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 31.

Persekongkolan vertikal merupakan persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa/penawar dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan. Persekongkolan ini dapat terjadi dalam bentuk dimana panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan bekerjasama dengan salah satu atau beberapa peserta tender. Dalam pola seperti ini, biasanya panitia memberikan kemudahan atas persyaratan-persyaratan bagi seorang penawar, sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.

c. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal

Persekongkolan ini merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender. Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, dimana baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun para pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup.⁵³

Dilihat dari bentuk perilaku dalam persekongkolan dapat dibedakan dalam beberapa bentuk:

- a. *Bid Suppression* adalah bentuk persekongkolan yang dilakukan diantara peserta tender untuk memenangkan salah satu diantara mereka dengan cara memaksa peserta tender yang lain untuk menahan diri

⁵³ Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010, *Pedoman Pasal 22 (Larangan Persekongkolan dalam Tender) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, hlm. 7-8.

dalam mengajukan penawaran, atau bahkan meminta peserta tender lain untuk menarik diri dari proses tender.

- b. *Complementary Bidding* adalah salah satu bentuk persekongkolan tender yang mempunyai maksud yang sama, yaitu untuk memenangkan salah satu diantara mereka dimana pihak yang diharapkan akan memenangkan tender akan memberikan penawaran harga yang terbaik dan para peserta tender yang lain juga memberikan penawaran yang kompetitif, tetapi dengan klausul-klausul yang kemungkinan tidak dapat diterima penyelenggara tender.
- c. *Bid Rotation* adalah bentuk persekongkolan tender dimana para peserta tender akan secara bergiliran memenangkan tender. Para peserta tender akan berusaha membagi giliran tender secara merata kepada setiap peserta persekongkolan tender. Penggiliran pemenang tender dalam suatu kelompok pelaku usaha tertentu dapat dijadikan petunjuk bahwa diantara mereka terjadi suatu kolusi. Dengan adanya persekongkolan tender bentuk ini, telah membuat tujuan dari penyelenggaraan tender menjadi tidak tercapai, yaitu untuk mendapatkan penawaran terbaik atas suatu pemborongan suatu pekerjaan, mengadakan barang-barang, atau menyediakan jasa.⁵⁴
- d. *Subcontracting*, bentuk ini menjadi indikasi terjadinya persekongkolan tender. Dimana pelaku usaha (*competitors*) bersepakat untuk tidak mengajukan penawaran dengan menerima kompensasi menjadi

⁵⁴ Susanti Adi Nugroho, *op.cit.*, hlm. 269-270.

subcontracting sebuah pekerjaan atau menjadi pemasok tertentu bagi pemenang tender.⁵⁵

Menurut Suyud Margono, persekongkolan terjadi apabila pelaku usaha:

- a. Memperoleh dan menggunakan fasilitas eksklusif dari pihak yang terkait secara langsung maupun tak langsung dengan pemberi proyek dan/atau penyelenggara tender sehingga dapat menyusun penawaran yang lebih baik.
- b. Membuat kesepakatan dengan pihak yang terkait secara langsung maupun tidak langsung dengan pemberi proyek, penyelenggara tender, dan/atau diantara mereka untuk menentukan pemenang secara bergilir pada serangkaian tender.
- c. Membuat kesepakatan dengan pihak yang terkait secara langsung maupun tidak langsung dengan pemberi proyek, penyelenggara tender, dan/atau diantara mereka untuk menentukan pemenang, baik untuk akan secara bersama maupun dengan kompensasi tertentu.
- d. Menggunakan kesempatan eksklusif melakukan penawaran tender sebelum waktu yang ditetapkan.⁵⁶

Fasilitas eksklusif yang diberikan penyelenggara tender dan/atau pihak terkait dapat berupa informasi tertentu misalnya tentang:

- a. Nilai proyek dan/atau struktur penawaran pelaku usaha lain.
- b. Informasi dini yang diberikan jauh sebelum disampaikan kepada pelaku usaha lain.

⁵⁵ Mustafa Kamal Roka, *op. cit.*, hlm. 182.

⁵⁶ Suyud Margono, *Hukum Anti Monopoli*, Cetakan pertama (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 113.

- c. Peraturan tertentu yang menjadi hambatan bagi pelaku usaha lain.
- d. Penetapan pemenang yang direkayasa peserta tender yang lain hanya diperlakukan sebagai pembanding dan sebelumnya sudah dipastikan kalah dan sebagainya.⁵⁷



⁵⁷ Suyud Margono, *loc. cit.*